FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR

SUMÁRIO: — *A lei como fonte do direito. Leis formais e leis substanciais. O regulamento. Limites do poder regulamentar. Regimentos, instruções e circulares. O costume. Equidade. Conclusões.*

A expressão *fontes do direito* pode ser considerada em várias acepções. Assim, tratando do tema no âmbito do Direito Administrativo, D'Alessio examina três sentidos diferentes: material, subjetivo e formal. Sob o primeiro aspecto, mais pròpriamente do domínio filosófico, o assunto é examinado no que tange aos fatôres ou causas das normas de direito. No sentido subjetivo, se fala em fontes do direito tendo-se em atenção os órgãos donde promanam. O terceiro sentido é que nos parece constituir aquêle que aqui nos interessa: fonte formal, maneira de manifestar-se a vontade jurídica. Atos ou fatos através dos quais se revelam as regras do direito.

Fontes do direito, são, pois os atos e fatos que contêm normas jurídicas.

Expressiva e clara a lição de Zanobini: na linguagem jurídica, a palavra "fonte" é sinônimo de "lei" em sentido amplo: como esta, indica qualquer ato ou fato que concorra para a constituição da ordem jurídica. O estudo das fontes pertence, por isso, de modo precípuo, ao direito constitucional; todavia, também os cultores dos diversos ramos do direito dedicam atenção particular ao sistema das fontes. Isto não significa que as fontes não sejam as mesmas em tôda a ordem jurídica e que algum ramo tenha fontes próprias e diferentes. Significa, apenas, que das várias fontes próprias da ordem jurídica, algumas assumem maior importância em um determinado ramo e outras em um ramo diverso. Assim, no direito privado, no penal e no processual, predominam entre as fontes os códigos respectivos e, em segundo lugar, as outras leis formais, enquanto as leis sòmente materiais têm aplicação excepcional. No direito administrativo, porém, onde não existe a figura do código, prevalecem as leis formais e as leis materiais, espe-

cialmente os regulamentos, os quais assumem neste ramo do direito especial importância. [1]

O direito administrativo, como todo ramo do Direito, escreve Bielsa, tem suas fontes, quer dizer, seus modos ou formas através dos quais se estabeleceram ou se estabelecem as normas jurídicas que o constituem. [2]

A norma jurídica principal é fixada em lei, tomada esta palavra no sentido restrito de lei formal, isto é, a lei manifestada pelo poder competente, o Poder Legislativo. Lei formal é, pois, a norma jurídica emanada do legislador. [3]

A par dêsse significado específico da palavra lei, podemos considerar também um sentido material ou substancial, e dêsse modo, lei será o ato, ainda que não expedido pelo órgão próprio do Estado, desde que estabeleça norma jurídica que, pelo seu conteúdo, se equipare à lei formal. Se o ato que estabelece norma jurídica reveste os característicos próprios, intrínsecos, da norma que é emanação do Poder Legislativo, temos a lei material.

Referindo-se à lei, como fonte do direito, adverte Bielsa que entende abranger as chamadas leis substanciais e não exclusivamente as formais. Em conseqüência devemos compreender no conceito de lei, como fonte de Direito Administrativo, os regulamentos e outros atos administrativos, quer dizer as *regras jurídicas* obrigatórias emanadas do poder administrador, num sentido geral. [4]

Ao significado amplo de lei, como sendo qualquer fonte do direito, refere-se D'Alessio, expondo que há normas que mencionam a expressão lei, sem qualificativo, referindo-se à lei material, e outras normas há também que aludem simplesmente a lei, mas em sentido formal. Cabe ao intérprete atribuir, em cada caso, ao têrmo equívoco *lei* um ou outro sentido. [5]

Quando se fala em lei, escreve Tito Prates da Fonseca, tem-se em vista principalmente a lei formal, quer dizer, aquela que assim se denomina por antonomázia, e emana da soberania em função legislativa, por meio do Parlamento e seus órgãos de cooperação. [6]

Esta é a fonte por excelência do direito moderno. As outras normas auferem, em geral, a sua eficácia própria em conseqüência da fôrça obrigatória da fonte formal. É esta que dá eficácia vinculante a outras categorias normativas e submete ao seu império soberano o próprio Estado.

Lei é todo ato aprovado pelo Parlamento, sancionado e promulgado pelo Chefe do Poder Executivo. No direito público brasileiro, adverte Tito Prates da Fonseca, lei quer dizer lei formal, no sentido assinalado.

---

1 *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. 1.º, 1945, p. 55.
2 *Derecho Administrativo*, 3.ª ed., t. I, p. 58.
3 Bielsa. Ob. cit., p. 60.
4 Ob. cit., p. 60.
5 *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, 1932, vol. 1.º. ps. 56-57.
6 *Lições de Direito Administrativo*, 1943, p. 51.

É a fonte fundamental e principal do direito. As normas jurídicas que têm esta forma, adquirem, na expressão de Donati, uma eficácia particular, que lhes dá fôrça prevalente sôbre as outras normas. E por esta eficácia formal especial as leis podem modificar ou ab-rogar outras leis, e *a fortiori*, normas jurídicas sem a forma de lei, e não podem ser modificadas ou ab-rogadas senão por outra lei. [7]

No sistema nosso, de Constituição rígida, surge uma categoria de leis, as constitucionais, que prevalecem sôbre tôdas as outras. Nelas se cristalizam as regras fundamentais relativas à organização política e aos direitos fundamentais dos membros da comunhão social. Eivadas de nulidade serão tôdas as normas jurídicas que se não subordinem a essas normas essenciais.

O processo da elaboração legislativa se estuda no Direito Constitucional. Sabemos que a lei, já promulgada, sòmente tem eficácia, se torna obrigatória, depois de publicada.

A lei formal, emanação das assembléias representativas, podem ser ou não leis, no sentido substancial. Há grande divergência entre os estudiosos sôbre o que seja lei substancial, quer dizer, sôbre o que deva constituir matéria da lei. No sentido formal, as leis constitucionais geralmente fixam certas matérias que só por lei podem ser disciplinadas.

Examinemos, primeiro, o aspecto dito substancial da questão.

Há leis formais e leis substanciais. As primeiras, como já vimos, são as que constituem emanação do Poder Legislativo, ainda que não tenham a substância de lei; as outras são as que têm substância de lei, embora não originadas do Poder Legislativo. Haverá, pois, normas jurídicas que, sob êste aspecto, serão substancial e formalmente legislativas. São as chamadas leis perfeitas.[8] Mas, qual é a substância da lei? O tema se apresenta de difícil solução, e o determinar qual seja o conceito material de lei sòmente parece possível num sentido aproximativo, sem o intuito de fixar critério absoluto e definitivo. Pôsto que se fixem princípios que permitem extremar, até certo ponto, a natureza legislativa de certas normas, dúvidas persistem e, o que é de se ter em conta, a indagação não tem real alcance prático. No domínio das fontes o que sobreleva é a eficácia que lhes é própria, a que deriva, na ordem jurídica, do seu conceito formal. Os regulamentos gerais, p. ex., que a maior parte dos autores alinha entre as leis materiais, nem por isso deixam de ter eficácia decorrente de seu sentido formal, como ato executivo, de eficácia menor do que a da lei.

Na ordem formal, encontramos uma hierarquia de normas, umas prevalecentes sôbre as outras: leis constitucionais, leis formais, regulamentos, e outras fontes de eficácia menor.

Como a lei formal é norma mais estável, de mais difícil alteração depois das denominadas constitucionais, constitui garantia maior para

---

7 *Principii Generali di Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione*, Cedam, 1932, 3.ª ed., p. 25.

8 M. La Torre, *Elementi di Diritto Amministrativo*, Milano, 1925, p. 72

a liberdade e os direitos dos cidadãos. Por isso é que a Constituição costuma fixar uma série de matérias que só por lei podem ser reguladas. Isto, também, por causa da eficácia que é própria da lei, do seu poder prevalente sôbre as demais normas, efeito que se costuma denominar de fôrça formal da lei.

Entre nós, no sistema anterior à Constituição vigente, havia outros atos que, embora não originados do Poder Legislativo, tinham a eficácia da lei. Eram os Decretos-leis, atos legislativos de competência do Presidente da República.

Donato Donati, estudando êsses atos, escreve que são êles decretos quanto à forma e leis relativamente à sua eficácia. Por isso podem modificar e ab-rogar as leis formais e só por elas podem ser modificados e ab-rogados. [9] Tais leis já não existem no sistema constitucional brasileiro, como também estão proibidas as chamadas delegações legislativas. Referindo-se, no sistema instituído pela Constituição de 1937, às normas com a mesma eficácia que a lei formal, ensinou Tito Prates da Fonseca que a par das leis — leis formais e decretos-leis — que traduzem o exercício do Poder Legislativo, há outras que provêm de função legislativa delegada. A delegação não deve ser confundida com o exercício do Poder Legislativo pelo Presidente da República. Êste, ao expedir os decretos-leis, não o faz por delegação do Parlamento, mas em virtude de uma faculdade que recebe diretamente da Constituição. O seu poder, para isso, é instituído pela Constituição e não delegado. [10]

Entre nós não mais existem não só os decretos-leis como as delegações legislativas, expressamente vedadas.

A fonte principal do Direito é, pois, a lei formal. Tais leis constituem a parte fundamental do direito administrativo objetivo.

Na doutrina do Direito Administrativo, numerosos estudos têm sido levados a efeito pelos autores, no que tange ao regulamento, como fonte do direito. Isto se deve a que, como lembra Zanobini, êstes atos têm, neste ramo do direito, aplicação muito mais extensa que em qualquer outro ramo. [11]

E' o regulamento uma norma jurídica, substancialmente legislativa, de competência do Poder Executivo, mas que não tem a eficácia própria da lei. Essa competência é atribuída ao Executivo pela Constituição ou pela lei.

No dizer de Donati, o regulamento tem o conteúdo de lei, sem ter a forma e a eficácia correspondente. [12] Formalmente, é ato administrativo.

Discutem muito os estudiosos sôbre o fundamento do poder regulamentar. Se é poder *jure próprio* do Executivo ou se êste o tem por

9 Ob. cit., p. 25.
10 Ob. cit., ps. 53-54.
11 *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. 1.º, p. 67.
12 Ob. cit., p. 28.

expressa atribuição de norma constitucional ou legal. A indagação vem sendo resolvida pelos autores no sentido de que êsse poder deve ser concedido pela lei e não constitui um poder inicial, originário.

Na ordem da hierarquia das normas o regulamento se encontra em posição de inferioridade relativamente à lei. Os regulamentos não podem ab-rogar ou modificar as leis. Êle é submetido, vinculado às disposições contidas na lei. Deve, também, o regulamento inspirar-se nas diretivas traçadas pela lei, às quais não deve êle contrariar. Não deve, ainda, invadir o campo próprio da lei, aquêle que é chamado de reserva legislativa, que as leis formais consideram matéria legislativa.

Êsses limites do poder regulamentar, se desobedecidos, determinam a ilegitimidade e ineficácia da norma.

Cumpre-nos, agora, examinar a extensão do poder regulamentar.

Costumam os autores considerar várias espécies de regulamentos. Pelo geral, a classificação adotada é a de regulamentos executivos, independentes e delegados. Rui Barbosa refere-se, num trabalho, à classificação de Gneist, que divide as manifestações da atribuição regulamentar em três ramos: decretos independentes, em que o poder executivo obra sôbre si nos vários domínios constitucionais da Administração pública, ainda não ocupados pela legislação; decretos executivos, cujo objeto é a aplicação de normas gerais, enunciadas nas leis; decretos autorizados por deliberação legislativa especial. [13]

Os regulamentos denominados executivos se expendem no exercício de faculdade constitucional que sempre teve o Poder Executivo. A atual Constituição prevê essa espécie de regulamento no art. 87, alínea I. Êles contêm normas jurídicas subsidiárias, complementares, de pormenor, tendentes a tornar mais fácil e acertada a execução da lei.

Em assuntos que se consideram de competência legislativa, admite-se pelo geral a autorização para que sejam êles disciplinados em regulamento, e com fôrça própria dêste ato. A despeito da limitação da eficácia formal que a autorização deve conter, somos de pensar que essas delegações, em que pese à opinião contrária do ilustre Carlos Maximiliano, [14] estão proscritos, por fôrça do § 2.º do art. 36 da Constituição federal.

Restaria, apenas, examinar a possibilidade, entre nós, dos regulamentos independentes ou autônomos. São regulamentos de ação própria do Govêrno, diz Rui, e considera-os admitidos. [15] Disciplinam êles matéria sôbre a qual não preexiste regra de lei e que pode ser regulada pelo Poder Executivo. Deve, também, aqui, ser atendida a chamada "reserva da lei". O regulamento independente cabe quando a matéria não foi disciplinada por lei e pode ser tratada em regulamento, por não constituir assunto reservado, expressamente, à normatividade legal.

---

13 *Comentários à Constituição*, coligidos por Homero Pires, III vol., p. 204.
14 *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. I, ps. 410 e segs.
15 Ob. cit., III vol., p. 208.

Rui ensina que, a despeito da expressão limitativa da lei, que apenas se refere a regulamentos executivos, admitem-se os independentes: "consulte-se, escreve êle, a teoria, a jurisprudência, a história constitucional, em todos êstes países, e verificar-se-á que, pràticamente, em cada um dêles, o texto da lei fundamental recebeu da interpretação limites bem diversos daqueles que a estreita linguagem dos textos lhes parecia traçar". [16]

Entre nós, o exame dêste aspecto do poder regulamentar perde muito de sua importância, porquanto, conforme salientam os autores, a principal espécie de regulamentos independentes são os chamados regulamentos de organização. Ora, precisamente essa categoria de normas não tem sido admitida, como faculdade do Poder Executivo, em nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, sempre se tem entendido que a criação de serviços administrativos deve constar de ato formalmente legislativo. Nunca se assentiu em que possa o regulamento criar repartições. [17]

A respeito, se pode mencionar, na esfera estadual, a norma da alínea *b* do n. 20 do art. 18 da Constituição paulista de 1935, que considerava de competência legislativa a "organização administrativa".

Certo, essa restrição aos poderes do Executivo muito é de ponderar, hoje, quando, terminada a vigência da Constituição federal de 1937, se volta a atribuir a função legislativa preponderantemente ao Parlamento.

Em remate, naquilo que o regulamento completa a lei e supre as suas deficiências, para os efeitos da ação administrativa, e sempre que dispõe em assunto que lhe seja pertinente, êle estabelece norma jurídica obrigatória, e, como tal, constitui fonte de direito.

Não se deve confundir o regulamento com certas categorias de atos administrativos que, expedidos pelo Poder Executivo, e contendo regras gerais, não estabelecem, porém, relações jurídicas pròpriamente ditas, não constituem direitos e obrigações. Êstes atos, denominam-nos alguns, regulamentos internos, pois obrigam, apenas, aos agentes da Administração. Nesta categoria se incluem atos tais como os *regimentos*, as *instruções* e *circulares*, os quais se destinam a disciplinar o funcionamento dos serviços públicos, acrescentando às leis e regulamentos disposições de pormenor e de natureza principalmente prática.

São atos êstes cujo fundamento está na hierarquia e no poder de auto-limitar-se, que é próprio da Administração pública. [18]

Entre as fontes do Direito Administrativo vêm assumindo especial importância as normas que Rui Cirne de Lima e Tito Prates da Fonseca denominam de *disposições autonômicas*. Escreve o segundo dos autores citados que "pertencem à classe as normas que, na forma

16 Ob. cit., III vol., p. 204.

17 A. Nogueira de Sá — *Regulamentos de Execução — in "Administração Pública"*, setembro 1945, an. 3, n. 3, p. 61.

18 *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano* — F. D'Alessio, Torino, 1932, vol. 1.º, p. 124.

da lei, as corporações e fundações administrativas e os serviços públicos personalizados preserevem aos seus componentes". [19]

Essa categoria de normas tem sido longamente estudada pelos autores estrangeiros, sobretudo italianos. Elas têm o seu fundamento no poder de autonomia que o Estado concede a certas entidades. É um poder que provém da lei.

Em nosso Direito, tais estudos não tomaram maior extensão, e o fato se explica, até certo ponto. É que, entre nós, tais atos de auto-organização de entes públicos e outros relativos à sua atividade são, quase sempre, aprovados por leis ou decretos, pelo que adquirem a eficácia própria dos atos que os aprovam. Só o Chefe do Poder Executivo, entre nós, tem a faculdade de expedir decretos e baixar regulamentos, ainda que referentes a entidades descentralizadas.

Fontes complementares de direito são, também, os contratos coletivos de trabalho, elaborados na forma da lei, e obrigatórios para tôda uma categoria de pessoas. Constituem êsses atos o exercício, por entidades profissionais, de funções delegadas pelo poder público.

Vejamos, agora, o costume, fonte não escrita do direito. É uma norma jurídica que resulta de um constante e uniforme modo de agir com a convicção de que se procede de acôrdo com o direito.

A repetição uniforme de um determinado procedimento entre os sujeitos, na convicção de que cumprem preceito jurídico obrigatório, acaba por criar uma norma que, embora não resulte diretamente da vontade do Estado, tem a mesma essência das outras normas, isto é, a essência de direito objetivo. [20] É, pois, um direito que nasce das necessidades sociais, sem que o Estado o tenha consagrado expressamente.

Discute-se se o costume, sempre considerado fonte importante do direito privado, é também fonte do direito público, especialmente do direito administrativo.

Em princípio, e principalmente por que não é o Direito Administrativo um direito sistematizado, codificado, admite-se o costume como fonte. "É claro que, na deficiência, não digo quantitativa sòmente, mas qualitativa das leis de um direito novo como o administrativo, o costume é uma necessidade", observa Tito Prates da Fonseca. [21]

Deve ser admitido o costume que se denomina *secundum legem* ou interpretativo e o costume *praeter legem* ou introdutório. O costume ab-rogatório ou *contra legem* é considerado inadmissível no sistema nosso.

Costume interpretativo é norma secundária, pois regula matéria já disciplinada por meio de lei e se destina a estabelecer a interpretação da norma. O introdutório é norma primária, visto como regula matéria não disciplinada pela lei.

Parece estar com a razão, no tocante ao assunto, D'Alessio, quando ensina que, no Direito Administrativo, podemos admitir costumes, mas

---

19 *Licções*, 1943, p. 55.
20 D'Alessio — Ob. cit., p. 143.
21 Ob. cit., p. 58.

êstes, aqui, não podem deixar de ter um poder muito limitado, porque muito limitado é o campo em que se manifesta a vontade dos órgãos administrativos, fora de uma disciplina jurídica legislativa ou regulamentar. [22]

Nos casos em que ocorre lacuna da lei, quando não há norma jurídica geral aplicável à hipótese, em Direito se costuma socorrer o intérprete da eqüidade e dos princípios gerais de direito.

Algo nebuloso é o conceito de eqüidade, ou melhor diríamos: tem muito de vago. Ora se confunde com um direito benigno; ora, com o próprio conceito de justiça.

Referindo-se ao conceito de eqüidade, escreve Raggi: "ognuno ha un concetto suo particulare". [23]

Pelo geral, entende-se a eqüidade como a aplicação da justiça num caso particular. É a justiça do caso concreto.

Alguns consideram a eqüidade como fonte supletória de direito, de aplicar-se quando não exista expressa norma de lei. Outros, a admitem como norma de conduta para os agentes públicos (estamos no campo de Direito Administrativo), no exercício da faculdade discricionária, especialmente quando a lei manda que se decida segundo a eqüidade.

Só no primeiro entendimento, seria ela fonte de direito, porque, então, teria a função de norma jurídica supletiva da lacuna legal.

Para os que assim não pensam, seria a eqüidade, apenas, um elemento a considerar-se na aplicação de norma geral e abstrata, fixando a sua mais adequada atuação, na conformidade das circunstâncias de fato. Apenas um critério para a aplicação da lei.

Em nossa prática administrativa, a utilização de critério eqüitativo se verifica, em geral, nos casos em que a Administração se acha no exercício de função graciosa, quando em jôgo uma pretensão baseada em interêsse do administrado, e não estribada em direito. Isto, porque, no sistema nosso, nos casos de lacuna, o recurso normal do intérprete é para os princípios gerais de direito.

Fonte de direito, pois, só muito remotamente poderia ser, entre nós, a eqüidade. Importante será, porém, a sua função como critério orientador da atvidade discricionária dos órgãos administrativos.

Eis a lição de D'Alessio: o direito fixa as formas dos atos, dita os princípios que devem ser seguidos, fixa limites e prazos; mas subsiste sempre um largo campo ao livre juízo da Administração. Com isto não se diz que no campo deixado ao seu poder discricionário, a Administração pode agir arbitràriamente — porque há sempre critérios que vinculam a sua atividade.

A eqüidade é o critério fundamental, de exata aplicação nestes casos. A Administração pública não pode usar o seu poder discricionário sem determinados contrôles e diretivas, os quais lhe permitam alcançar os fins para que recebeu tais poderes. A atividade discricio-

22 Ob. cit., p. 145.
23 *Diritto Amministrativo*, vol. 3.°, Cedam, 1937, p. 175.

nária da Administração pública deve estar vinculada à observância de certos critérios, entre os quais a eqüidade ocupa o primeiro lugar. [24]

Sob êste aspecto, pois, nas hipóteses de reclamações administrativas, a eqüidade interviria sempre como critério de acêrto na decisão das autoridades administrativas. Mas, aqui, ao contrário do que pensa D'Alessio, que a tem por fonte do direito, mais acertado nos parece o entendimento daqueles que consideram a eqüidade, sòmente, como um material, um elemento, um critério para a aplicação da norma jurídica.

24 Ob. cit., vol. 1.º, p. 154.