

Administração pública e códigos de conduta*

Public administration and codes of conduct

*André Saddy***

RESUMO

Trata-se de estudo sobre os códigos de conduta ou de boas práticas como fontes interpessoais e intrapessoais do direito administrativo. São, ditos códigos, manifestações dos processos de autorregulação, desregulação e correção. Evidencia-se, no artigo, a perda do monopólio da criação legislativa pelo Legislativo e demonstra-se a ampliação das obrigações já impostas por lei a quem os subscrevem criando circunstâncias heterovinculativa e autovinculativa da administração. Por fim, discute-se se é legalmente admissível que o órgão detentor de uma margem de liberdade, a discricionariedade, por exemplo, tenha sua liberdade limitada, uma vez que irá fixar, para o futuro, os termos em que realizará sua conduta.

* Artigo recebido em 25 de junho de 2012 e aprovado em 16 de dezembro de 2012.

** Doutor europeu em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madri, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España. Mestre em administração pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alþan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina. Pós-graduado em regulação pública e concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (Cedipre) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Associate research fellow do Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford. Diretor presidente do Centro para Estudos Empírico Jurídico (Ceej). Professor adjunto I do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (Ibmec-RJ). Consultor e parecerista.

PALAVRAS-CHAVE

Códigos de conduta — boas práticas — autorregulação — fonte do direito — autovinculação

ABSTRACT

This is the study of codes of conduct or good practices such as interpersonal and intrapersonal sources of the Administrative Law. They are manifestations of the processes of self-regulation, deregulation and co-regulation. We have established in the article evidences as the loss of the monopoly of normative creation by the Legislature and demonstrate the extent of the duties to who subscribed and/or created the codes. These adherences to the codes create situation of hetero-linking and self-linking for the Public Administration. Finally, we discuss whether it is legally permissible for the organism that holds a degree of freedom - discretion for example - has limited their freedom, since the terms of the codes will hold its conduct in any future decision.

KEY-WORDS

Codes of conduct — good practices — self-regulation — source of law — self-linking

1. A transformação de um Estado moderno para um pós-moderno

Com o advir do tempo, a sociedade muda sua visão do mundo, seus valores básicos, suas estruturas políticas e sociais. O Estado moderno, por exemplo, surgiu de uma reação, que teve como marco histórico as duas Revoluções Inglesas do século XVII e a Revolução Francesa do século XVIII.¹

¹ Sobre as revoluções inglesas e a francesa, veja: PRUDHOMME, Louis Marie. *Révolutions de Paris: dédiées à la nation et au district des Petits-Augustins*. Paris: P. de Lormel, 1790; GENTZ, Friedrich von, ADAMS, John Quincy. *The origin and principles of the American Revolution compared with the origin and principles of the French Revolution*. Philadelphia: Asbury Dickins, opposite Christ-Church. H. Maxwell, printer, Columbia-House., 1800; TOCQUEVILLE, Alexis de. *L'ancien régime et la révolution*. Paris: Gallimard, 1953 (1. ed. de 1856); GROETHUYSEN, Bernard. *Philosophie de la révolution française*. Paris: Gonthier, 1956; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1994.

Antes, vale recordar que existiu um Estado de direito pré-moderno, de formação não legislativa, mas jurisprudencial e doutrinal, onde não existia um sistema unitário e formalizado de fontes positivas, mas, apenas, uma pluralidade de fontes e ordenamentos procedentes de instituições diferentes e concorrentes (império, Igreja, príncipe, corporações, entre outros), nenhum dos quais detinha monopólio na produção jurídica.

É justamente com o estado de direito moderno que surge o estado legislativo de direito. Neste, o princípio da legalidade ganha projeção como critério exclusivo de identificação do direito válido. Apenas com a subordinação da legalidade à Constituição, ou seja, somente quando a Constituição foi definida como hierarquicamente superior às demais leis como normas de reconhecimento de sua validade é que se teve uma mudança para um estado constitucional de direito, em que a Constituição não somente disciplina as formas de produção legislativa, mas também impõe proibições e obrigações de conteúdo.²

Este modelo, no entanto, está em crise, motivo pelo qual se identifica na atualidade a existência de um Estado pós-moderno,³ que apresenta, em sua

² Recorda-se que o constitucionalismo teve duas tradições: a norte-americana, em que a Constituição era tida como regra de jogo, como pacto de mínimos que permite assegurar autonomia aos indivíduos, cujo poder constituinte do povo era o limitador do poder político, em especial, do Legislativo, e cuja Constituição era tida como lei suprema (determinava quem mandava, como mandava e até onde podia mandar); e a francesa, em que a Constituição não se limitava a fixar as regras do jogo, mas queria participar diretamente do mesmo, sendo a vontade geral ilimitada (determinava quem deveria mandar). Vale mencionar que o chamado neoconstitucionalismo vem sendo definido como a reunião de ambos os modelos.

³ Jacques Chevalier (CHEVALIER, Jacques. *L'État post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003) e Robert Cooper (COOPER, Robert. *The breaking of nations: order and chaos in the twenty-first century*. Londres: Atlantic Books, 2003) classificam o Estado contemporâneo em três grupos: os Estados *pré-modernos*, tais como Afeganistão, Somália, Libéria e quase todos os estados africanos, muito frágeis e demasiado pequenos para apresentar todos os atributos de autênticos estados; os Estados *modernos*, como Índia, China, Brasil, entre outros, atrelados à concepção tradicional de Estado e detentores de monopólios da força; e os Estados *pós-modernos*, aqueles em que a soberania tende a dar lugar a uma lógica nova de interdependência e cooperação, apagando a separação entre política interna e externa. Ressalta-se que este novo Estado pós-moderno não se encontra em quase nenhuma Constituição atual, portanto, dependerá muito de uma evolução permanente introduzida pelo legislador reformador e pelos tribunais constitucionais, por meio de interpretações, produzindo por vezes a denominada mutação constitucional sem alteração no texto, e somente nas normas preceitos (ou normas regras) e não nas normas princípios, já que qualquer que seja a sua própria essência comportará uma infinita pluralidade de aceitações em confrontação ponderada com as demais congêneres, ou seja, nas normas princípios, nunca haverá mutação constitucional. Assim entende-se, pois são as mudanças constitucionais, seja por alterações do texto, função legislativa por meio de emendas (específicas) ou revisões (gerais), seja pela interpretação sem alteração do texto (mutação constitucional), função judicante, que mantêm vivas as constituições. Para maiores informações sobre o Estado pós-moderno, veja, também: BECK, Ulrich. *Poder y contrapoder en la era global: la nueva economía política mundial*.

concepção, uma reformulação do aparato estatal que abrange em si distintas gamas de estados, unidas em quatro segmentos:⁴ um primeiro segmento que diz respeito ao fortalecimento de laços de interdependência, havendo-se o Estado enquadrado, o Estado competência e o Estado englobado; um segundo segmento que trata da redefinição das funções estatais, em que se tem o Estado garantia, o Estado regulador e o Estado protetor; um terceiro segmento relativo às atenuações ou mitigações das especificidades estatais, que sinalizam para o Estado desmitificado, o Estado banalizado e o Estado reformado; e, por fim, um quarto segmento que é concernente à fragmentação da estrutura estatal, configurando-se o Estado policêntrico, o Estado territorial e o Estado segmentado.

O Estado passa por um processo de modernização que exerce efeitos indissociáveis à noção de soberania; afinal, as transformações atuais reduzem a margem de liberdade dos estados, favorecendo o surgimento de novos atores que desbancaram a noção de Estado-nação onde esse dispunha de uma posição suprema, criando com isso um jogo complexo e multidimensional de interações. Esses efeitos fazem com que haja, hoje, um fortalecimento ou intensificação dos laços de interdependência e solidariedade.

Isso caracteriza um Estado enquadrado, ou seja, um Estado atrelado a uma nova inter-relação internacional, que se desenvolve por meio de interações entre estados para a constituição de sociedades internacionais, de uma ordem transnacional que se constitui progressivamente sobre o conceito de Estado-nação. Ademais, tem-se um Estado competência, visto que o fato de que a ordem transnacional, em via de construção, sob o signo da heterogeneidade e complexidade, impõe aos estados limitações que fazem com que seja necessário que esses se posicionem mais além de sua autoridade, implementando estratégias autônomas, pois, como já não necessitam da *autorização* dessa ordem para ter acesso à vida internacional, os estados são, de fato, obrigados a manter relações de interação e intercâmbio com eles,

Barcelona: Paidós, 2004; GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Cambridge: Polity in association with Blackwell, 1990.

⁴ Jacques Chevalier (Chevalier, *L'État post-moderne*, op. cit., p. 30), após referir-se às transformações do Estado, afirma: "*L'action combinée de tous ces facteurs tend à infléchir le modèle étatique, sur quatre points au moins: — D'abord, le processus de mondialisation en cours place l'État dans un contexte d'interdépendance structurale, qui rend caduque la conception traditionnelle de la souveraineté; — Ensuite, la perte par l'État de la maîtrise d'une série de variables essentielles dont dépend le développement économique et social débouche sur une redéfinition de ses fonctions; — Corrélativement, la netteté et la précision des frontières entre le public et privé tendent à s'estomper, entraînant une banalisation de la gestion publique; — Enfin, alors que l'État avait été organisé sur un mode unitaire, on assiste à un mouvement de fragmentation et d'éclatement d'appareils de plus en plus hétérogènes*".

seja diretamente ou por meio de estrutura de cooperação que hajam criado. Por fim, esse fortalecimento ou intensificação de laços de interdependência e solidariedade traz consigo o Estado englobado, no sentido de que a globalização empurrou as fronteiras nacionais para mais longe, criando um espaço ampliado de regulação, qual seja, a regionalização e o multilateralismo, visto como uma lógica, mas também como uma necessidade.⁵

Outra consequência do Estado pós-moderno é a redefinição das funções estatais, que buscam respeitar os princípios de um *good governance* edificado sob o conceito de Estado liberal ou mínimo. Consagra um regime de mercado, operando pelo tipo liberal do processo econômico, que somente admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de qualquer interferência, seja do próprio Estado, seja da formação de monopólios ou do abuso do poder econômico, sempre na defesa da livre-iniciativa. Isso significa que determinadas atividades devem ser desenvolvidas pela iniciativa privada, por força dos princípios da subsidiariedade e da abstenção.

A aplicação desses princípios comporta um Estado garantidor da continuação de uma série de tradições e valores em torno dos quais todos se reconhecem e se identificam, tendo a tarefa de *produire du collectif* (produção do coletivo) e a obrigação de *recoudre un tissu social* (costurar um tecido social), cuja evolução dinâmica das sociedades contemporâneas tende a rasgar permanentemente, além de estar obrigado a manter uma *conception extensive du maintien de l'ordre* (concepção extensiva da manutenção da ordem), mesmo com a aparição de novas modalidades de violência e criminalidade; e a proteção contra *les risques de toute nature* (riscos de toda natureza). Surge, também, um Estado regulador do mercado, presente na economia como um *stratège* (estrategista) e não um *pilote* (piloto). Essa nova função descaracteriza o Estado produtor e traz o fim de um dirigismo econômico, fazendo com que o Estado passe a especializar-se em diversos setores e segmentos, abandonando a pura e exclusiva direção política dos processos econômicos para aliá-la à direção técnica, a interpretação de conceitos técnicos para implementação de políticas públicas por meio de atos normativos, executivos e judicantes. Por fim, há um Estado protetor de uma nova lógica social e de solidariedade, afinal o anterior pensamento de um Estado social estava em crise (muito, devido à situação das finanças públicas), fazendo esse passar por um processo de redefinição para ter uma maior congruência com o contexto de pós-modernidade.⁶

⁵ Chevalier, *L'État post-moderne*, op. cit., p. 31-45.

⁶ *Ibid.*, p. 45-62.

O terceiro segmento desse novo Estado pós-moderno trata das atenuações ou mitigações das especificidades estatais. A distinção de público/privado implica uma representação bipolar da vida social. A sociedade está formada por duas esferas distintas: de um lado, a esfera privada, baseada na livre-iniciativa e estruturada em torno de informes de interação que se formam entre os indivíduos e os grupos; de outro lado, a esfera pública condiciona aos informes da autoridade. Essa distinção deu lugar a dois sistemas de valores com normas distintas, o público, dominado pelos interesses públicos; e o privado, pelos interesses privados.

A oposição existente entre essas duas esferas cria uma tensão dinâmica de que a sociedade necessita para existir, além de portar consigo distintas modalidades de estados. Um Estado desmitificado cujo mito “interesse público”, em que o Estado construiu sua legitimidade, perde sua força como resultado da convergência de dois movimentos: por um lado, decidiu, na noção de interesse público, preservar o atributo privado do interesse público e particular, tendendo a um enfoque mais flexível. O interesse público não é mais considerado um produto de uma geração espontânea, agora, sua base de formação, necessariamente, vem atrelada ao interesse particular dos indivíduos e grupos. Por outro lado, a ideia de que a esfera pública está totalmente dominada pelo culto do interesse público é errônea, pois parece não ser mais um monopólio do Estado. Tal crise da noção de interesse público se manifesta notoriamente no que concerne à gestão pública. Sua utilização como legitimadora de suas distintas ações não é mais suficiente, a ideia é que a administração seja como o privado, ou seja, eficaz, almeja um *new public management*, que visa reduzir o peso do Estado transformando seus diferentes métodos de gestão pública com o fim de atingir uma administração de resultado.⁷ Também se configurou aqui o Estado banalizado, revestido como um novo particularismo dos diferentes mecanismos jurídicos e tendendo a impor um *droit commun, qui est au cœur de la Rule of Law*, que tivesse trazido uma ruptura, ou melhor, uma crise do direito administrativo que afeta a estrutura desse direito conhecida em todo o mundo, levando à “fuga” ao direito privado. Tudo revela um processo de banalização das instituições estatais. E, por fim, tem-se o Estado reformado que representa a reforma administrativa

⁷ Veja: POLLITT, Christopher. *Managerialism and the public services: the Anglo-American experience*. Oxford: Blackwell, 1990; IANNOTTA, Lucio. Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare). *Diritto processuale amministrativo*, Milão, v. 23, n. 1, p. 1-51, 2005, p. 1 e ss; SPASIANO, Mario R. *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Torino: Giappichelli, 2003. Especialmente p. 255 e ss.

originada da penetração na esfera pública dos métodos de gestão privada, desenvolvendo uma nova gestão pública ligada à noção de “*gestion des ressources humaines*”, “*responsabilisation des gestionnaires*” e uma “*nouvelle perception de l’administré*”.⁸

O quarto e último segmento diz respeito à fragmentação da estrutura estatal. A construção do Estado moderno repousou sobre o princípio fundamental de unidade orgânica, em que as máquinas administrativas eram solidárias e interdependentes, além de serem garantidas por mecanismos formais e informais de integração. Hoje, o Estado se converteu em uma enorme máquina com múltiplas articulações, possuidor de uma complexidade e diversidade inimagináveis em diferentes centros de poder.

O Estado tende a abarcar a diversidade dos contextos locais e o segmento de acordo com a variedade de problemas governamentais, por isso se afirma que a pós-modernidade trouxe um Estado policêntrico. A burocracia, fundada sobre a base da hierarquização, é desestabilizada pela proliferação das estruturas de um novo tipo, fora dos clássicos de gestão e mais além da influência da hierarquia. É vista pelo desenho de um novo princípio para o alívio do aparato estatal congruente com a ideia de pós-modernidade, que visa uma ação autônoma ou independente, onde as entidades do Estado já não estão unidas por laços de subordinação vertical, mas por relações horizontais de interação e interdependência. A figura pós-moderna de *réseau* (rede) tende a substituir a figura de *pyramide* (pirâmide). Ademais desse Estado policêntrico, o contexto da pós-modernidade também fez surgir o Estado territorial, em que se deixa de lado um contínuo movimento de centralização que se reflexionava na redução gradual da autonomia local, para passar a um *fédéralisme coopératif* (federalismo corporativo), caracterizado por uma política de cooperação cada vez mais ambiciosa construída pelos estados, que parece conduzir a um processo de *dé-territorialisation* (regionalização ou autonomização), o que resulta na integração gradual das áreas locais, que, por meio da desconcentração, descentralização e neofederalismo, trouxe formas de organização mais favoráveis à autonomia local. E, por fim, o Estado segmentado, que deixou a lógica da unidade da maquinaria interdependente e inter-relacionada do Estado para permitir brotar uma *décentralisation fonctionnelle* (descentralização funcional), que fortalece uma política de responsabilização dos serviços gestionáveis pelos administradores e uma espécie

⁸ Chevalier, *L’État post-moderne*, op. cit., p. 62-73.

de *déconcentration fonctionnelle* (desconcentração funcional) para ampliar sua própria iniciativa, levando o aparato estatal cada vez mais a um heterogêneo conjunto de dispositivos com suas próprias racionalidades de funcionamento.⁹

Essa nova percepção de Estado, ou seja, de um Estado pós-moderno, se encontra envolvida em um tripé juspolítico, que se caracteriza pelo novo constitucionalismo/neoconstitucionalismo,¹⁰ que possibilita a positivação das garantias fundamentais, a onipresença entre princípios e regras, a concessão de uma força vinculante/eficaz própria aos princípios, elevando-os ao patamar de

⁹ Ibid., p. 73-84.

¹⁰ Para entender o desenvolvimento do neoconstitucionalismo e o próprio trânsito do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo, é necessário ter em conta o fenômeno denominado “*constitucionalización del derecho*”. Riccardo Guastini (GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003. p. 49-73) traz sete condições para que se reconheça esse fenômeno. Sinteticamente: 1) a existência de uma Constituição rígida, que incorpore os direitos fundamentais; 2) sua garantia constitucional, mediante um sistema de controle sobre a produção normativa infraconstitucional; 3) a força vinculante; 4) a sobreinterpretação constitucional, os argumentos a *simili*, a analogia e a invocação de princípios constitucionais que ampliam e intensificam a presença da Constituição no ordenamento até o ponto de fazer possível certa omnicomprensividade do direito; 5) a aplicação direta da Constituição para regular as relações de direito privado; 6) a interpretação segundo a Constituição, a adequação das leis ao texto magno; e 7) a influência da Constituição sobre as relações políticas, onde os princípios constitucionais, com sua forte importância moral e política, intervêm na argumentação política, regem as relações entre os poderes do Estado e, o que é mais relevante para o presente trabalho, permitem a órgãos jurisdicionais, como o Tribunal constitucional, examinar a argumentação política que subjaz às normas jurídicas. Aproveitando que se está falando de constitucionalismo e neoconstitucionalismo, vale ressaltar bem sucintamente a distinção entre ambos. De acordo com Paolo Comanducci (COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003. p. 82): “El constitucionalismo, (...) es fundamentalmente una ideología, dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales, o de derechos fundamentales. Tal ideología, por un lado, tiene como trasfondo habitual, aunque no necesario, el iusnaturalismo, que sostiene la tesis de la conexión identificatoria entre Derecho y moral, y, por otro lado, tiene como adversario directo el positivismo ideológico. El constitucionalismo no es, sin embargo, relevante como teoría del Derecho: la teoría dominante en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX es sin duda la positivista, y no me parece que el constitucionalismo haya nunca intentado destronar tal hegemonía con una diferente propuesta teórica. El neoconstitucionalismo, por su parte, no se presenta solamente como una ideología, y una correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista”. Esse mesmo autor (Ibid., p. 75-98), utilizando a classificação de Norberto Bobbio para o positivismo jurídico (BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Madri: Debate, 1993), classificou o neoconstitucionalismo em: teórico, ideológico e metodológico. Abro um último parêntesis para mencionar que Luis Prieto Sanchís (SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003. p. 123-158, p. 127) conclui que o neoconstitucionalismo reúne elementos de duas tradições constitucionais (a norte-americana e a francesa) e diz que o resultado pode resumir-se assim: “una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces (...) Constituciones garantizadas sin contenido normativo y Constituciones con un más o menos denso contenido normativo, pero no garantizadas. En cierto modo, éste es el dilema que viene a resolver el neoconstitucionalismo, apostando por una conjugación de ambos modelos. Constituciones normativas garantizadas”.

uma categoria normativa autônoma, dotada de um sistema de eficácia própria; pela nova teoria do direito/pós-positivismo jurídico, que deslocou para a sede constitucional a dicção fundamental do interesse público, permanecendo com o legislador infraconstitucional a tarefa de especificá-lo; e pelo novo Estado/Estado de justiça democrático de direito,¹¹ que submeteu uma organização política, simultaneamente, à lei, ao interesse social prevalecente e à moral.

Esse tripé juspolítico, resultado natural das transformações geopolíticas, políticas e econômicas¹² que o mundo contemporâneo vem sofrendo, culminou com o fim do chamado Estado moderno, engendrando o Estado pós-moderno, trazendo para este muitas mudanças em seu sentido.

2. As mudanças de paradigmas no direito administrativo

Uma das principais consequências da ideia de pós-modernidade é colocar em xeque velhos institutos de direito administrativo,¹³ como o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; a legalidade administrativa como vinculação positiva e negativa à lei (*positive e negative Bindung*); a ideia de um Poder Executivo unitário, fundada em relação de subordinação hierárquica entre a burocracia e os órgãos de cúpula do governo; a nova configuração da noção de serviço público; a intangibilidade do mérito

¹¹ O Estado democrático supõe um rechaço de qualquer desconfiança ou receio diante da atuação estatal, o que justifica a flexibilização da elaboração das leis e a extensão da margem de liberdade da administração. O Estado de justiça se vincula a mudanças permanentes da ação estatal com a finalidade de sua adequação às necessidades e objetivos sociais e morais, que justificam uma regulação laxa transcendendo à administração a configuração de determinadas políticas. K Hesse (HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 17. ed. Heidelberg, 1990. p. 481. In: BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa* (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madri: Marcial Pons, 1997. p. 62, 63) sustenta basicamente que: “En el moderno Estado social y democrático de Derecho, en el que todos los poderes del Estado emanan del pueblo, la división de poderes ya no constituir sólo un instrumento de afirmación del principio democrático, como ocurría en el Estado liberal, sino un sistema para un ejercicio equilibrado y funcionalmente adecuado del poder”.

¹² Sobre as atuais transformações, ver: FERRER, Juan de la Cruz. *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madri: Instituto de Estudios Económicos, 2002. p. 26-38; e nosso SADDY, André. *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹³ Muito se tem estudado sobre as transformações, mutações ou evoluções do direito administrativo; vale mencionar alguns dos estudos pioneiros dos atuais paradigmas do direito administrativo: PAREJO ALFONSO, Luciano. *Crisis y renovación en el derecho público*. Madri: CEC, 1991; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992; CHEVALIER, Jacques. *Le droit administratif en mutation*. Paris: PUF, 1993; AMOROSINO, Sandro. *Le trasformazione del diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1994.

administrativo consistente na incontrolabilidade das eleições discricionais da administração pública; entre outros.¹⁴

Tais transformações têm como consequência formulações de todo tipo, tal como a concepção de um direito administrativo global¹⁵ e de um direito administrativo sem Estado.¹⁶ Conjeturas, essas, advindas de uma

¹⁴ Sabino Cassese (CASSESE, Sabino. *Lo spazio giuridico globale*. Roma-Bari: Laterza, 2003), ao tratar de tais transformações, traz cinco características ou elementos originários do direito administrativo e a situação sofrida por tal direito atualmente. O primeiro elemento, a nacionalidade, já não é aplicável, pois o Estado já não é a única articulação do direito administrativo. Produziu-se uma crise da territorialidade do Estado e, correspondentemente, uma europeização ou internacionalização do direito administrativo. Em conclusão, o direito administrativo, primeiro, ligado a cada Estado, está hoje ligado a uma pluralidade de ordenamento jurídico e de direitos. Em segundo lugar, erodiu-se a supremacia do direito administrativo. Antes de tudo, deixa de ser um atributo permanente da administração e do direito administrativo e se converte em um privilégio que deve ser concedido caso por caso, pela lei. Depois, supremacia e unilateralidade se substituem por consenso e bilateralidade. Finalmente, o cidadão não se situa já em uma posição de subordinação. A lista de seus direitos em face da administração pública se vê enriquecida pelas diversas leis. No entanto, este passo não reduz o poder administrativo a entidade de direito comum. Em terceiro lugar, entra em crise a diferença entre direito administrativo e direito comum, já que o direito administrativo se desenvolve, mas em forma privada. Tal fenômeno, para o autor, desenvolve-se pela pressão de duas forças, a dos interesses e a das ideologias. Os primeiros empurram o direito administrativo a assumir formas privadas para facilitar a ação administrativa, impedida pelos vínculos do direito público. As segundas operam no mesmo modo que as correntes liberais do século XIX, a favor da limitação do império do direito especial e da substituição da administração ao direito privado, considerado conforme ao regime de liberdades. O resultado destas forças não atua, no entanto, no sentido da simples substituição do direito privado pelo direito administrativo. O dualismo, para o autor, permanece, ainda que de forma distinta. Em quarto lugar, produz-se um eclipse do governo dentro do direito administrativo. Este último estava, no passado, dominado pelos governos nacionais. Agora, o direito administrativo é menos governamental pela influência exercitada pela União Europeia, pela separação entre política e administração produzida pela exigência de imparcialidade e pela ampliação dos poderes públicos, e, finalmente, pelo desenvolvimento das autoridades independente no centro e dos poderes representativos locais na periferia. Termina, em quinto lugar, dizendo que as administrações se submeteram completamente ao juiz e este é cada vez menos um juiz especial. De fato, o juiz administrativo adquire muitos poderes jurisdicionais diante da administração, enquanto, antes, para respeitar a regra segundo a qual a administração pública estava submetida ao Poder Legislativo, sendo independente do judicial, o juiz tinha poderes limitados ante a mesma. Nesse sentido, o juiz administrativo é cada vez menos um juiz especial.

¹⁵ A ideia de direito administrativo global é defendida por Sabino Cassese (CASSESE, Sabino. *Il diritto amministrativo globale. Una introduzione*. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milão, n. 2, v. 54, p. 331-358, abr./jul. 2005). Luis Filipe Colaço Antunes (ANTUNES, Luis Filipe Colaço. *O direito administrativo sem Estado: crise ou fim de um paradigma?* Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 66) é contra tal tese; segundo o autor, faltaria para tanto uma base constitucional e uma disciplina das fontes do direito e, nessa medida, falta-lhe uma forma de legitimação do poder. Afirma: “cedo ainda para falar de direito administrativo global, pela inexistência de uma constituição formal, de um regime das fontes do direito e, sobretudo, pela ausência de um ordenamento jurídico geral a nível internacional. Do que não há dúvida é que o direito administrativo sem Estado ou para além dele inclui também a internacionalidade das relações administrativas”.

¹⁶ Luis Filipe Colaço Antunes (Antunes, *O direito administrativo sem Estado*, op. cit.) defende a tese da existência de um direito administrativo sem Estado. Para o autor (*Ibid.*, p. 31), o Estado deixa de se assumir como protagonista do ordenamento jurídico geral e passa a se exprimir sob

constante busca por um direito universal, como um “protoconstitucionalismo globalizado”,¹⁷ apto a superar as diferenças culturais entre povos e nações.

Toda e cada uma das transformações vivenciadas pelo direito administrativo trará desafios ao constitucionalismo no século XXI. Devido ao tamanho e à complexidade de tais estudos, até por conta do espaço na presente obra, limitar-se-á a desenvolver algumas mudanças no conceito de legalidade administrativa focalizando, principalmente, a questão da autolimitação e da heterolimitação dos códigos de conduta ou de boas práticas.

3. A legalidade no limiar do século XXI

Modernamente, a densidade ordenadora da legalidade reduz-se a um aumento de fontes normativas trazendo, inclusive, o que alguns deno-

novas formas institucionais, supranacionais e não estatais. O autor apoia sua tese na teoria da instituição de Hauriou (Ibid., p. 33), mais precisamente na divisibilidade da *puissance publique* e não tanto na divisibilidade da soberania. Afirma: “Se a *puissance publique* é fundamental à noção de Estado, a verdade é que pode haver *puissance publique* sem Estado e, portanto, direito administrativo sem Estado ou para além dele”. Em suma, verifica-se uma desestatização material do próprio Estado, e assim é porque o direito administrativo se originou da ideia de Estado como pessoa jurídica vinculada à legalidade. Não é por acaso, inclusive, que a desconstrução do direito administrativo em nível interno se iniciou por tal princípio. Sustenta o autor (Ibid., p. 36) que o direito administrativo é um elemento estruturante da ordem jurídica comunitária (UE), afirma que: “o legislador nacional privatiza, enquanto o direito administrativo europeu publiciza”. Assevera que a desadministrativização do aparato institucional da administração e a abertura crescente aos instrumentos privatísticos podem conduzir a um novo modo de ser da função administrativa. Refere-se ao princípio da subsidiariedade horizontal, em virtude do qual a relação público-privado tende a confluir crescente desenvolvimento de funções públicas pelos privados. Segundo o autor (Ibid., p. 38): “o princípio da subsidiariedade horizontal, levado às suas últimas consequências, comporta o germe de um neoliberalismo extremo que desresponsabiliza a Administração pública das suas tarefas fundamentais, nomeadamente de prestadora de serviços públicos essenciais”. Tudo leva o autor a dizer que o direito administrativo goza na atualidade de uma especificidade aberta e multiforme, onde o direito privado, como forma, parece assumir um papel determinante. Esse direito administrativo sem Estado, ou melhor, europeu, afinal, a supranacionalidade analisada pelo autor é a europeia, é definido por ele com (Ibid., p. 69): “o conjunto de princípios e de normas comuns existentes na Europa comunitária, filtrados pelo Tribunal de Justiça, a par de uma norma própria e autônoma que disciplina direta e crescentemente a Administração comunitária e as respectivas relações jurídicas com os particulares. Ao lado das relações postas pelo direito administrativo nacional (condicionadas pelo direito comunitário e que se estabelecem entre as Administrações dos Estados-membros com os seus cidadãos) estão as relações disciplinadas autônoma e diretamente pelo direito administrativo europeu entre a Administração comunitária e os cidadãos europeus (dos Estados-membros). Estas novas relações jurídico-administrativas comunitárias são fruto do labor do legislador e da jurisprudência comunitária e constituem, segundo julgo, o núcleo duro do direito administrativo comunitário”.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 12.

minam “neofederalismo normativo”.¹⁸ O sistema constitucional tornou-se principalista, desse modo, debilitando a certeza e a segurança da atuação administrativa. Assim, se a legalidade foi considerada o suporte do moderno Estado de direito, os direitos fundamentais, a subsidiariedade, a legitimidade e o conceito de Constituição — como ordem de valores — passaram a ser o suporte do pós-moderno estado de justiça democrático de direito, ou seja, são os quatro pilares para a construção de uma democracia substantiva, logo, do neoconstitucionalismo. A intensidade vinculativa da normatividade tornou-se relativista, relativizou e diluiu-se com o surgimento, por exemplo, do *soft law*.

O que se observa é uma “fuga” do direito administrativo,¹⁹ pois este vem servindo de obstáculo para o avanço da administração pública, motivo pelo qual há uma procura por regimes de direito privado ou, ao menos, um regime jurídico administrativo mais flexível, que imprima maior liberdade na atuação administrativa. Se, por um lado, durante o primeiro século de existência do direito administrativo, buscava-se aumentar as garantias dos particulares, dessa maneira, limitando as prerrogativas administrativas; por outro lado, no final do segundo século de sua existência, assiste-se a uma “fuga” procurando, por esta via: iludir as vinculações criadas pelas normas, assim desenvolvendo uma “reserva de administração” intocável pelo Judiciário. Por sua vez, é certo que as normas publicísticas não estão sendo afastadas por completo, mas também é certo referir que ocorre uma maior aproximação entre o direito administrativo e o direito civil, comercial, do trabalho e outros.

A lei deixou, há muito, de ser o único fundamento do atuar administrativo e, desse modo, o conteúdo da legalidade administrativa se ampliou ao ponto de não se circunscrever apenas às normas jurídicas. A lei já não é apenas *constitutio*, mas também *actio*; não é somente o mecanismo por excelência de garantia da liberdade e da propriedade, mas também instrumento de

¹⁸ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 198.

¹⁹ Sobre a fuga para o direito privado, ver: SALA ARQUER, José Manuel. Huida al derecho privado y huida del derecho. *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, Madri, n. 75, p. 399-416, jul./sep. 1992; BORRAJO INIESTA, Ignacio. El intento de huir del derecho administrativo. *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, Madri, n. 78, p. 233-250, abr./jun. 1993; DEL SAZ CORDERO, Silvia. La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas. *Revista de administración pública*, Madri, n. 133, p. 57-98, ene./abr. 1994; VILLA, Jesús Leguina. A Constituição espanhola e a fuga do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, ano 2, n. 6, p. 637, jul./set. 1995; ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1999.

direção ou programação da ação administrativa. Por isso, em muitos setores, a lei se limita a estabelecer critérios materiais, princípios, standardizações e objetivos, por conseguinte, transferindo a decisão de fundo a outros poderes, que deverão criar as regras (gerais ou de caso concreto) aplicáveis.²⁰

Observa-se um esgotamento do positivismo para a abertura de um espaço dedicado aos valores no direito, introduzindo, nestes, os princípios entendidos não apenas como expressão do núcleo de valor ou de referência doutrinária integrativa, mas como normas dotadas de eficácia própria e vinculativa, aptas a operarem de vários modos seus efeitos.

Não basta, portanto, que o Estado se submeta ao direito conformado pelas leis, que é seu próprio produto; é necessário que estas leis se submetam ao direito, que é produto da sociedade. Daí o porquê de a evolução do estudo da administração focalizar temas como o costume, os regulamentos, o papel das normas constitucionais de aplicação direta, a existência de regulamentos independentes, entre outros, dessa forma, ampliando as fontes existentes e, por conseguinte, as fontes limitativas da administração.

Na atualidade, observa-se uma remissão de material normalmente disposta em lei para normas extrajurídicas, as quais passaram a gozar de obrigatoriedade jurídica por força de normas jurídicas que a ela remetem, sendo incorporadas no ordenamento jurídico, traduzindo-se em uma violação da própria lei remissiva. As normas extrajurídicas, portanto, possuem, por remissão, a obrigação de definir as pautas e critérios de conduta da administração ou a definição dos pressupostos de decisão administrativa. Assim, as normas extrajurídicas têm sua vinculação dependente da norma jurídica remitente e qualquer desrespeito às normas extrajurídicas é um desrespeito à norma jurídica remitente. Passam, contudo, a assumir um efeito vinculativo da conduta administrativa, adquirindo força obrigatória própria das normas jurídicas. Os principais tipos de normas extrajurídicas são: as normas técnico-científicas; as normas morais, éticas ou deontológicas; e as normas de pura lógica.²¹

²⁰ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 34.

²¹ Otero, *Legalidade e administração pública*, op. cit., p. 763 e 764.

4. Códigos de conduta ou de boas práticas como fontes interpessoais e intrapessoais do direito administrativo

Os códigos de condutas ou de boas práticas são, talvez, os melhores exemplos, hodiernamente, da transformação do princípio da legalidade administrativa. Eles traduzem um movimento pelo qual a administração, dentro de seu âmbito, deixa de regular determinado setor ou segmento do mercado e vê este, algumas vezes, sob sua correção, criar normas técnicas de conduta. É, portanto, uma das manifestações dos processos de autorregulação, desregulação e correção. Ditos códigos não são meras pautas de comportamento, ou guias de como atuar, aos quais devem ajustar-se aqueles que os elaboram, aprovam e subscrevem/aderem. São, sobretudo, instrumentos de enorme importância no desenvolvimento da atividade dos sujeitos intervenientes.

No atual contexto globalizado, os poderes públicos não possuem, muitas vezes, os recursos adequados para oferecer, com a rapidez necessária, respostas jurídicas eficazes à solução de controvérsias geradas por relações entre a administração e particulares, e entre particulares. Assim é que se promove que sejam os próprios administrados que determinem o regime jurídico mais eficaz para todos. Dentro desse marco, os códigos de conduta ou de boas práticas contribuem para eliminar numerosos custos, uniformizar as atuações dos administrados e, simultaneamente, geram confiança e segurança.

É, portanto, um conjunto de normas habitualmente abertas a adesões futuras que uns ou vários administrados se autoimpõem e se comprometem a respeitar na realização das atividades ou atuações que lhes são próprias. Resulta da vontade firme dos que os subscrevem de ficar obrigados aos comportamentos ali previstos, tanto entre eles como no tocante a terceiros, havendo, muitas vezes, garantias e mecanismos eficazes de controle do cumprimento destes códigos.

O conteúdo de um código “*amplia*” as obrigações já impostas por lei a quem o subscreve. O regime jurídico destes compromissos, que assumem *extra legem* e se fazem públicos, requer ser precisado, em especial, a possibilidade de que os terceiros afetados podem exigir seu cumprimento.²²

²² Parece que não se está simplesmente perante um “novo impulso à autonomia privada”, mas sim ante um fenômeno de “privatização” do público, ou melhor, de desestatização. Primeiro veio a desestatização de parte das funções próprias da administração pública, com a subsequente “crise do Estado bem-estar”. Após, veio a desestatização da função judicial, com a irrupção da grande escala da arbitragem e outros mecanismos de resolução amigável. Agora, talvez, a

Assim, os códigos de conduta podem estar configurados como uma norma de efeito interpessoal externo, logo, limitada pelo princípio da juridicidade administrativa.²³ Neste caso, a administração será, em concomitância, quem elabora, aprova e subscreve ou adere aos códigos de conduta ou de boas práticas, permitindo que os administrados também os adotem, ou a administração será apenas uma parte a mais que subscreve ou adere a um desses códigos elaborados pelos administrados. Essa é a forma mais comum de código de conduta ou de boas práticas existente.

No entanto, os códigos de conduta ou de boas práticas também poderão se configurar como normas existentes no âmbito jurídico (organicamente interno) intrapessoal, isto é, aplicáveis apenas internamente, seja atribuindo competências exclusivas para garantir a distribuição constitucional de funções e poderes aos órgãos, seja para orientar seus agentes, ou, ainda, para os organismos e serviços, enquanto instituições, que se regulam em pormenor a persecução de suas competências oficiais, determinadas por normas jurídicas por força do poder de orientação.²⁴

utilização massiva destes códigos possa estar abrindo uma nova etapa de desestatização na elaboração das próprias normas jurídicas; não só porque os códigos podem ser considerados uso normativo quando cumpram os requisitos preceptivos, mas porque, com independência do anterior, começam a aparecer vozes favoráveis a que sejam considerados *per se* normas jurídicas.

²³ O conceito de legalidade se distingue do de legalidade em sentido amplo, conhecido e aceito como princípio de juridicidade, elaborado no seio da teoria normativista de Hans Kelsen (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987). Adolfo Merkl distingue entre o princípio da juridicidade da administração e o de legalidade, sendo este “*un caso especial de aplicación*” daquele. Para o autor, o primeiro “*no prejuzga, en forma alguna, la clase y medida de la vinculación jurídico-administrativa (...), es una ley jurídico-teórica que se funda en la naturaleza que posee todas las actividades del Estado de ser funciones jurídicas*”, mientras que “*el principio de legalidad es un postulado jurídico-político, que requiere ser consagrado legalmente para que tenga existencia jurídico-positiva*” (MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. Granada: Comares, 2004. p. 212 et seq.). Assim, todo bloco normativo determina a atividade e constitui o que se chama de juridicidade. Vale recordar que Adolf Merkl foi o primeiro a utilizar a terminologia (princípio da) juridicidade administrativa. Inclusive foi sua influência que determinou a inclusão da vinculação dos poderes públicos à lei e ao direito na Constituição alemã (*sind an Gesetze und Recht gebunden*). Tal marca a superação do positivismo e abre caminho para um modelo jurídico baseado em normas, regras e princípios. É, nessa perspectiva, que José Carlos Vieira de Andrade refere-se ao princípio de juridicidade como reflexo da subordinação da administração a todo o direito. A todo o mundo jurídico, e não apenas a algumas de suas manifestações (ANDRADE, José Carlos Vieira de. O ordenamento jurídico administrativo português. In: AAVV. *Contencioso administrativo*: breve curso constituído por lições proferidas na Universidade do Minho por iniciativa da Associação Jurídica de Braga. Braga: Livraria Cruz, 1986. p. 40 e 41). Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia critica a expressão juridicidade, alegando que ela significa menos do que oferece na medida em que tal conceito cobre a dimensão de garantia do direito, mas deixa de fora a dimensão intencional (GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *Da justiça administrativa em Portugal*: sua origem e evolução. Tese (doutorado em direito) — Universidade Católica, Lisboa, 1994. p. 634).

²⁴ WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Direito administrativo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. 1, p. 333 (Original: *Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch*. 11. ed. München: Beck, 1999).

5. Códigos de conduta ou de boas práticas como norma heterovinculativa e autovinculativa da administração

Os códigos de conduta ou de boas práticas, além de criarem pautas de comportamento às quais devem ajustar-se os que os elaboram, aprovam e subscrevem ou aderem, são, também, instrumentos de enorme importância no desenvolvimento das atividades dos sujeitos intervenientes.

Como enfatizado, podem configurar-se como normas de efeitos inter-pessoais externos ou como normas existentes no âmbito jurídico (organicamente interno) intrapessoais. Em ambos os casos, funcionarão como limitadores da subjetividade ou da autonomia pública administrativa (liberdade de conformação/configuração, discricionariedade, apreciatividade e margem de livre apreciação).

É sabido que a administração pública é limitada pelo direito. A administração não possui apenas uma vinculação positiva e negativa à lei,²⁵ está ela vinculada, portanto, à juridicidade administrativa. Esta será tudo o que um poder, política e constitucionalmente legitimado, criar e impor como tal. Paulo Otero²⁶ afirma que direito é: “tudo aquilo que o Poder político emana ou, caso não seja por si produzido, apenas aquilo que esse mesmo Poder permite que seja aplicado pelos órgãos do Estado”.

Todavia, nem todo direito resulta de um processo formal, voluntário ou intencional. Desse modo, existem fontes que heterolimitam o poder, não possuindo o Estado qualquer disponibilidade na sua criação. Assim, nem a lei tem o monopólio de criação da normatividade, nem o Estado é protagonista exclusivo da criação do direito. E, também, existem fontes que autolimitam o poder, decorrentes de normas produzidas ou aceitas por este.

Isso significa que a vinculação do poder depende da vontade desse mesmo poder, mas não apenas isso; atualmente, existem outras fontes de direito que vinculam o poder, não podendo este apartar ou derogar certas limitações, demonstrando que o poder, tampouco, é ilimitado.

²⁵ Günther Winkler foi o primeiro a tratar do sentido negativo do princípio da legalidade, o qual predispõe que a administração pode fazer tudo o que a lei não proíba (WINKLER, Günther. *Der Bescheid*. Ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt. Manz'sche, Wien; Auflage: Unveränd. Nachdr, 1956). O senso positivo da legalidade tem o sentido de que aquela não pode atuar sem prévia e expressa habilitação desta, ou seja, a administração pode fazer aquilo para o que a lei expressamente lhe habilite. Essa dupla face é a expressão do moderno princípio da legalidade. Logo, o princípio da legalidade significa que a administração, além de estar desde logo submetida à lei não podendo violá-la, para atuar em certos âmbitos materiais necessita de uma lei formal prévia que determine e condicione sua atuação ulterior.

²⁶ Otero, *Legalidade e administração pública*, op. cit., p. 373.

Defendendo esse ponto de vista, Paulo Otero²⁷ assinala dois tipos de normas quando se trata de fontes de direito administrativo:²⁸

(...) aquelas que exercem uma função limitativa para o próprio Poder, envolvendo atos de natureza heterovinculativa, e, por outro lado, normas que, produzidas ou aceites por esse mesmo Poder, assumem uma natureza autovinculativa.

Desta dupla natureza das fontes de Direito Administrativo se pode extrair, simultaneamente, um primeiro e nuclear critério de hierarquização das normas, conferindo-se primazia às fontes heterovinculativas sobre as fontes autovinculativas, isto é, dotando de prevalência as normas limitativas do Poder sobre as normas que expressam a vontade desse mesmo Poder.²⁹

²⁷ Ibid., p. 374 e 375.

²⁸ O autor trabalha a classificação de Afonso Rodrigues Queiró, que distingue entre fontes não voluntárias e fontes voluntárias (QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de direito administrativo*. Coimbra: Polycopiado, 1976. v. I, p. 290 e ss, e 322 e ss). As fontes não voluntárias seriam a parcela da ordem jurídica geral que se apresenta “como algo de incriado, sob uma forma não deliberadamente organizada” (sic), agrupam os princípios jurídicos fundamentais, os princípios gerais de direito administrativo, o costume, o costume internacional e os princípios gerais de direitos comuns das nações civilizadas. As fontes voluntárias englobam o elenco de um extenso catálogo, entre eles, a Constituição, o regulamento, as leis de revisão constitucional, convenções internacionais, leis, decretos-leis, resoluções, decretos do presidente, decretos regionais, leis e decretos-lei dos órgãos legislativos do território colonizados por Portugal, assentos, estatutos, regimentos, convenções jurídicas, jurisprudência e doutrina.

²⁹ De acordo com Paulo Otero, dentro das fontes heterovinculativas, existem duas situações: as fontes voluntárias de direito administrativo que, dotadas de uma intencionalidade específica, podem sempre ser revogadas, modificadas ou suspensas pelo mesmo processo formal pelo qual foram elaboradas; bem como as fontes não voluntárias de direito administrativo que, exercendo também uma função heterovinculativa da administração pública, integram setores normativos que escapam a todo processo formal ou intencional de alteração, tal como sucede com os princípios jurídicos fundamentais, sem prejuízo de incluir também fontes passíveis de alteração intencional pelo legislador, sendo esse o caso de normas consuetudinárias e dos princípios gerais do direito administrativo (Otero, *Legalidade e administração pública*, op. cit., p. 382). Em sentido oposto à heterolimitação, Paulo Otero (Ibid., p. 382) recorda que a administração possui a particularidade de comportar um setor normativo, uma vez que a ordem jurídica reconhece ao próprio órgão administrativo a suscetibilidade de emanarem normas reguladoras de sua atividade ou de terceiros. Aqui, informa o autor, haverá autovinculação. Há, portanto, em todos os sistemas jurídicos uma área normativa cuja gênese e vigência não se fundam em uma intencionalidade específica do decisor político ou em uma conduta voluntariamente dirigida à configuração dos respectivos efeitos. Desse modo, dois pontos hão de ser ressaltados: nem todo direito vigente é sempre o resultado de um processo formal, voluntário ou intencional, tal como nem todo direito formalmente declarado como vigente se poderá considerar estando realmente vigente, seja porque foi declarada uma desconformidade entre as normas, porque não possui uma declaração formal de vigência, porque falta efetividade social, ou por desuso. No âmbito das fontes não voluntárias ou não intencionais do direito, traduzindo uma normatividade heterovinculativa da administração, encontra-se, de acordo com Paulo Otero (Ibid., p. 389 e ss), quatro categorias: os

Reconhece-se, assim, uma normatividade “oficial” expressa pelo direito escrito, que é produzido pelos órgãos formalmente habilitados para o efeito, e uma normatividade “não oficial” gerada de fato e, informalmente, com função *praeter legem* ou *contra legem* em relação ao direito escrito. Observa-se, assim, uma dupla dimensão normativa nos sistemas jurídicos. Essa pluralidade leva a um verdadeiro concurso de fontes, o qual se estabelece em um mesmo ordenamento, provocando distintos níveis de incidência que, por conseguinte, criam um protagonismo da administração no momento de determinar a normatividade reguladora de sua conduta e em sua respectiva interpretação e aplicação.³⁰

Assim, os códigos de condutas ou de boas práticas configurados como normas de efeitos interpessoais externos serão fonte heterolimitativa sempre e quando tais códigos tenham sido elaborados pelos administrados e a administração seja mais uma que os subscreve ou os adere; e, também, autolimitativa quando a administração seja quem elabore, aprove e subscreva ou adira. Já quando configurados como normas existentes no âmbito jurídico

princípios jurídicos fundamentais; o direito internacional público geral ou comum; os princípios gerais do direito administrativo; e o costume. Centrando-se agora na análise das fontes voluntárias ou intencionais do direito administrativo, Paulo Otero (Ibid., p. 395 e ss) afirma que estas possuem sua gênese no processo imediato ou mediadamente dependente em termos exclusivos do Estado, podendo distinguir dois tipos de fontes em sua relação com a administração pública: as fontes heterovinculativas e as autovinculativas. As fontes voluntárias internas heterovinculativas são cinco: a Constituição, os atos legislativos (leis, decretos-lei etc.), os atos praticados no exercício da função política, a jurisprudência e a doutrina. Já as fontes voluntárias internas autovinculativas, ou seja, as fontes produzidas no âmbito da ordem jurídica interna do Estado que exercem uma autovinculação para a administração, envolvendo a intervenção dos órgãos administrativos na produção destes tipos de legalidade que limita a própria conduta da função administrativa, centram-se em dois distintos grupos de situações: os casos de autovinculação unilateral e os casos de autovinculação bilateral. A autovinculação unilateral, que confere a alguma estrutura da administração um exclusivo de intervenção decisória que prescinde da intervenção constitutiva de qualquer outra vontade, pode se expressar nas seguintes principais manifestações: regulamento administrativo; atos administrativos constitutivos de posição jurídica subjetiva ou precedente; diretrizes; e promessa unilateral. Já a autovinculação bilateral envolve sempre uma partilha da administração com duas ou mais vontades, surgindo aquela como o resultado de um acordo ou confluência entre dois ou mais sujeitos jurídicos. Entre os principais existem: os acordos de concertação social; os acordos endoprocedimentais; os acordos substitutivos de procedimento administrativo; as convenções intra-administrativas; os acordos de transação de contencioso administrativo; os contratos promessa; as convenções de arbitragem; os acordos pré-contratuais; e ainda todas as restantes espécies de contratos administrativos e contratos de direito privado envolvendo a administração pública. Há, ainda, na atualidade, segundo Paulo Otero (Ibid., p. 399 e 400), os processos de formação externa ao Estado, ou seja, que não envolvem sua decisão exclusiva, sendo dele totalmente independentes e, portanto, heterovinculativos. São três grupos normativos que comenta o autor: o direito comunitário ou direito da União Europeia; o direito internacional convencional (tratado ou acordo); e o direito proveniente de organizações internacionais.

³⁰ Ibid., p. 418.

(organicamente interno) intrapessoal, serão, necessariamente, apenas uma fonte autolimitativa, que somente limita as distintas subjetividades ou autonomias públicas administrativas porque uniformiza as atuações dos agentes que lhes devem obedecer, dessa maneira, gerando confiança, segurança e expectativa dos administrados. Aqui, ressaltamos que os agentes se autoimpõem e se comprometem a respeitar a realização das atividades ou atuações que lhes são próprias, pois resulta da vontade firme dos que os subscrevem de ficar obrigados aos comportamentos previstos, tanto entre eles como em respeito a terceiros; por isso Hans Julius Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober³¹ afirmam serem normas que podem emanar “*casí-derechos subjetivos intrapersonales*”.³²

6. Divergências atinentes à autovinculação administrativa

Questiona-se, dentre todas as fontes habilitantes (voluntárias ou não voluntárias), entre elas, como visto, os códigos de condutas ou de boas práticas, se é legalmente admissível que o órgão detentor de uma margem de liberdade, a discricionariedade, por exemplo, atribuída por preceito ou comando jurídico para decidir em determinada matéria, limite esse poder, fixando, para o futuro, os termos em que o realizará, inclusive, transformando esse ato em uma atuação vinculada.

Ou seja, é admissível que a própria administração se autovincule e, também, é possível que o agente público esteja obrigado a obedecer às regras criadas por seu próprio órgão? Nessa perspectiva, isto é, a respeito da questão da admissibilidade ou não da autovinculação por meio de regras gerais ou abstratas, a doutrina diverge entre os que creem possível e aqueles que não.

Segundo Bernardo Diniz de Ayala,³³ não é pacífica a ideia de autovinculação, mas o autor questiona se é possível e em que casos pode desvirtuar

³¹ Wolff, Bachof, e Stober, *Direito administrativo*, op. cit., p. 333.

³² Para estes autores, este tipo de normas, apenas de forma reflexiva, produz efeitos para terceiros. Por conseguinte, um desvio a tais normas não constitui ilegalidade. Simplesmente pelo fato de que estes conduzem a um emprego uniforme da apreciação e da discricionariedade de uma norma superior pela autoridade administrativa, recebem, indiretamente, pela via do princípio da igualdade ou da proteção das legítimas expectativas, um chamado significado autovinculante. Caso assim não fosse, a vinculação da administração à lei e ao direito seria posta à livre disposição. Recorda que tal vinculação não pode eliminar o exercício de uma discricionariedade que toma em consideração as circunstâncias especiais do caso concreto.

³³ AYALA, Bernardo Diniz de. *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*. Lisboa: Lex, 1995. p. 173 e ss.

a vontade legislativa de atribuir uma margem de liberdade, pois essa pode configurar uma fuga à margem conferida pela norma.

A autovinculação é questionável, porque cria bases para harmonizar condutas futuras e cria a possibilidade de tratamento igual a situações materialmente idênticas, respeitando o princípio da igualdade. Ademais, a autovinculação traz uma maior seguridade jurídica aos cidadãos, principalmente com relação à tutela das expectativas legítimas. Além disso, o princípio da boa-fé será respeitado sempre que não haja violação do instrumento de autovinculação.

De acordo com parte da doutrina,³⁴ não é possível a formação de regras gerais e abstratas limitadoras da discricionariedade, pois, nesses casos, estar-se-á limitando um poder que a norma jurídica lhe atribui, e esta, ao conceder discricionariedade, obriga a uma ponderação quando diante de casos concretos. Ademais, a criação de regras gerais e abstratas pode configurar uma violação ao poder regulamentar que, em muitos casos, inexistente e, por fim, argumenta-se que a atribuição de uma competência autovinculativa poderia conduzir à possibilidade de modificação da lei por uma fonte de valor inferior.

Para aqueles que creem possível a formulação de regras gerais e abstratas que limitem a discricionariedade,³⁵ o fato de criar uma regra com tais características reduz a possibilidade de o comportamento da administração ser discriminatório. Além disso, caso o órgão possua discricionariedade, tem, logicamente, o dever-poder de dar a conhecer antecipadamente o sentido de sua atuação.

Para Bernardo Diniz de Ayala,³⁶ não poderá existir autovinculação quando, cumulativamente, o instrumento que a administração utilizar para tanto tiver eficácia externa e interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar quaisquer dos preceitos ou comandos jurídicos que conferem discricionariedade. Do mesmo modo, caso a norma que confira a margem seja outorgada para caso a caso, de forma casuística, não poderá haver autovinculação.

³⁴ OLIVEIRA, Mário Esteves de. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1980. v. I, p. 262-264; Queiró, *Lições de direito administrativo*, op. cit., v. I, p. 448; GOMES, José Osvaldo. *Fundamentação do ato administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976. p. 137-138.

³⁵ BOQUERA OLIVER, José Maria. *Estudios sobre el acto administrativo*. Madri: Civitas, 1982. p. 95 e 96; AMARAL, Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. vol. II, p. 150; ABREU, Jorge M. Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 175-179.

³⁶ Ayala, O (*défice de*) *controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, op. cit., p. 173 e ss.

No entanto, admite nos casos em que se extraia da norma a possibilidade de a administração harmonizar *ex ante* sua conduta com base na experiência sedimentada ao longo dos anos.

Outra posição que merece destaque é a de Paulo Otero,³⁷ que afirma ser esse esvaziamento da discricionariedade passível de operar-se por meio de mecanismos normativos e não normativos.

O exercício concreto da discricionariedade vem sendo antecedido de uma determinação normativa dos parâmetros ou regras de atuar, que, em momento posterior, são aplicados nas decisões individuais. São estes, segundo o autor, mecanismos normativos de autolimitação da discricionariedade. Na opção de Paulo Otero:³⁸

Uma tal postura crítica da autolimitação do poder discricionário por via da definição ou predeterminação normativa decisória de todos os futuros casos semelhantes tem sido entendida como uma forma de recusa de uso do poder discricionário, reconduzível a uma ilegalidade por erro de direito sobre a competência, ou, nos termos de uma concepção mais moderada, tem sido considerada ilegal apenas quando dela resulte prejudicada a apreciação das particularidades de cada caso concreto, se era esta a intenção da lei ao “conceder” o poder discricionário.

(...) não se pode negar ao poder regulamentar a faculdade de intervir antecipadamente na predeterminação do exercício de tal discricionariedade, estabelecendo autolimites de natureza autovinculativa ou heterovinculativa, salientando-se, todavia, que nunca poderá essa intervenção conduzir, sob pena de ilegalidade, a um esgotamento de apreciação e de ponderação das circunstâncias de cada caso concreto.

Com relação aos mecanismos não normativos, o autor também se refere quanto à admissibilidade jurídica da retirada do espaço de autonomia pelos acordos endoprocedimentais, contratos administrativos e pelo poder de direção exercido pelo superior hierárquico. E conclui que³⁹

³⁷ Otero, *Legalidade e administração pública*, op. cit., p. 850.

³⁸ *Ibid.*, p. 852.

³⁹ *Ibid.*, p. 859.

(...) a lei ao atribuir uma competência discricionária ao subalterno sujeita-a sempre ao poder de direção do respectivo superior hierárquico, sendo possível afirmar que a emanção de uma ordem (ou instrução) poderá comportar a abolição da discricionariedade do subalterno.

A ordem jurídica confere à Administração Pública através dos seus órgãos hierarquicamente superiores, deste modo, um poder conformador e, se necessário, reconfigurativo do exercício de toda a discricionariedade decisória atribuída por essa mesma ordem jurídica à esfera de competência dos órgãos subalternos: se se pode dizer que a competência dos subalternos é expressão subsidiária ou parcial de uma outra competência que a domina sempre que aquela se manifesta (ou, por outro lado, sempre que se pretende manifestar), igualmente se torna patente a faculdade de um órgão expropriar a liberdade decisória de outro, comprovando a flexibilidade da própria legalidade administrativa nas mãos da Administração Pública.

José Manuel Sérvulo Correia,⁴⁰ ao tratar dessa discussão, distingue entre disposição da discricionariedade e exercício antecipado da discricionariedade. Para o autor, a discricionariedade é indisponível por parte do órgão que a detém. Assim,

(...) a não ser através da emissão de normas regulamentares da sua competência e consentidas pelos diplomas regulamentares, a Administração não pode criar antecipadamente pressupostos abstratos de decisão que a vinculem a proferi-la em certo sentido no futuro sempre que surjam as situações e, portanto, sem atender às condições específicas de cada caso concreto que venha a subsumir-se na previsão normativa.

Ainda, em consonância com o autor, se a norma jurídica configura a discricionariedade como um poder, nesta qualidade é que deverá ser ela exercida. Entende que uma coisa é a renúncia ao exercício do poder como discricional, mediante uma vinculação genérica da administração ao exercê-lo em sentido prefixo sempre que sobrevenha às situações típicas; outra é a antecipação quanto ao sentido de determinada decisão ou de um conjunto específico de decisões.

⁴⁰ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 749 e 750.

Entende-se que o debate possui sua função de ser, no entanto, partilha-se do entendimento do direito anglo-saxão de que a discricionariedade deve ser exercida dentro de limites concretos fixados pela norma que a tenha conferido, de maneira que sua infração converta a decisão em *ultra vires*, sendo assim controlável como *error of law*. Segundo essa perspectiva, de acordo com Peter Cane,⁴¹ no *common law*, a própria administração pode estabelecer princípios, diretrizes ou modelos (*guidelines*) para resolver certos casos, autolimitando seus poderes discricionais; entretanto, essas orientações não têm por si valores vinculantes, mas, dado que criam legítimas expectativas sobre a maneira de atuar da administração, esta deve conformar-se a elas ou motivar o abandono ou a mudança de critério.

Assim o é não apenas com relação aos mecanismos normativos, mas também com relação aos não normativos. David Duarte⁴² sustenta que toda norma de decisão terá “força de norma jurídica” por uma questão de respeito ao princípio da prática reiterada de atos ou da prática constante indicativa de comportamento e entendimento já sedimentados. Trata-se de uma derivação do princípio da confiança legítima, da segurança jurídica, da previsibilidade e da igualdade, visto que, se o agente público toma decisões reiteradas em determinados casos, estará o mesmo autovinculando-se sobre sua atuação, caso contrário, estar-se-iam vulnerando os princípios supramencionados. Dessa mesma maneira compreende Mariano Bacigalupo,⁴³ ao asseverar que:

*(...) la práctica reiterada en el ejercicio de una potestad discrecional (que no sea contraria al Derecho) genera una autovinculación de la Administración en el ejercicio de su discrecionalidad (Selbstbindung der Verwaltung) por efecto (mediato) del principio de igualdad. Si la práctica administrativa tiene su origen en el sometimiento (interno) del ejercicio de la potestad discrecional a prescripciones administrativas o circulares internas (instrucciones u órdenes de servicio), el principio de igualdad proporciona a éstas, pues, un efecto (auto-) vinculante cuasi-normativo.*⁴⁴

⁴¹ CANE, Peter. *An introduction to administrative law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 67-69, 71-74.

⁴² DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 163.

⁴³ BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa* (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 119.

⁴⁴ Argumenta este autor (Ibid., p. 246 e 247) que o postulado de uma reserva normativa universal (é dizer, a exigência de que toda atuação singular da administração está previamente habilitada, ao menos, por norma regulamentária) também tem seus inconvenientes, fruto, precisamente,

Eva Desdentado Daroca,⁴⁵ por exemplo, afirma que os mecanismos como o precedente administrativo carecem de valor normativo, não sendo fonte de ordenamento jurídico-administrativo. Mas aduz que esse possui certo valor vinculante para a própria administração:

La actuación anterior de la Administración condiciona la actuación presente de la misma exigiéndole un contenido similar para casos similares. Este efecto de la práctica administrativa reiterada tiene especial trascendencia en el ejercicio de las potestades discrecionales, pues opera en él un límite de no escasa importancia cuando se trata de potestades cuyo ejercicio es reiterado. Si la Administración resolvió un caso en un determinado sentido, aunque sea en el ejercicio de una potestad discrecional, si posteriormente se le plantea el mismo supuesto u otro similar, la Administración no puede, sin más, adoptar esta vez una resolución de signo contrario, pues ellos no se ajustaría a diversos principios generales del Derecho.

Portanto entende-se que a discricionariedade fica condicionada aos limites da lei e das regras ditadas pela própria administração por guiar o desenvolvimento de cada uma de suas atividades.

Conclusões

Dentre muitos desafios que o constitucionalismo enfrentará no século XXI, destaca-se o concurso de fontes, uma vez que toca os distintos poderes, ou melhor, as funções do Estado. Entre as transformações pela qual passa o direito administrativo vem-se observando mudança na ideia básica do princípio criador desse direito, ou seja, do princípio da legalidade, que basicamente serve para tipificar a atividade administrativa e garantir a previsibilidade da administração, além de tutelar o controle ao abuso de poder.

da inderrogabilidade singular das normas (regulamentares). E afirma: “(...) lo que se gana en justicialidad se pierde, posiblemente, en flexibilidad de la actividad administrativa. Por ello, resulta preferible, en ocasiones, que la Administración autovincule su actuación (no sometida a reserva de ley, ni regulada por ésta) sólo indirectamente a través del principio de igualdad (art. 14 CE), ajustando el ejercicio de su potestad discrecional, con carácter general, a instrucciones u órdenes de servicio (circulares), que no impiden, por carecer de valor propiamente normativo, el apartamiento justificado en causas objetivas y razonables”.

⁴⁵ DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999. p. 184.

É exatamente dentro desse novo paradigma que surge a concepção dos códigos de condutas. Esses traduzem o fenômeno da autorregulação e são uma realidade extraordinariamente complexa e heterogênea, pois adotam formas variadas de exteriorização. Além disso, observa-se nos últimos anos uma rápida expansão quantitativa e qualitativa destes tipos de iniciativas que abordam problemas de índoles diversas. Daí a dificuldade de reconduzir tais a uma categoria unitária e homogênea, já que com dita terminologia pode-se fazer referência a fenômenos distintos.

O problema da consideração jurídica dos códigos de conduta se centra, hoje, em determinar sua natureza, âmbito, extensão e aplicabilidade. Foi na tentativa de responder ao menos a um pequeno ponto relacionado ao tema que o presente trabalho buscou evidenciar que existem três formas de a administração pública se vincular à sua existência.

Primeiramente a administração poderá elaborar, aprovar e subscrever ou aderir ao código. Nesses casos estar-se-á diante de uma autovinculação bilateral, pois são produzidas e aceitas pelo Estado além de envolver uma partilha da administração com duas ou mais vontades.

Caso a administração apenas subscreva ou adira ao código, estar-se-á diante de uma heterovinculação voluntária, pois não possui o Estado qualquer disponibilidade em sua criação, além de ser dotada de intencionalidade específica, ou seja, depende exclusivamente da vontade do Estado.

Por fim, a administração pode elaborar o código para que este seja única e exclusivamente aplicável no âmbito interno do órgão. Aqui também existirá autovinculação, mas será essa unilateral, pois à administração se condiciona voluntariamente prescindindo da intervenção de qualquer outra vontade.

Nos dois primeiros casos os Códigos possuirão efeitos interpessoais, é dizer, são aplicáveis perante terceiros. Já neste último caso, ainda que não tenha eficácia externa, eles traduzem ou impõem uma habitualidade de conduta e qualquer afastamento desta pode materializar disparidade de tratamento. Este tipo de norma apenas de forma reflexa produz efeitos para terceiros.

Uma vez verificadas essas três formas distintas de vinculação da administração pública, restou saber se é legalmente admissível que a vontade manifestada com discricionariedade pode se limitar, fixando para o futuro as decisões de seus agentes.

Enquanto alguns entendem que seria uma fuga da administração a um mandamento conferido pela lei e como o legislador deseja que o agente competente no caso concreto pondere entre a oportuna e conveniente decisão para a administração, não poderia esta vincular a futuro as decisões dos seus

agentes. Porém, outra parte da doutrina entende ser possível a vinculação a futuro, pois tal pode trazer segurança jurídica, já que se antecipa tratamento, respeita a boa-fé e a expectativa legítima, além de reduzir a possibilidade de tratamento desigual.

Conclui-se, assim, que se a administração pode estabelecer princípios, diretrizes ou modelos (*guidelines*) para resolver certos casos, limitando seus poderes discricionais, entretanto, essas orientações não têm por si valores vinculantes, mas, dado que criam legítimas expectativas sobre a maneira de atuar da administração, esta deve conformar-se a elas ou motivar de forma qualificada o abandono ou a mudança de critério.

Referências

ABREU, Jorge M. Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987.

AMARAL, Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. II.

AMOROSINO, Sandro. *Le trasformazione dil diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1994.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. O ordenamento jurídico administrativo português. In: AAVV. *Contencioso administrativo: breve curso constituído por lições proferidas na Universidade do Minho por iniciativa da Associação Jurídica de Braga*. Braga: Livraria Cruz, 1986.

ANTUNES, Luis Filipe Colaço. *O direito administrativo sem Estado: crise ou fim de um paradigma?* Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

AYALA, Bernardo Diniz de. *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*. Lisboa: Lex, 1995.

BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa* (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madri: Marcial Pons, 1997.

BECK, Ulrich. *Poder y contrapoder en la era global: la nueva economía política mundial*. Barcelona: Paidós, 2004.

BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Madri: Debate, 1993.

BOQUERA OLIVER, José Maria. *Estudios sobre el acto administrativo*. Madri: Civitas, 1982.

BORRAJO INIESTA, Ignacio. El intento de huir del derecho administrativo. *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, Madri, n. 78, p. 233-250, abr./jun. 1993.

CANE, Peter. *An introduction to administrative law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

CASSESE, Sabino. Il diritto amministrativo globale. Una introduzione. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milão, n. 2, v. 54, p. 331-358, abr./jul. 2005.

_____. *Lo spazio giuridico globale*. Roma-Bari: Laterza, 2003.

CHEVALIER, Jacques. *L'État post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003.

_____. *Le droit administratif en mutation*. Paris: PUF, 1993.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003.

COOPER, Robert. *The breaking of nations: order and chaos in the twenty-first century*. Londres: Atlantic Books, 2003.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003.

DEL SAZ CORDERO, Silvia. La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas. *Revista de administración pública*, Madri, n. 133, p. 57-98, ene./abr. 1994.

DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999.

DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1999.

FERRER, Juan de la Cruz. *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madri: Instituto de Estudios Económicos, 2002.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1994.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *Da justiça administrativa em Portugal: sua origem e evolução*. Tese (doutorado em direito) — Universidade Católica, Lisboa, 1994.

GENTZ, Friedrich von; ADAMS, John Quincy. *The origin and principles of the American Revolution compared with the origin and principles of the French Revolution*. Philadelphia: Asbury Dickins, opposite Christ-Church. H. Maxwell, printer, Columbia-House, 1800.

GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Cambridge: Polity in association with Blackwell, 1990.

GOMES, José Osvaldo. *Fundamentação do ato administrativo*. Coimbra: Coimbra, 1976.

GROETHUYSEN, Bernard. *Philosophie de la révolution française*. Paris: Gonthier, 1956.

GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003.

HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 17. ed. Heidelberg, 1990.

IANNOTTA, Lucio. Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare). *Diritto processual amministrativo*, Milão, v. 23, n. 1, p. 1-51, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. Granada: Comares, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Mário Esteves de. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1980. v. I.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Crisis y renovación en el derecho público*. Madri: CEC, 1991.

POLLITT, Christopher. *Managerialism and the public services: the Anglo-American experience*. Oxford: Blackwell, 1990.

PRUDHOMME, Louis Marie. *Révolutions de Paris: dédiées à la nation et au district des Petits-Augustins*. Paris: P. de Lormel, 1790.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de direito administrativo*. Coimbra: Policopiado, 1976. v. I.

SADDY, André. *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SALA ARQUER, José Manuel. Huida al derecho privado y huida del derecho. *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, Madri, n. 75, p. 399-416, jul./sep. 1992.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madri: Tecnos, 1994.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003.

SPASIANO, Mario R. *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Torino: Giappichelli, 2003.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *L'ancien régime et la révolution*. Paris: Gallimard, 1953. [1. ed. 1856]

VILLA, Jesús Leguina. A Constituição espanhola e a fuga do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, ano 2, n. 6, jul./set. 1995.

WINKLER, Günther. *Der Bescheid*. Ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt. Manz'sche, Wien; Auflage: Unveränd. Nachdr, 1956.

WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Direito administrativo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. 1, p. 333. [Original: *Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch*. 11. ed. München: Beck, 1999].