

# **REFLEXÕES SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO**

---

**JOSÉ AUGUSTO DELGADO\***

*Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região,  
Prof. Adjunto Universitário Aposentado – UFRN e  
Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Tributário*

## **Sumário:**

1. Considerações Gerais. 2. Ordenamento Jurídico-administrativo. Conceito. Estrutura. Caracteres.

### **1. Considerações Gerais**

A fixação de idéias sobre a estrutura e os caracteres do ordenamento jurídico-administrativo só pode ser feita adequadamente se considerar como base as lições a respeito ministradas por Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramon Fernandez, que estão registradas na obra de autoria dos mesmos e intitulada "Curso de Direito Administrativo", entre nós traduzida por Arnaldo Setti e publicada pela Editora Revista dos Tribunais, em 1991.

A seguir, há, como pousada obrigatória, em plano horizontal, portanto, do mesmo nível, de se atentar para o pregado por Norberto Bobbio, em "Teoria do Ordenamento Jurídico", publicação da Editora UNB, 1989, com apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior e tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste dos Santos.

Não obstante ser de potencializada contribuição doutrinária, para se firmar um juízo de conteúdo jurídico sobre a matéria, o contido nos livros dos autores mencionados, não se pode, também, ficar sem exame as linhas mestras que a respeito lavrou Cretella Júnior em muitas passagens de sua vasta produção literária jurídico-administrativa, bem

como as de autores como Osvaldo Bandeira de Melo, Rui Cisne Lima, Seabra Fagundes, Celso Antônio Bandeira de Melo e outros.

A inspiração produzida pelos pensadores jurídicos acima destacados e por outros de igual nível leva, a quem pretende fixar algumas reflexões sobre o tema, como é a pretensão aqui posta, a sublimar as afirmações feitas por Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramon Fernandez, in obra já citada, p. 68, de que "o Direito Administrativo constitui um ordenamento jurídico".

Em consequência, por assim se apresentar o Direito Administrativo, ele recebe os efeitos de afetar ou de se referir à Administração Pública como ente organizado de forma hierárquica e sistêmica e que se integra a um complexo da mesma natureza muito mais amplo e com missões institucionais mais duradouras e de maior responsabilidade, que é o de servir ao Estado. Além do mais, sendo um ordenamento jurídico o Direito Administrativo, não se pode deixar sem exame os problemas dele emergentes em razão da pluralidade das normas que o compõe, da necessidade de se apresentar e se desenvolver sempre com vistas a manter a sua unidade, sem perder a coerência que o sistema nele contido deve preservar e se completando com o encontro de soluções para as lacunas que necessariamente estão presentes em seu curso.

É certo que muito já foi ensinado sobre o assunto e de modo eficaz e efetivo. Ocorre, porém, que não se pode deixar de se visualizar, na atualidade, a carência do Direito de se adaptar e de acompanhar as profundas mudanças enfrentadas pela sociedade, especialmente, porque, conforme adverte Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao apresentar a obra de Norberto Bobbio, "Teoria do Ordenamento Jurídico", já citada, após destacar a realidade acima posta, "a Ciência do Direito precisa estabelecer novos e chegados contatos com as Ciências Sociais, superando-se a

formação jurídica departamentalizada, com sua organização sobre uma base corporativo-disciplinar, de compartimentos estanques" (p. 18).

Impressiona e causa preocupação, na era contemporânea, a fragilidade da atividade administrativa do Estado, em solucionar os problemas mais essenciais que envolvem os jurisdicionados, como o de oferecer uma prestação de proteção à saúde dignificadora do ser humano, o de oferecer segurança aos cidadãos no exercício do seu direito fundamental de liberdade de ir e vir, o de não ser o assegurado eficaz dos direitos e garantias fundamentais dos administrados, o de não ter condições de controlar os distúrbios sociais, o de mostrar a sua sociabilidade na formação educacional das gerações do presente e do futuro, o de ter condições de acompanhar o avanço da ciência tecnológica, se deixando vencer pelas garras da informática, sem se preparar para com ela conviver, e, além de outras, o especial de não criar mecanismos para erradicar a pobreza econômica de grande parte da população.

É certo que o Estado, desde a sua formação, sempre viveu com tais problemas. Ocorre que, após a era econômica comandada pela agricultura e sucedida pela era industrial, instala-se o período dirigido pelo avanço científico tecnológico centrado na informática e convivendo, lado a lado, com grupos sociais conscientes das dificuldades que a era atual apresenta a que os tem levado a um grau mais intenso de reivindicações e que, certo ou errado, entendem que somente o Estado pode solucioná-las.

São fenômenos da era contemporânea que não podem ser deixados sem uma análise meticulosa pelo jurista e que estão a exigir a adoção de vetores para que possam ser bem administrados pelo Estado. Surge, em tal oportunidade, a necessidade do ordenamento jurídico-administrativo se apresentar estruturado com regras dotadas de eficiência e efetividade, que conduzam a uma solução adequada do problema.

Infelizmente, não se verifica uma atuação estatal voltada à preparação, para assim edificar o ordenamento jurídico-administrativo. As tendências existentes são tímidas e pobres nas técnicas empregadas. Cumpre, assim, a doutrina estimular ações nesse sentido.

As reflexões que aqui se apresentam, visam em plano primeiro, a espelhar a estrutura, as características, os aspectos conflitivos e as situações estáveis e instáveis do ordenamento jurídico-administrativo vivido na atualidade. Não se pretende ser o arauto de um grito de alerta. Muitos já me antecederam no particular. O que se busca, mais uma vez é se destacar a caminhada composta de muitos insucessos da atividade administrativa-estatal, a tudo conivente um sistema jurídico que não ousa apresentar regras novas e capazes de impor uma mudança na rota do destino a que se está entregando a humanidade.

Sei que imensas dificuldades estão presentes e aparecerão no caminho a ser trilhado por aqueles que se dispuseram a enfrentar e modificar o atual estado das coisas. Ocorre que esse fenômeno é um processo que se apresenta como natural em todo tipo de mudança de comportamento social e de um ordenamento jurídico.

Ao pensar no enfrentamento de tais dificuldades, sou levado a meditar sobre ensinamentos proferidos por Bruno Leoni, em "Liberdade e a Lei - Os limites entre a representação e o poder", Editora Ortiz S/A., Porto Alegre, Trad. de Diana Nogueira e Rosélis Maria Parreira, 1993, p. 167, do teor seguinte:

Extrai-se do exposto que as mudanças são necessárias e urgentes. Só serão conseguidas com o exercício de coerção organizada, partindo de todos os estamentos da sociedade. Há de se fazer chegar ao conhecimento dos Poderes constituídos a legislação, por ser importante, em quase todos os sistemas jurídicos, que não pode ser causa de conferir ao Poder Legislativo uma posição de insensibilidade à crise estrutural vivida e a que se afigura se estabelecer no ordenamento-jurídico administrativo. Não há de se aceitar

mais como verdade e certeza o que é apresentado como vontade de uma maioria legislativa. As características da conveniência e/ou da oportunidade, sempre presentes nas soluções dessa maioria, enfraqueceram as suas decisões e implicam no surgimento de uma forma de pressão social para que os administrados tenham regras jurídicas que atendam, de modo mais intenso, às suas necessidades. Há de ser desvendado o mistério que envolve o conceito de que os legisladores, ao se formarem em maioria, tudo podem. Não pode continuar sendo assim, pois, cada representante do povo tem a missão de representá-lo em seus anseios, aspirações e necessidades.

A imposição de regras novas na estrutura, características e interpretação das regras do ordenamento jurídico-administrativo servirá, pelo menos, para atenuar os reflexos da situação vivida e se aproximar, um pouco mais, a atividade administrativa estatal à vontade e à necessidade de um povo.

## **2. Ordenamento Jurídico-administrativo. Conceito. Estrutura. Caracteres**

A afirmação de que a administração pública desenvolve as suas atividades sob o comando dos efeitos produzidos por um ordenamento jurídico deve ser esclarecida e desenvolvida.

A primeira idéia a ser examinada é a de que a administração pública é uma instituição. Por assim ser, ela é, conseqüentemente, uma ordenação jurídica, considerando-se o fato de que toda ordenação jurídica é uma instituição, como afirma Santi Romano na obra "*Princípios de Direito Constitucional Geral*", p. 72, ed. RT, 1977, tradução de Maria Helena Diniz, "uma vez que, onde não haja estas podem existir relações sociais, mas não relações que, como as jurídicas, sejam formal, objetiva e estavelmente ordenadas".

Daí resulta a explicação dada por Santi Romano, que tende a ser aceita sem maiores resistências, que

"cada norma ou mesmo o complexo das normas jurídicas não são mais do que manifestações particulares de uma dada ordenação, que, nas instituições mais simples ou menos desenvolvidas, podem permanecer latentes. A sua importância prática é tão grande que tem sido possível identificar com elas toda ordenação jurídica considerada em sua integridade.

Porém é mais exato considerar que uma ordenação, em sentido objetivo, não se reduz apenas a normas, as quais, com efeito, pressupõem a instituição compreensiva, mas são seu aspecto e uma sua manifestação; dela derivam o caráter que as diferencia das normas não jurídicas, a sua eficácia e a sua garantia, que não são dadas pelos caracteres intrínsecos de toda norma, nem pela sua conexão com outras normas que a tutelam, mas pelo contrário, apóiam sobre todas as engrenagens e sobre toda a estrutura da instituição".

Essa característica de integração das normas que compõem todo ordenamento jurídico, o que ocorre, também, necessariamente, no ordenamento jurídico-administrativo, impele a se formar uma conscientização da impossibilidade de se tratar qualquer regra jurídica de modo isolado ou no sentido de, no campo do direito público, também, impossível ser veículo para atender a interesses particulares de indivíduos, isoladamente ou em grupos.

A norma jurídica integrada a um ordenamento se torna escrava do continente ao qual passou a pertencer. Passa a ser vivida com todos os reflexos emanados da universalidade da qual faz parte e a representar a sua missão institucional vinculada, de modo permanente, aos comandos que do todo são emanados.

A administração pública é uma ordenação jurídica, do mesmo modo que é o Estado. Não descaracteriza essa sua feição por ser, através dela, que o Estado cumpre a sua missão institucional. A diferença única existente entre as duas instituições, no campo teórico-jurídico, é a de que o Estado tem a sua organização regida pelo Direito Constitucional, enquanto o Direito Administrativo, embora subordinado ao Direito

Constitucional, cuida da criação, das regras de funcionamento e dos múltiplos relacionamentos de todos os órgãos do Estado. Ele é que expede normas para regular "a atividade jurídica não contenciosa do Estado e a constituição dos órgãos e meios de sua ação, em geral" (Cretella Júnior, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. 5, p. 182, Forense).

A realidade dos efeitos decorrentes da atuação do ordenamento jurídico-administrativo não tem merecido preocupações constantes da maioria de nossos doutrinadores. É bem verdade que as atenções com a importância de se destacar a força e as implicações geradas pela complexidade existente no ordenamento jurídico-administrativo só começam a ser despertadas quando as instituições passaram a ser alvo de estudos mais aprofundados pelos teóricos. Daí a razão de se ter tomado famoso o livro de Santi Romano intitulado *O Ordenamento Jurídico*, em 1917, e, mais recentemente, o de Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*.

Entre tantas outras lições que se sobressaem das idéias lançadas pelos doutrinadores acima mencionados, destaque-se a enunciada por Bobbio, em sua obra *Teoria da Norma Jurídica*, de que

"a nosso ver, a teoria da instituição teve o grande mérito de por em relevo o fato de que se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo" (p. 21, *Teoria do Ordenamento Jurídico*).

A atenção a essa circunstância fez com que Celso Antônio Bandeira de Melo, em *Elementos do Direito Administrativo*, Ed. RT, 1980, afirmasse que

"só se pode, portanto, falar em direito administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhes são peculiares e que guardam entre si uma relação lógica de

coerência e unidade, compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo".

Logo a seguir, observa, com absoluta precisão que

"a farta e excelente bibliografia internacional do Direito Administrativo não tem, infelizmente, dedicado, de modo explícito, atenção maior ao regime administrativo, considerado em si mesmo, isto, é, como ponto nuclear de convergência e articulação de todos os princípios e normas de direito administrativo".

O ordenamento jurídico-administrativo se apresenta estruturado para ser expressão jurídica dos fenômenos que envolvem a administração. Apresenta-se, também, como entidade unitária, possuidora de vida própria, que só se entrelaça com as normas jurídicas quando elas a ele se integram. Com absoluta razão, afirmaram Eduardo Garcia Enterría e Tomas Ramón Fernandes, p. 69, ob. citada, que

"o sentido unitário do ordenamento se expressa, antes que no agregado de normas casuísticas que nem se integram, em um conjunto de princípios estruturais que não sempre, nem as mais das vezes, estão formulados expressamente como tais".

Fixados esses conceitos, torna-se possível agora se apresentar, de forma alinhada, as características essenciais do ordenamento jurídico-administrativo.

No primeiro plano, há de se colocar a sua realidade dinâmica. Só assim se pode entender as transformações das normas jurídicas que o compõem, sem que sejam modificados os princípios estruturais que o regem. Estes só sofrem mutações quando impulsionados por qualquer processo revolucionário ou de mudança da ordem constitucional a que está subjugado.

Nessa hipótese, novos princípios básicos passam a regê-lo, sem que, contudo, perca a sua força de ser um sistema.



No segundo plano, destaca-se a pluralidade de fontes que o constitui.

Embora, como demonstra a história, o Estado tenha tentado monopolizar a criação do Direito (leis e regulamentos só por ele expedidos), tal não foi conseguido, haja vista que não se pode deixar de se reconhecer o costume, a jurisprudência e os princípios gerais de direito como exercendo preponderável papel como norma jurídica que se integra ao ordenamento que se estuda.

O terceiro plano compreende a sua estrutura hierarquizada. A referida hierarquia se desenvolve de forma vertical e sempre necessárias, para fazer valer a força de seus princípios e a imposição de seu império, nascido da unidade possuída.

As conseqüências geradas pela hierarquia determinam a coexistência e a atuação de forma articulada da lei com a Constituição e do regulamento com a lei, tudo circulando ao redor dos princípios fundamentais que regem o ordenamento jurídico-administrativo.

Há, portanto, em decorrência de sua função, uma construção escalonada do ordenamento, na expressão de Kelsen, colhida por Norberto Bobbio (p. 48, ob. cit.), sem causar nenhum prejuízo à sua unidade.

Torna-se relevante salientar a importância dessa hierarquia, a fim de que se possa destacar a supremacia da norma fundamental, que atua com a capacidade de manter em estágio de unidade todas as outras normas e, conseqüentemente, a integridade estrutural do ordenamento.

A precisão do entendimento desse fenômeno hierarquizado e ao mesmo tempo unificador que se faz presente no ordenamento foi posta

por Norberto Bobbio, em *Teoria do Ordenamento Jurídico*, *ob. cit.*, p. 49, do modo seguinte:

A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do Direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade, pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma. Devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma estrutura hierárquica. As normas de um ordenamento são dispostas em ordem hierárquica.

No fenômeno hierarquizante do ordenamento jurídico-administrativo, merece se destacar o regulamento, por ser ele o tipo de norma criada diretamente pela administração e que de modo mais constante se aplica na atividade administrativa.

A primeira dificuldade que se apresenta na dinâmica funcional do ordenamento jurídico-administrativo é a de fazer valer condições aceitas pela ciência jurídica de coexistência e de articulação do regulamento com a lei. Isso decorre da tendência sempre crescente dos agentes condutores da administração, no momento da criação do regulamento, de fixar regras que extrapolam os princípios hierárquicos presentes no ordenamento, quanto ao campo de abrangência das normas.

Identifica-se, nesse comportamento do agente público, uma não desvinculação total com a pretensão do Estado (quer democrático, quer totalitário, quer socialista) de se arvorar como o único criador do direito, como lembram Eduardo Garcia Enterría e Tomás-Ramon Fernandez, *ob. já citada*, p. 70:

Historicamente, primeiro, o rei absoluto, depois o Estado revolucionário (o da Revolução Francesa, porém, também, mais tarde, em grau elevado, o da Revolução comunista,

que fez, por isso, um mito da legalidade revolucionária) pretenderam monopolizar a criação do Direito, tornar este rigorosamente estatal, eliminando todas as fontes que não fossem procedentes do próprio Estado, as suas próprias fontes, escritas e autoritárias, a lei e o regulamento, em particular.

O primado de que a lei está sempre superior ao regulamento apresenta, na prática, dificuldades variadas que são criadas por fatores de ordem natural jurídica, de natureza política (quanto mais forte o sistema de governo, maiores são os desencontros entre a lei e o regulamento) e, até mesmo, de ordem interpretativa do direito pelos seus aplicadores, como ocorre, hoje, com a corrente que defende a aplicação de um direito alternativo.

É natural que, em face da intensidade da atuação do regulamento pela administração, ele provoque esse tipo de instabilidade na sua vivência, afetando, muitas vezes, a sua credibilidade.

A crescente importância do regulamento no ordenamento jurídico-administrativo deu lugar a que o Direito Administrativo cuidasse de estabelecer uma Teoria a seu respeito, a demonstrar a importância que tomou como veículo impositor de conduta a ser cumprida pelo administrado.

Concebido, inicialmente, com a finalidade exclusiva de complementar a lei, explicando o seu raio de ação, o regulamento avançou no seu prestígio como norma reguladora e passou a ter uma função mais simples - a de se apresentar com caráter supletivo e criador. A respeito confira-se a lição de Luciano Benévolo de Andrade, em "*Curso Moderno de Direito Administrativo*", Ed. Saraiva, 1975, p. 166:

De início, entendia-se que o poder regulamentar tinha sentido meramente complementar da lei. Hoje, todavia, admite-se uma função muito mais ampla, conferindo-se-lhe também um caráter supletivo e criador. É que, apesar da vedação constitucional de delegação de atribuições, as

realidades vivenciais são mais poderosas do que os esquemas abstratos. Exata a advertência de Hely Lopes Meirelles de que 'os juristas devem, hoje, abandonar certos preconceitos, e, conservando-se embora guardas fiéis da lei, considerar que a Administração Pública desempenha certa atividade legislativa, que é justamente a chamada faculdade regulamentadora', observação que tem o abono de eminentes publicistas.

O regulamento é uma necessidade que tem o administrador de fixar regras, embora de modo abstrato, para o futuro. Essa necessidade decorre da complexidade e da ampliação que é inerente à atividade administrativa.

Por não ser possível, nos limites do presente trabalho, desenvolver todos os aspectos que envolvem o Poder Regulamentar, penetrando no âmago dos princípios teóricos já formados a seu respeito, contento-me em sintetizar, de forma escalada, as principais regras a que o regulamento está subordinado, como parte integrante do ordenamento jurídico-administrativo.

Ei-las:

a) o regulamento surge de uma parcela de poder normativo que detém o Estado, o denominado poder regulamentar;

b) esse poder regulamentar é inerente à atividade administrativa pública, por lhe ser impossível só se manifestar em casos concretos;

c) o regulamento dispõe de modo abstrato e para futuro, só tendo efeito retroativo em situações excepcionais, como o caso de reconhecimento da prática de ato nulo;

d) a sua função não é limitada, apenas, a interpretar, sem cunho de obrigatoriedade para os demais poderes, a lei e a ditar regras para a sua execução, por lhe ser permitido imprimir, com caráter

normativo, a obrigatoriedade de determinadas condutas ao administrador e ao administrado;

e) não obstante seja norma de conduta criada pelo administrador, tem a função de autolimitá-lo na prática dos atos administrativos;

f) a simples expedição do regulamento expõe a sua força hierárquica por tornar-se obrigatório o seu cumprimento pelos órgãos a que estão subordinados ao dirigido pela autoridade que o fez integrar o ordenamento jurídico-administrativo;

g) o fenômeno da hierarquização presente no ordenamento jurídico-administrativo se faz presente, de modo específico, na esfera da eficácia e efetividade do regulamento, tendo em vista que o que for expedido por uma autoridade superior prevalece sobre outro, embora já existente, mas que tenha se originado de ato de autoridade subordinada àquela;

h) a ciência do Direito Administrativo não estabeleceu, ainda, leis rígidas para a forma do regulamento se apresentar, pelo que ele pode ser criado com a denominação de decretos, portarias, resoluções, circulares, provimentos, instruções, etc;

i) o regulamento, ao ser expedido, não pode, por maior que seja o propósito a alcançar, atingir a integridade de qualquer direito ou garantia fundamental do cidadão, nem diminuir os efeitos dos direitos subjetivos constituídos;

j) o objetivo fundamental do regulamento é disciplinar as situações em que cabe discricionariedade administrativa no cumprimento da lei;

l) as regras postas pelo regulamento são "referentes à organização e ação do Estado, enquanto poder público" e "hão de ter por conteúdo regradar orgânicas e processuais destinadas a por em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou normas em desenvolvimento dos preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ela circunscrita, isto é, das diretrizes, em pormenor, por ela determinadas" (Osvaldo Antônio Bandeira de Melo, in *Princípios Gerais do Direito Administrativo*, Ed. Forense, vol. I, 2ª ed., 1979, p. 303).

Carlos Maximiliano, em "*Comentários à Constituição Brasileira*", 1918, pp. 493-494, catalogou nove regras que devem ser obedecidas pelo Poder Regulamentador e que são:

- a) não cria direitos, nem obrigações não estabelecidas, implícita ou explicitamente, em lei;
- b) não amplia, restringe ou modifica direitos, nem obrigações. Apenas desenvolve e completa, em particularidades, as regras estabelecidas pelo Congresso;
- c) fica inteiramente subordinado à lei. Não faculta, ordena ou proíbe senão o que ela, em termos amplos, facultou, ordenou ou proibiu;
- d) não extingue direitos, nem anula obrigações dos cidadãos em geral;
- e) limita-se a desenvolver os princípios e a completar a sua dedução, a fim de facilitar o cumprimento das leis; não deve estabelecer princípios novos;
- f) não cria empregos, nem fixa, eleva ou diminui vencimentos, institui penas, emolumentos ou taxas, senão quando expressamente autorizado pelo Congresso;
- g) não revoga, nem contraria a letra, nem o espírito da lei;

h) quando esta determina a forma de que deve se revestir o ato, o regulamento apenas indica a maneira de cumprir aquelas formalidades, não institui outras normas;

i) suspende ou adia a execução da lei, somente quando esta o autoriza explicitamente.

Tais regras, não obstante pregadas em 1918, são atuais e de plena aplicação.

No quarto plano, sem que com isso revele caráter de verticalidade, ressalta analisar o papel do costume no ordenamento jurídico-administrativo.

De imediato, surge a pergunta: Aplica-se o costume no Direito Administrativo?

Em 1950, quando foi publicada a 11ª edição da obra *Tratado de Derecho Administrativo*, de Gascón J. Marín, citada por Cretella Júnior em seu *Tratado de Direito Administrativo*, vol. I, p. 295, foi considerada equilibrada a opinião manifestada pelo conceituado administrativista de que:

Se o costume é fonte de direito administrativo é o direito, o que deverá se examinar não é o se o costume pode ou não ser fonte do direito administrativo, mas sim em que grau e que importância terá como fonte do direito neste ramo especial, já que não é possível negar seu caráter de fonte jurídica.

A observação acima destacada tem razão de ser, em virtude de uma certa corrente doutrinária haver pretendido excluir o costume como fonte de direito administrativo, inspirada na construção de que ele é, por essência, um Direito do Estado, portanto, insuscetível de ser criado por tal fonte. A esse grupo se incorporou, por exemplo, Sabino Fraga, com a afirmação de que o costume, muito embora seja "elemento útil para a interpretação das leis administrativas, de modo algum se lhe pode reconhecer o valor de criar um direito que supra ou contrarie as normas

legais positivas" (*Derecho Administrativo*, 5ª ed., 1952, p. 142, cit. por Cretella Júnior, *Tratado*, vol, I, p. 297).

Na doutrina brasileira, Themístocles Brandão Cavalcanti acompanhou esse posicionamento, conforme está revelado na sua obra "*Tratado de Direito Administrativo*", vol. I, p. 179, Rio, 1955, 4 vols.

Reação se impôs a esse posicionamento.

Marcelo Caetano, em seu *Manual de Direito Administrativo*, p. 82, Almedina, Coimbra, 1980, considera ser pretensioso a lei objetivar evitar o costume como fonte de direito administrativo. Argumenta, com absoluta precisão, que a autenticidade do costume, por ser

"resultante da espontaneidade das forças que motivam o seu aparecimento e a sua imposição, obriga a quem considere o problema, isento de preconceitos de escola, a reconhecer o seu valor normativo".

Justifica os seus fundamentos com o fato de que há muitas regras de conduta dos órgãos administrativos, nas suas relações com os particulares, que não se encontram nas leis e nos regulamentos, muito embora tais regras sejam resultantes de decisões dos superiores hierárquicos ou da rotina dos serviços. A única reserva que se põe ao entendimento de Marcelo Caetano é a de que, como apropriadamente salienta Cretella Júnior,

"não se deve, entretanto, confundir o costume, propriamente dito, com as chamadas praxes ou práticas administrativas, recurso de que lançam mão com freqüência as autoridades administrativas quando, na falta de disposições legais, precisam dar solução a um determinado caso submetido a sua apreciação" (p. 296, *Tratado*, ob. cit.).

A observação que não deixar de ser feita é que o costume é considerado como fonte de direito administrativo com os mesmos requisitos exigidos para a sua consagração no Direito Civil. O costume só



será considerado como tal se for derivado de um uso constante e duradouro e se apresentar, em seu substrato, como capaz de impor uma "convicção de que a norma funciona como lei, pela necessidade que há de regularizar o caso, a que ela se refere, pelo modo nela estabelecido" (Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., 1946, p. 27).

A quase unanimidade da doutrina aceita o costume como fonte de direito administrativo. A sua atuação, porém, no ordenamento jurídico-administrativo deve ser feita com apoio nos enunciados que abaixo passo a enumerar e que foram extraídos das citações feitas por Cretella Júnior, em seu Tratado, *ob. cit.*, vol. I, pp. 295 e ss.:

a) não "confundi-lo com a rotina burocrática, na qual se enxerta o conceito de praxe, e freqüentemente aberrante do direito e da lógica, pela adesão aos precedentes sem outra razão que não a de segui-los" (Guimarães Menegale, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 2ª ed., 1950, vol. I, p. 29);

b) o costume, como fonte imediata de direito administrativo, além de ser considerado como supletivo da lei, ele é, "também, precedente da própria lei, que acaba por consagrar formalmente a norma consuetudinária" (Rafael Bielsa, *Curso*, pp. 52 e 53);

c) o costume pode ser considerado como fonte direta do direito administrativo e como fator importante na eficácia e influência da lei e suas modificações" (Matos de Vasconcelos, *Direito Administrativo*, 1936, vol. I, pp. 27-28).

É de se cultivar a impossibilidade de se considerar o precedente administrativo como sendo costume. Não obstante ser o precedente administrativo uma prática reiterada de atos praticados, ele não pode ser erigido a fonte do Direito Administrativo e passar a integrar o ordenamento jurídico-administrativo. Não se pretende, com essa posição, se tirar a atribuição vinculante do precedente, a fim de se resguardar a garantia do direito de igualdade e da boa-fé, no trato das relações do administrador com os cidadãos. Ocorre que, desde que se

apresente devidamente motivado e com amparo nas regras fixadas pelo ordenamento jurídico-administrativo, o precedente pode deixar de ser seguido, sem que com tal prática se evidencie qualquer arbitrariedade.

No escalonamento da análise dos caracteres formadores do ordenamento jurídico-administrativo, alcança-se, agora, um quinto patamar que nos oferece a oportunidade de ser examinado o nível a que alcançaram as dificuldades surgidas com a variabilidade sempre presente de normas escritas a integrarem o Direito Administrativo.

A fúria legislante adotada pelo nosso sistema estatal tem contribuído para alterar a racionalidade sistemática do ordenamento jurídico-administrativo, causando consideráveis danos à hierarquia das normas, pela violação aos princípios que regem a sua formação, eficácia e efetividade, em face da concorrência muitas vezes existentes entre leis que regulam, no tempo e no espaço, o mesmo relacionamento de direito material.

A estabilidade legislativa que premia o Direito Civil, o Direito Processual Civil, o Direito Comercial, o Direito Penal e outros ramos do Direito não alcança o Direito Administrativo e o Direito Tributário. Esse fenômeno, por si só, conduz a criação de um estado de perplexidade não só nos agentes administrativos, como muito mais nos administrados. Contribui, também, por gerar confiabilidade reduzida às decisões judiciais, pela possibilidade crescente de permitir soluções nem sempre horizontais.

Esse fenômeno dificulta a determinação do círculo do ordenamento jurídico-administrativo e provoca, muitas das vezes, respostas equivocadas às provocações que são feitas por aqueles que invocam as regras que a ele estão integradas. Há, assim, prejuízo à serenidade e à estabilidade, que devem estar presentes nas decisões, além de contribuírem para o descrédito de sua coercibilidade, não só pela provisoriedade da solução, mas, também, pela ausência de tradição.

As dificuldades com a variabilidade do ordenamento jurídico-administrativo se tornam maiores quando o aplicador da norma de direito se depara com o que os alemães denominaram de "lei medida", assunto estudado com profundidade por Eduardo Garcia Enterría e Tomás Ramón Fernandez, na obra já citada, pp. 80 e ss., a quem cedo o registro:

A doutrina alemã desenvolvendo uma instituição do próprio Schmitt, distinguiu entre o conceito "clássico" da lei (a lei como definidora de uma ordem abstrata de justiça, com vocação de permanência), e a *massnahmegesetz* ou "lei medida", que, mais que definir uma ordem abstrata, pretende, pelo contrário, resolver um problema concreto e singular, que é, portanto, ainda que com uma técnica normativa, uma "medida" para afrontar um problema determinado.

A seguir, exemplifica, com base no direito espanhol:

A diferença é a que se dá entre o Código Civil, por exemplo, e o Decreto-lei de 27-11-67, que dispôs "medidas complementares da nova paridade da peseta" a motivo de uma de suas desvalorizações - ou a lei que aprova o plano Jaén, ou, inclusive, o Plano de Desenvolvimento, ou a Lei de Orçamento, ou as adotadas em vista de alguma situação catastrófica (inundações, secas, inflação, guerra, etc.).

Potencializam-se, conseqüentemente, as dificuldades decorrentes da variabilidade de normas que passam a integrar o ordenamento jurídico-administrativo com a vigência das "leis medidas". É evidente que a principiologia fixada para a interpretação das regras componentes do sistema se alterou, em seus fundamentos básicos, pois, "lei-medida" não pretende definir uma ordem abstrata de justiça e, por isto, tendencialmente permanente; renuncia deliberadamente às duas coisas e se apresenta como uma norma ocasional, contingente, explicável somente em função de uma situação ou problema determinado que se pretende endireitar ou superar, em todo caso, ajustar, em função de uma determinada política ou fim ou resultado, a conseguir mais que em função de uma justiça abstrata. Inclusive, por isto, renuncia, também, com

freqüência, à generalidade, que costuma ser um correlato da abstração, para concretizar-se a hipóteses singulares e específicas" (Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramón Fernandez, p. 80, *ob. citada*).

A lei-medida não tem aspecto conjuntural. Ela não se apresenta compromissada com o sistema e tem uma característica de não se inclinar a ser duradoura. Não cria raízes, não se institucionaliza. Em regra, é filha da crise, pelo que a sua interpretação é sempre difícil, instável e controvertida. Um outro aspecto que a acompanha é que invade o ordenamento jurídico-administrativo carregada de forte coação, para que se possa tomar válida, eficaz e efetiva.

A ciência do Direito, na era contemporânea, há de criar mecanismos que se imponham no tocante a criação da "lei-medida", por ela possuir, intrinsecamente, um conteúdo de autoritarismo que foge dos ideais democráticos. As atuais gerações e as futuras haverão de conviver com tais problemas que considero cardeais e que afetam, diretamente, os postulados da dignidade humana e da quebra de paz e da segurança jurídica que o Estado tem a obrigação de oferecer aos cidadãos.

A "lei-medida", por sua excepcionalidade, deve ter um processo legislativo rígido e vinculado a um tipo de pronunciamento plebiscitário, que se apresente acima da delegação de atribuições que o povo atribui aos seus representantes componentes do Congresso Nacional.

O sexto e último plano que me proponho enfocar tem como substância reflexões sobre a importância exercida pelos princípios gerais de direito sobre a atuação do ordenamento jurídico-administrativo. Mais uma vez, como aconteceu em todos os pensamentos já expostos neste trabalho, busco inspiração na doutrina formulada por Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramón Fernandez.

Não se desconhece que os princípios gerais do Direito representam valores maiores para qualquer ordenamento jurídico. Por serem princípios, encarnam em si a idéia de conceitos básicos, fundamentos que servem de suporte para qualquer sistema.

Os princípios são mais do que simples regras jurídicas, como de modo eficaz, fez ver Celso Antônio Bandeira de Melo, in "*Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*", Ed. RT. São Paulo, 1981, p. 87:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

O princípio não sofre do limite possuído pela norma. Ele, ao se revelar, demonstra toda a sua substância e imperatividade. Impõe-se, assim, sobre a norma, de forma que ela há de se adequar aos seus limites e conteúdo. Por isso, repita-se com Celso Antônio Bandeira de Melo:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa, não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (p. 88, *ob. cit.*).

Registradas tão contundentes e expressivas apologias da força dos princípios, tenta-se, a seguir, enumerar os princípios gerais do direito e filosóficos-jurídicos que mais se aplicam ao ordenamento jurídico-administrativo. Advirta-se que não se está cuidando dos principais informativos do Direito Administrativo.

Conforme assinalado, a preocupação se restringe aos princípios gerais do direito que, de forma hierarquizada vertical, informam o sistema jurídico aqui destacado. Ei-los, sem se esgotar a sua enumeração:

a) o da proibição do enriquecimento ilícito, sem causa, por atentar contra a moralidade pública;

b) o do cumprimento das obrigações a que se sujeitam tanto os administradores públicos como os particulares, em qualquer relação com a administração;

c) o da obediência ao devido processo legal, em qualquer uma das formas de atuação do poder público, especialmente quando apurar infrações administrativas, tributárias e tiver de aplicar sanções;

d) o de que o jurídico não se encerra e se circunscreve às disposições escritas, mas se estende aos princípios e à normatividade imanente da natureza das instituições;

e) o de que a administração está submissa plenamente à Lei e ao Direito;

f) o da não contradição - uma entidade ou instituição jurídica não pode ser e deixar de ser, ao mesmo tempo;

g) o da identidade da instituição jurídica dentro do ordenamento, que torna "impossível que o intelecto humano pense numa noção e suas conotações constitutivas, como reversamente inidênticas, isto é, o que é verdadeiro há de ser verdadeiro" (Cretella Júnior, vol, 8, p. 20);

h) o de terceiro excluído pelo qual o intérprete se, deparando com duas proposições contraditórias e chegando à conclusão que uma é

verdadeira, haverá de considerar a outra falsa. Não há lugar para uma terceira solução;

i) o da razão suficiente - nada existe sem que haja uma razão para isso, ou, com explicado por Leibniz: "nenhum fato é verdadeiro ou inexistente e nenhum enunciado é verdadeiro sem a razão suficiente para que assim seja e não o seja de outro modo";

j) o de que ninguém se excusa, alegando ignorar a lei;

l) o de que ninguém pode ser obrigado por um preceito, a não ser que tenha tido prévio conhecimento desse preceito;

m) o interesse público tem primazia sobre o particular.

A aplicação dos princípios gerais de direito, para suprir as lacunas do ordenamento jurídico-administrativo, em face da ausência da lei, quando não preenchida por outras formas, há de ser regrada por uma postura racional e que se aproxime, o máximo possível, dos postulados da legalidade. A finalidade maior é a de se evitar o arbítrio judicial. O direito a ser aplicado há de ser buscado nos postulados fixados pelo ordenamento, consultando-se as influências exercidas pelos fatores fundamentais que orientam a movimentação do Estado e o respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Os princípios gerais de Direito não podem fugir da característica que sempre lhe foi imposta de serem as próprias exigências naturais da Ciência Jurídica. No campo do direito público e tendo em vista o relacionamento do Estado com o jurisdicionado há de sempre estar presente o axioma de que, em se tratando de regra de direito administrativo, o agente público há de cumprir, sempre e sempre, só o que a lei permite, diferentemente do preceito que envolve a relação jurídica de direito privado, segundo o qual se permite a prática de tudo

aquilo que não seja proibido por lei, desde que compatível com a moralidade.