

O CONTRÔLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO NA ITÁLIA

CHARLES ETTORI

SUMÁRIO: *Introdução: A Constituição italiana de 1948 e o controle jurisdicional da administração. I — Evolução histórica do controle jurisdicional da administração na Itália. a) Período napoleônico; b) Da queda do Império francês à proclamação do reino da Itália; c) A abolição do contencioso administrativo (1865); d) A proteção jurisdicional dos interesses dos administrados pelo Conselho de Estado (1889) e evolução posterior da jurisdição administrativa; e) A confirmação do sistema pela Constituição de 1948. — II — Os tribunais judiciais e o controle jurisdicional da administração. a) Competência e poderes dos tribunais judiciais; b) O papel da Suprema Corte de Justiça em matéria de conflitos e em matéria de excesso de poder por falta de jurisdição. III — Os recursos administrativos. A) O Conselho de Estado estatuinte no contencioso. Generalidades. a) Da jurisdição do Conselho de Estado em geral. A jurisdição de legitimidade; a jurisdição “di merito”; a jurisdição exclusiva; o processo judicial. b) Do excesso de poder. A doutrina. A jurisprudência. B) As jurisdições administrativas diferentes do Conselho de Estado. As juntas provinciais administrativas. O Tribunal de Contas. Conselhos de prefeitura. As jurisdições tributárias. Os tribunais das águas públicas. Observações finais.*

INTRODUÇÃO

A Constituição italiana de 1948 supõe ou define os princípios fundamentais da Constituição.*

Ao homem pertencem direitos naturais e originários. O homem é anterior ao Estado. O homem é um fim em si. Não é um meio. Sua

* Exprimo aqui a mais viva gratidão ao Sr. Pietro Bodda, professor de direito administrativo na Universidade de Turim e a seu assistente Sr. Elio Casetta que me ajudaram com as suas sugestões.

natureza é espiritual e transcende, por conseguinte, os outros valores que são temporais. Sobre esse fundamento se constrói o edifício dos direitos naturais. Sobrevindo a crise metafísica da pessoa, seguir-se-á a crise jurídica e social da pessoa. A adesão à doutrina dos direitos naturais conduz à fórmula: o Estado para a pessoa e não a pessoa para o Estado. Ela exclui a concepção dos direitos-reflexos do indivíduo que são concedidos em função da estrutura política e constitucional do Estado.

Ela recusa a fórmula: a pessoa para o Estado.

Esses direitos naturais são civis, políticos e sociais. Pertencem tanto aos indivíduos como às coletividades.

Tais direitos podem deixar de ser reconhecidos, o mesmo sucedendo a determinados interesses. O artigo 24 da Constituição de 1948 enuncia: "Todo cidadão pode recorrer à justiça para a salvaguarda de seus direitos e interesses legítimos".

A jurisdição protege, com efeito, não somente os direitos mas ainda os interesses legítimos. Direitos e interesses legítimos, a distinção é fundamental. É uma distinção das noções mestras do direito italiano. Estende-se a todas as organizações e a todos os procedimentos que asseguram, na Itália, a defesa dos direitos e dos interesses das pessoas humanas e das coletividades.

Essa garantia jurisdicional é um elemento do Estado de direito. É preciso esclarecer que a Constituição italiana, ao instituir a República como um Estado de direito não pressupõe a autolimitação do Estado, mas a aceitação, pelo Estado, da transcendência dos direitos individuais de cada membro do Estado e portanto de sua personalidade.¹

Na organização constitucional da República italiana que confirma o princípio da separação dos poderes, o poder judiciário exercido pela magistratura, ordem autônoma e independente com relação a qualquer outro poder, sujeita somente às leis, protege o sistema jurídico. A magistratura é somente uma ordem. Não é um órgão constitucional. O poder judiciário não cria, de modo original, a vontade do Estado. Assegura somente o respeito a esta última.²

A função jurisdicional é exercida pelos magistrados ordinários, instituídos e regidos segundo os princípios da organização judiciária. As jurisdições especiais são interditas.

A Constituição faz exceção para o Conselho de Estado, o Tribunal de Contas e os tribunais militares.

Ela especificou (art. 103): "O Conselho de Estado e os outros órgãos da justiça administrativa exercem a jurisdição para salvaguardar, com relação à administração pública, os interesses legítimos e até mesmo, em determinadas matérias fixadas por lei, direitos subjetivos".

A Constituição declarou, enfim, que contra os atos da administração pública, a proteção jurisdicional não pode ser excluída nem limitada.

1 Cf. *Constituição Italiana de 1948*, op. cit. Artigos Croa e Pierandrei. *passim*.

2 Cf. *Constituição Italiana de 1948*, op. cit., mesmos artigos.

Em suma: prioridade dos direitos naturais da pessoa, regime do Estado de direito, ação em juízo para a defesa dos direitos e dos interesses legítimos, princípios da separação dos poderes, exercício da jurisdição por magistrados ordinários e caráter excepcional das jurisdições especiais, proteção jurisdicional normalmente ilimitada dos indivíduos e das coletividades, eis os princípios essenciais contidos na Constituição.

Tais princípios dominam todo o controle jurisdicional da administração por causa de sua superioridade formal, manifestam o sentido profundo desse controle cujos processos técnicos tendem a garantir a eficácia do respeito à pessoa humana. Contêm, formulados em regras de direito, os elementos essenciais do grande debate espiritual e político travado pelo mundo atual.

Tal é o fundamento constitucional do controle jurisdicional da administração na Itália.

Após recordarmos a evolução histórica do sistema de controle na Itália (I), faremos o relato necessariamente analítico e descritivo das ações perante os tribunais ordinários (II), dos recursos administrativos (III) e dos recursos perante as jurisdições administrativas (IV).

I — EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTRÔLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO NA ITÁLIA

Sob a influência da França um contencioso administrativo nasceu e se desenvolveu na Itália, a partir do início do século XIX (a). Em 1865 a unidade de jurisdição foi instituída no Reino da Itália. A proteção dos direitos subjetivos com relação à administração foi confiada aos tribunais ordinários, tendo sido abolido o contencioso administrativo. Imitou-se, então, a Bélgica (b). Sob o impulso de Silvio Spaventa um movimento culminou, em 1889, na criação de uma tutela, confiada ao Conselho de Estado, dos interesses legítimos dos particulares com relação à administração (c). De 1946 a 1948, os debates de princípio que precederam o voto da Constituição, tiveram como consequência a confirmação constitucional do sistema de controle jurisdicional elaborado no século XIX (d).

a) No período napoleônico a Itália esteve, diretamente nos territórios anexados ao Império francês, indiretamente no reino da Itália e no reino de Nápoles, sob a influência francesa. Para nos limitarmos ao reino da Itália, lembraremos que jurisdições administrativas e judiciárias foram estabelecidas de acordo com o modelo francês. Houve no Reino um Conselho de Estado e Conselhos de prefeitura. O pensamento francês inspirou a doutrina e a jurisprudência. Mas não seríamos capazes de omitir que o publicista italiano Romagnosi, em seus *Principii fondamentali di diritto amministrativo*, publicados em 1814, soube analisar em sua essência o contencioso administrativo da época. Depois de haver observado que a justiça administrativa não

era jurisdicional, porquanto quem decidia era o soberano, aquêle autor acrescentava que a condição do súdito obediente, que é a do particular, “não pode autorizá-lo a opor um direito próprio que possa entrar em conflito com o direito da coisa pública”.

b) Com a queda do Império, as instituições contenciosas inspiradas pela França não sobreviveram. Nota-se uma exceção quanto ao ducado de Parma, perfeitamente explicável por motivos dinásticos. O reino de Nápoles, entretanto, possuiu, em 1817, o primeiro código de processo contencioso administrativo já publicado na Europa. Foi obra de grandes juristas que, na Itália meridional daquela época, representavam a classe dirigente. Nos artigos 1.º e 2.º dêsse Código lêem-se os princípios que o inspiram: “manter distintas e separadas uma da outra as matérias do contencioso administrativo e as do contencioso judiciário”, “fazer com que as autoridades e os órgãos incumbidos de proferir decisões sobre uns, se mantenham distintos e separados daqueles aos quais competirem as decisões sobre os outros”. Toda uma organização fôra estabelecida, definindo-se a sua competência. Compreendia várias instâncias e, no vértice, um grande Tribunal de Contas, uma de cujas câmaras recebeu o nome de Câmara do Contencioso Administrativo. O soberano, após o parecer da Grande Consulta, decidia sobre os conflitos de jurisdição. O sistema foi estendido à Sicília em 1838. No reino da Sardenha, tribunais administrativos foram instituídos em 1842 e reformados em 1847. Na primeira instância, os Conselhos de Intendência tinham competência especial em matéria de impostos, limpeza urbana e águas públicas. Recurso de apelação podia ser interposto perante o Tribunal de Contas.

Tôdas essas instituições tendiam a realizar a proteção de particulares contra a administração. Simultâneamente, a literatura jurídica sobre o contencioso administrativo se desenvolvia. O mais célebre dos publicistas dessa época foi Manna que, em 1793-1842, publicou em Nápoles as *partizioni teoretiche del diritto amministrativo*. Emitia a opinião de que o contencioso administrativo é obra de juiz: “é uma doutrina errônea aquela que coloca o juiz sob a autoridade do administrador; um juiz dessa natureza não seria um juiz, mas um funcionário administrativo subordinado ao primeiro. A concepção de juiz é una e invariável e una e invariável é a noção de julgamento”. E Manna acrescentava: “Entre o administrado e o administrador pode haver decisão judiciária”, e, tanto um quanto o outro, “prevalecendo-se da faculdade de uma ampla e livre defesa aguardam, de um juiz comum, um julgamento que declare a sem-razão de um e o direito do outro”. Manna foi, sobretudo, o precursor de uma noção jurídica fundamental, a do direito adquirido suscetível de se opor à administração. Insistia igualmente na necessidade de separar o direito constitucional do direito administrativo para facilitar o desenvolvimento do contencioso administrativo.

Na primavera de 1848, quatro Estados Italianos, dentre os quais o reino da Sardenha, tornaram-se constitucionais. O direito público dessa época sofreu a influência da doutrina e das instituições france-

sas, mas duas tendências, uma e outra nascidas do pensamento francês, se defrontavam.

Qual sistema era preciso adotar: o modelo clássico da época napoleônica ou o sistema liberal belga, o contencioso administrativo ou a jurisprudência única? Sob a influência de Rattazzi, a lei de 23 de outubro de 1859, relativa à organização de reino da Sardenha, fez dos Conselhos de governo em cada província os juizes ordinários do contencioso administrativo. Suas decisões tinham a mesma autoridade que os julgamentos dos tribunais civis. Recurso de apelação era eventualmente interposto perante o Conselho de Estado reorganizado com uma Seção do Contencioso que julgava em primeira instância sobre certos litígios. Essa conservação do sistema francês não satisfaz os espíritos liberais.

c) Em 17 de março de 1861, o rei Vitor-Emanuel II tornara-se o rei da Itália. O parlamento, cessando de ser subalpino, seria doravante italiano. Estados, até então separados, foram reunidos num só Estado. Tratava-se de promover a unificação da administração. Tal foi o objeto da lei de 20 de março de 1865 sobre a unificação administrativa do reino. Essa lei comportou vários anexos designados por uma letra; A: lei sobre as comunas e províncias; B: lei sobre a segurança pública; C: lei sobre a saúde pública; D: lei sobre o Conselho de Estado; E: lei sobre o contencioso administrativo; F: lei sobre as obras públicas.

Tal é o quadro geral onde se insere a lei de 20 de março de 1865, n.º 2.248 em seu anexo *E* que declara a abolição do contencioso administrativo. Em virtude dessa lei que será estudada mais adiante e permanece fundamental, todos os casos nos quais um direito subjetivo é invocado com relação à administração, são da competência dos tribunais judiciais. Os outros casos são atribuídos à administração que se pronuncia normalmente sobre recursos hierárquicos. A elaboração dessa lei durou quatro anos. No dia 27 de abril de 1861, o Ministro Minghetti apresentou à Câmara dos Deputados o primeiro projeto de lei sobre a abolição do contencioso administrativo. Escrevia êle: "Não se pode negar a tendência da época moderna para substituir a jurisdição especial pela jurisdição ordinária e geral". Acrescentava que isso estava mais de acordo com o espírito das instituições. Peruzzi retomava êsse projeto em 1863, e depois a segunda comissão parlamentar, insistindo sobre a assimilação da administração a um querelante ordinário, sobre o fato de que a unidade de jurisdição corresponderia à unidade do poder judiciário e à unidade da igualdade perante a lei.

A discussão na Câmara dos Deputados durou de 9 até 28 de junho de 1864. Foi ilustrada por um discurso de Mancini, que se tornou célebre. Quanto à essência, chegou-se à adoção quase textual do sistema belga.

O discurso de Mancini, admirável pela força do pensamento e pela eloquência, guarda um valor permanente. É essencial, para a inteligência do direito positivo atual, lembrar que êle focalizou a oposição

entre os direitos cuja proteção deve caber à autoridade judiciária e os interesses cuja tutela a administração deve conservar. Estamos, aí, no centro do sistema italiano. Mancini aceita a independência recíproca do administrativo e do judiciário. Faz intervir, porém, nisso uma condição: a administração não deve violar direito algum; deve satisfazer as suas obrigações; não deve infringir nenhuma lei. Nesse caso, a autoridade judiciária não intervirá em seu domínio, mesmo quando a administração falhar na sua missão mediante uma decisão inoportuna, uma recusa não motivada, ou cobrança, a um particular, de uma despesa inútil. “E eis que nesse momento surge o critério, proposto pelos mais ilustres publicistas e adotado pela Comissão. De que sofreu o particular nos casos que acabam de ser expostos? Simplesmente de um prejuízo em seus interesses”. Para a tutela desses interesses, Mancini aponta para os recursos administrativos. Depois, supondo que a administração não só prejudicou os interesses de um particular, como também atingiu ilegalmente em seus direitos, Mancini declara então que “o julgamento conseqüente a uma ação fundada sobre o direito violado deve ser confiado a uma autoridade neutra, imparcial, desinteressada, independente, àquela que, por sua vocação, é guardiã da lei, protetora, vingadora e reparadora dos direitos. Tal autoridade não pode ser, pela própria natureza das coisas, senão a autoridade judiciária — portanto, quando se trata de interesses, o domínio é o da administração e, quando se trata de direito, a esfera é a da autoridade judiciária. Por quê o poder administrativo julga os interesses? Porque possui critérios próprios, meios de investigação, de conhecimento, de apreciação e de ação que lhe permitem resolver, no quadro da lei, a conciliação difícil do interesse particular e do interesse geral. Pelo contrário, não cabe ao juiz apreciar a oportunidade. O juiz possui um guia, que é a lei.

Segundo Mancini, os franceses têm a paternidade dessa distinção entre os direitos e os interesses. Em apoio, êle cita um artigo do duque de Broglie publicado em 1828 na *Revue française*. Relaciona também os trabalhos de uma comissão parlamentar de que faziam parte Tocqueville, Odilon Barrot, Isambert, Salvandy. Essa comissão examinou em 1840 a reforma do Conselho de Estado francês. Aceitava como fundamental a distinção entre uma ofensa a um direito que é da alçada do judiciário e a lesão de um interesse sobre a qual a administração deve se pronunciar.

Essas remotas origens da distinção essencial entre os direitos e os interesses mereciam invocadas. Explicam a passagem de um regime de contencioso administrativo de tipo francês para um outro regime.

Apesar disso a solução dos conflitos de atribuição e de jurisdição permanecia dentro das atribuições do Conselho de Estado. A anomalia foi sanada por uma lei de 31 de março de 1877 que atribuiu competência à Suprema Corte. O sistema, em seu conjunto, tornou-se, portanto, judiciário.

d) A competência judiciária concebida num espírito tão estrito não pôde ser mantida.

Houve, a princípio, um motivo de ordem geral. A intervenção do Estado ia se acentuando e, em domínios cada vez mais extensos, os particulares permaneciam desprotegidos contra a administração. Outro motivo: o governo constitucional se transformava em governo parlamentar. Em 1876 os homens da direita histórica eram substituídos por um ministério de esquerda.

A política surgiu na administração. Era preciso opor-lhe a justiça na administração. A ausência de jurisdição administrativa parecia tanto mais contestável quanto na Europa se iam organizando as jurisdições administrativas. A lei de 24 de maio de 1872 dava ao Conselho de Estado francês o seu caráter jurisdicional. Leis de 1865 organizavam na Prússia os tribunais administrativos e na Áustria a Corte de justiça administrativa.

Tais eram as circunstâncias em um plano geral. Na Itália, o movimento das idéias testemunha, nessa data, um grande ambiente favorável para o contencioso administrativo. Não se insistirá nas reformas propostas pelo alemão Baer, que vulgarizou na *Nuova Antologia* os trabalhos de Gneist. Convém, ao contrário, retardar-se no discurso de Silvio Spaventa, deputado no Parlamento, conselheiro de Estado, antigo ministro. Esse discurso, pronunciado a 6 de maio de 1880 perante a associação constitucional de Bergamo, conservou um alcance histórico. E' clássico.³

O discurso de Silvio Spaventa teve como origem a ingerência dos deputados na administração e mais geralmente os procedimentos de governo da esquerda parlamentar.⁴

O tema de Silvio Spaventa, que ainda possui atualidade, assim se definia: "Das dificuldades com que se defrontam a justiça e a legalidade nas administrações públicas sob os governos parlamentares e daquelas que existem especialmente entre nós, bem como dos remédios que se podem achar para vencê-las".

Silvio Spaventa, após haver lembrado que o governo parlamentar não é possível senão por meio de partidos que se sucedem na direção do Estado, conforme obtenham a maioria da confiança nacional, queria evitar os abusos de poder a que conduz "a egoísta natureza humana, cujas leis são imutáveis". Julgava que a solução reside numa distinção essencial entre o governo e a administração. O partido preponderante deve dirigir o Estado. Não deve oprimi-lo. O governo consiste numa direção geral da política externa e interna e em reformas que correspondam às idéias, às necessidades da maioria do país. Mas "a administração deve ser conforme à lei, não se devendo prestar ao arbitrário e ao interesse do partido. A lei deve ser aplicada a todos com justiça e moderação".

Ora, segundo Silvio Spaventa, o mal era profundo por causa da ausência ou da incerteza de regras administrativas, da ausência de juiz

3 Silvio Spaventa, *Giustizia nell'amministrazione*, Roma, Tipografia dell'opinione, 1880.

4 Sobre este ponto, cf. in Benedetto Croce, *Storia d'Italia dal 1871 al 1915*, 9.^a ed., págs. 12 e 13.

administrativo em vastas matérias e da falta de responsabilidade dos funcionários. Não pretendi fazer abrogar a lei de 1865, mas completá-la. Pedia uma reforma das atribuições do Conselho de Estado, a criação de uma justiça administrativa local.

Citaremos, para terminar, uma fórmula decisiva de Silvio Spaventa: “a liberdade deve, hoje em dia, ser procurada não tanto nas constituições e leis políticas senão na administração e nas leis administrativas. Na administração, a liberdade é essencialmente o respeito ao direito e à justiça, é tudo aquilo que constitui o Estado ao qual os alemães chamam de “*Rechtsstaat*” (5). “*Justitia regnorum fundamentum*”.

O nome de Silvio Spaventa está ligado à renascença da jurisdição do Conselho de Estado italiano. Poderíamos também insistir sobre a lenta elaboração da legislação, sobre a qualidade dos homens de Estado que da mesma participaram, Crispi, Depretis e outros.

O resultado final foi a lei de 31 de março de 1889, n.º 5.992. Instituiu-se uma quarta secção no Conselho de Estado. Recebera, em suas atribuições, a tutela dos interesses legítimos até então sem proteção. Sua competência era geral para os casos de “incompetência, excesso de poder e violação da lei”. Para certas matérias enumeradas pela lei julgava também “*di merito*” (oportunidade). A quarta secção apreciava não somente a legitimidade, mas também a oportunidade.⁶ Tal inovação se conciliava com a manutenção da competência judiciária para a violação dos direitos subjetivos pela administração. Competência dos tribunais ordinários quanto aos direitos subjetivos, competência do Conselho de Estado quanto aos interesses. O sistema estava constituído. Permaneceu. Indicaremos rapidamente as leis complementares que mais adiante serão estudadas.

A lei de 1.º de maio de 1890 criou, no plano local, jurisdições administrativas que possuíam competência de atribuição — as Juntas provinciais administrativas. A lei de 7 de março de 1907 instituiu uma outra secção do Conselho de Estado, a V. Atribuiu à IV Secção a jurisdição de legitimidade e à V a jurisdição “*di merito*” Consagrou expressamente o caráter jurisdiccional das secções contenciosas do Conselho de Estado. Foi êsse o seu dispositivo precípua. Por fim, o decreto real de 30 de dezembro de 1923, que tem força de lei, aboliu a distinção de competência entre as secções contenciosas do Conselho de Estado que ora julgavam tanto em legitimidade quanto “*in merito*”. Criou, sobretudo, a jurisdição exclusiva do Conselho de Estado. Foi essa a sua principal inovação. Por uma derrogação excepcional do prin-

5 Sobre o Estado de direito e o pensamento jurídico italiano. cf. o livro de D'Alessio, *Dalla dichiarazione dei diritti dell'uomo al moderno stato di diritto*, Roma, 1915. O livro de Baer, *Der Rechtsstaat*, 1861, foi traduzido na coleção italiana de Brunialti, 1.ª série, vol. 7. Da mesma forma, o de Gneist, *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg*, 1869, apareceu em italiano na mesma coleção.

6 No presente artigo os termos *giurisdizione di legittimità* e os de *giurisdizione di merito* foram traduzidas por jurisdição de legitimidade e jurisdição “*di merito*”. A tradução é muito literal, mas evita analogias que seriam errôneas.

cípio fundamental da legislação italiana, o Conselho de Estado estabelecendo como jurisdição exclusiva pode conhecer não somente dos interesses legítimos, senão ainda dos direitos subjetivos. A lei limita as matérias que entram na jurisdição exclusiva.

Em suma, ao cabo dessa evolução, a organização é nítida. De uma parte, os tribunais ordinários protegem os particulares contra a administração no que concerne os direitos subjetivos. Doutra parte, o Conselho de Estado essencialmente, assegura a proteção dos interesses legítimos dos particulares, sem limites para o controle de legitimidade e mediante atribuição no tocante ao controle "*in merito*". Finalmente, por derrogação do princípio fundamental, a lei, em certos casos, confere ao Conselho de Estado jurisdição exclusiva tanto para os direitos subjetivos quanto para os interesses legítimos.

e) A Constituição italiana de 1948 confirmou o sistema de controle jurisdicional da administração elaborado no século XIX.

Já indicamos os princípios que aquela carta constitucional enunciou. Propor-nos-emos, no decorrer de observações finais, a definir a posição assumida pelo Conselho de Estado no decurso dos trabalhos que precederam o voto da Constituição. Desejariamos apresentar aqui duas observações.

Em primeiro lugar, a conservação do sistema atual suscitou objeções. Alguns constituintes foram favoráveis à abolição das seções jurisdicionais do Conselho de Estado e à instituição de seções especializadas no quadro da organização judiciária.⁷ Lessona, professor da Universidade de Florença, declarou-se partidário da unidade de jurisdição. Sustentou que os processos relativos aos atos administrativos ligados ao respeito para com o direito objetivo podem ser julgados pelos magistrados ordinários porque se trata de pesquisar se o ato administrativo está conforme ou não à vontade do legislador. Para os atos discricionários, somente regras de boa administração estão em causa. Bastaria confiar a revisão administrativa dos atos a órgãos administrativos distintos da administração ativa.⁸ Esses diversos pontos de vista não prevaleceram.

Segunda observação. O artigo 125 da Constituição prevê o controle sobre a legitimidade dos atos administrativos da região, a ser exercido, "de modo descentralizado", por um órgão do Estado.

II — OS TRIBUNAIS JUDICIÁRIOS E O CONTRÔLE JURIS-DICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO

Os tribunais ordinários são os elementos do poder judiciário, que se distingue do poder legislativo e do poder executivo. Os tribunais da ordem judiciária administram a justiça civil e penal. São as pretorias, os tribunais, as Côrtes de Apelação e a Suprema Côrte.

7 Calamandrei, Res. II. S. c.c. II. Sez., p. 26; Caccuri, Res. A.C., p. 1907.

8 Lessona, *L'unità giurisdizionale nella nuova Costituzione italiana*, Riv. amm., 1948, p. 554.

Os tribunais judiciários têm uma prioridade, jurisdicional, explicável pela qualidade dos órgãos que os compõem, pela matéria dos direitos subjetivos aos quais eles se referem, e pela anterioridade cronológica dos textos que os regem.

Estudaremos, de uma parte, a competência e os poderes dos tribunais judiciários (a), e, de outra, o papel da Corte Suprema em matéria de conflitos e em matéria de excesso de poder por falta de jurisdição.

a) Qual é a competência e quais são os poderes dos tribunais judiciários?

A grande lei de 20 de março de 1865, n.º 2.258, anexo E, que declarou abolido o contencioso administrativo, estabeleceu os princípios fundamentais da competência e dos poderes dos tribunais judiciários em matéria administrativa.⁹

1.º — Os artigos 2 e 3 da lei determinam a competência.

O artigo 2, que é capital, dispõe: “São devolvidos à jurisdição ordinária todos os casos de contravenção e tôdas as matérias onde se acha em jôgo um direito civil ou político, se bem que a administração pública possa estar nisso interessada e mesmo no caso de medidas tomadas pelo poder executivo ou pela autoridade administrativa”. O artigo 3 completa o artigo 2, nos seguintes termos: “Os casos que não se acham compreendidos no artigo precedente serão atribuídos às autoridades administrativas”.

O princípio da distribuição das competências é bastante claro: ou o litígio põe em jôgo a violação de um direito com relação à administração e, nesse caso, a competência é judiciária; ou a situação é inversa e, dessa vez, a competência é administrativa. Isso foi enunciado em termos mais moderados pelo art. 113 da Constituição de 1948: contra os atos da administração pública pode-se recorrer à proteção jurisdicional dos direitos perante a jurisdição ordinária e à dos interesses perante a jurisdição administrativa. A distinção entre o direito subjetivo e o interesse, desprovido de uma proteção jurídica direta e completa, está, por conseguinte, na base do sistema.

Se, de um lado, foi possível estabelecer com clareza que o direito subjetivo é um interesse que a ordem jurídica atribui a um titular exclusivo e protege diretamente com uma regra apropriada e se, de outro lado, foi possível definir com nitidez que o interesse legítimo, pertinente a um sujeito determinado, se acha ligado ao interesse geral que serve para a sua proteção, é, pelo contrário, muito difícil na prática adotar um critério satisfatório. A distinção entre o direito subjetivo e o interesse legítimo parece constituir a dificuldade crucial do controle jurisdicional da administração na Itália. A distribuição dos litígios entre a autoridade judiciária e a autoridade ou a jurisdição administrativa é muito complexa.

⁹ Os textos essenciais são: a lei de 20 de março de 1865, n.º 2.248, anexo E, e artigos do Código de processo civil promulgado pelo decreto real de 28 de outubro de 1940, n.º 1.443.

Pode-se, todavia, afirmar que, segundo a opinião dominante, a competência judiciária será mantida quando se tratar de atos administrativos vinculados, que devam ser baixados em execução da lei e segundo as modalidades que ela prevê. Tal competência deve ser posta de lado em se tratando de atos discricionários. A lei, com efeito, no primeiro caso, define a atitude obrigatória da administração para com a parte sujeita, criando, assim, em seu proveito um verdadeiro direito subjetivo que lhe permitirá obter do juiz ordinário a declaração de ilegalidade de um ato administrativo não conforme e, eventualmente, a condenação por perdas e danos. Sucede o inverso para os atos que lesam o interesse individual e nos quais a administração possui, total ou parcialmente, um poder discricionário. Como não se poderia admitir uma contradição de princípio entre a proteção jurídica do interesse geral e a do interesse particular, seria preciso apreciar a ação administrativa, mas tal controle escapa à autoridade judiciária. A liberdade de ação pertence à administração no domínio do discricionário, onde o interesse individual não é protegido pela lei.¹⁰

Outra explicação foi apresentada. O controle dos tribunais seria excluído por motivos teóricos. Uma situação subjetiva suscetível de ser modificada livremente pela autoridade administrativa não constitui um direito. Será um interesse legítimo quando for limitada pelo dispositivo legal de onde a administração extrai os seus poderes. Será um interesse simples quando a administração não vê razão para impor semelhante limite. Ora, os tribunais são competentes quando se trata de direitos.¹¹

Tais são certas atitudes doutrinárias. Qual é a atitude da jurisprudência? Um acórdão recente da Suprema Corte pode ser citado como típico. Tratava-se da anulação, por um prefeito, de uma resolução da prefeitura que suspendia os despejos de locatários. A Corte Suprema, após haver invocado um acórdão de 9 de julho de 1942, número 1.951, segundo o qual não cabe a um particular recorrer perante a autoridade judiciária quando a administração exerce um poder discricionário, julgou: "Não podia nascer nenhum direito subjetivo em proveito da requerente uma vez que se tratava de um ato do poder discricionário e não de um ato obrigado, isto é, tendo por fim tornar a atividade da administração mais eficaz e mais útil ao objeto de interesse público que importava promover. Não se pode, portanto, na espécie, falar de direitos por isso que, em termos formais, pode-se enunciar que lá onde começa o direito subjetivo do particular cessa a ação discricionária da administração".¹²

2.º — Os poderes do juiz ordinário nos litígios administrativos são definidos pela lei de 20 de março de 1865, anexo E.

Primeira regra: "as autoridades judiciárias aplicam os atos administrativos e os regulamentos gerais e locais na medida em que são

10 Cf. Borsi, *La giustizia amministrativa*, 7.ª ed., p. 116.

11 Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, II, 5.ª ed., p. 93.

12 Decisão de 17 de março de 1949 da Suprema Corte italiana, *Foro amm.* 1949, II, 103.

conformes à lei (art. 5)”. Essa regra é essencial para a proteção jurídica dos particulares. O juiz tem, com efeito, o poder de apreciar a legalidade dos atos administrativos e dos regulamentos e, em seguida de os declarar inaplicáveis na espécie que lhe é submetida, se forem ilegais.

Segundo regra, limitativa dos poderes do juiz: “Quando o litígio concerne a um direito que se julga lesado por um ato da autoridade administrativa, os tribunais se limitarão a conhecer dos efeitos do próprio ato nas suas relações com o objeto do processo. O ato administrativo não poderá ser revogado ou modificado senão por via de um recurso às autoridades administrativas competentes que se conformarão à coisa julgada pelos tribunais com referência à espécie sobre a qual tiverem se pronunciado” (art. 4). A regra se analisa em três elementos. Em primeiro lugar, os efeitos do julgamento se limitam às partes interessadas e ao objeto do litígio. Em segundo lugar, para assegurar a independência do administrativo com relação ao judiciário, o juiz se julga capaz de proibir a anulação ou a modificação de um ato administrativo. Em terceiro lugar, a administração tem a obrigação, não moral, porém jurídica, de agir em conformidade com o julgamento proferido. A sanção consiste num recurso perante o Conselho de Estado, estatuinto “*in merito*”.

Tais são as regras sobre a competência dos tribunais judiciais e os seus poderes.

Considerados do ponto de vista do querelante, elas significam que a sua petição deve ser fundada (*causa petendi*) em um direito subjetivo supostamente violado e que o objeto do seu requerimento deve limitar-se (*petitum*) ao reconhecimento da violação do direito, à condenação eventual da administração a uma indenização por prejuízo. Após controvérsias doutrinárias e divergências jurisprudenciais, a Suprema Corte (Sessões Plenas de 21 de junho e de 15 de julho de 1930) e o Conselho de Estado (Assembléia plenária, de 14 de junho de 1930) definiram a necessidade do duplo critério da *causa petendi* e do *petitum* na distribuição das competências. A fórmula do Conselho de Estado foi a seguinte: “Os critérios segundo os quais se determina a competência do Conselho de Estado nas matérias em que ele não possui jurisdição exclusiva são em número de dois, que se completam reciprocamente: o da demanda (*petitum*) e o da natureza do litígio (*causa petendi*).¹³

b) Eis agora o papel da Suprema Corte, de um lado, em matéria de conflitos, e, por outro, em matéria de excesso de poder (por falta de jurisdição).

Importa lembrar aqui um princípio e, em breve, uma evolução histórica.

13 *Foro ital.*, 1930, III, 160. Sobre a questão, cf. D'Amelio, *Il caso Laurens dopo quarant'anni di giurisprudenza*. *Riv. di diritto pubblico*, 1932, I, ps. 397-409. O acórdão Laurens é um aresto célebre da Suprema Corte italiana de 24 de junho de 1891, segundo o qual a jurisdição administrativa não pode estender sua competência aos direitos, porque estes são reservados à autoridade judiciária. Daí, a importância da existência de um direito e da *causa petendi*.

O princípio já é conhecido. A função jurisdicional é normalmente exercida pelos tribunais de direito comum. As disposições que derrogam a competência do juiz ordinário devem, portanto, ser interpretadas e aplicadas segundo um critério restritivo.

A evolução histórica para os conflitos foi a seguinte. A lei sarda de 1859, inspirada pelo direito francês, subtraiu à autoridade judiciária o julgamento dos conflitos. O soberano julgava baseando-se no parecer do Conselho de Estado, que se reunia como órgão consultivo. Esse regime foi estendido à Itália unificada. A lei de 20 de março de 1865 em seu anexo *D*, relativo ao Conselho de Estado, deu a essa Assembléia, tornada puramente consultiva, a faculdade de regulamentar os conflitos. Mas o anexo *E* da mesma lei, tendo abolido o contencioso administrativo e atribuído competência aos tribunais judiciais quanto aos direitos subjetivos dos particulares relativamente à administração, criava com isso uma contradição. Em consequência, desenhou-se, em caráter liberal, um movimento que, sob o impulso de Mantellini, resultou na lei de 31 de março de 1877, a qual, por um lado, confiou à Suprema Corte o julgamento dos conflitos de atribuições e de jurisdição e, de outro lado, instituiu um recurso perante a Suprema Corte contra as decisões jurisdicionais, que emanassem dos tribunais ordinários ou das jurisdições administrativas, acoimadas de absoluta falta de competência.

1.º — A Suprema Corte decide de pronto os conflitos de jurisdição e, provisoriamente, isto é, até à formação da Corte constitucional, os conflitos de atribuição.¹⁴

Inicialmente há dois processos: um ordinário, de apelação e de anulação, culminando, no quadro normal do processo de primeira instância, em um acórdão da Suprema Corte, reunida em sessão plenária; o outro, dito extraordinário, dando ao prefeito, quando a administração não está em causa a faculdade de levar o litígio a uma instância superior e de apresentar, por decreto fundamentado, uma petição no sentido de obter uma decisão imediata das câmaras reunidas da Suprema Corte sobre a questão de competência, ficando suspenso o julgamento do tribunal embargado até à decisão do conflito.

Atualmente, a lei de 31 de março de 1877 se acha abrogada. O Código do processo civil promulgado em 1940 incorporou-a em seu texto. Manteve os dois processos já indicados e acrescentou um terceiro. Eis, sumariamente, esse terceiro processo. Os particulares, bem como a administração, podem pedir, mediante recurso de nulidade, uma decisão prévia sobre a competência.

O recurso tem um efeito suspensivo sobre o processo em curso. A Suprema Corte julga com todas as câmaras reunidas.

14 O art. 134, da Constituição de 1948, prevê que a Corte constitucional pode conhecer dos conflitos de atribuição entre os diversos poderes do Estado. Mas deixou intactos os poderes da Suprema Corte em matéria de conflitos de jurisdição. Cf. in Carullo, *La costituzione della Repubblica italiana*, 1950, p. 430 o parecer dos constituintes e também Baschieri, *La costituzione italiana*, 1949, ps. 428-429; Falzone, *La Costituzione* ps. 242-243; Azzarti, *I conflitti d'attribuzione*. *Riv. amm.*, 1948, I, ps. 353-359.

A decisão da Suprema Côrte em matéria de conflitos não tem autoridade da coisa julgada senão no tocante à competência. Não julga interlocutoriamente o litígio, nem quanto à admissibilidade dos requisitos formais, nem quanto ao fundo.

2.^o — A Suprema Côrte julga nos casos de falta de competência absoluta.

A Constituição de 1948 contém um artigo III, assim redigido em sua última alínea: “contra as decisões do Conselho de Estado e do Tribunal de Contas o recurso à Suprema Côrte só é admitido por motivos inerentes à jurisdição”.¹⁵

Trata-se aqui de um excesso de poder jurisdicional. Supõe-se, neste caso, que o juiz se pronunciou a respeito de matéria que escapa à sua jurisdição. Tal excesso de poder não se confunde com o excesso de poder administrativo que diz respeito à legalidade de um ato administrativo.

Essa interferência da Suprema Côrte na atividade do Conselho de Estado suscitou questões muito delicadas.¹⁶

III — OS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Os recursos administrativos contribuem para proteger cidadãos particulares ou pessoas públicas secundárias em suas relações com a administração. São dirigidos à autoridade administrativa ou governamental e sua solução é puramente administrativa ou governamental.

Possuem, no direito italiano, um aspecto particular porque são objeto de uma regulamentação legal explicada pela história das instituições. Tais recursos são: a oposição ou embargo, o recurso hierárquico (a), o recurso extraordinário ao Chefe do Governo (b). Examinaremos, em suas linhas gerais, êsses dois últimos recursos.¹⁷

a) *Que regras regem o recurso hierárquico?*

A lei de 20 de março de 1865, quando aboliu o contencioso administrativo, confiou aos tribunais ordinários a proteção dos direitos subjetivos dos administrados, mas deixou sem proteção jurisdicional o vasto campo de relações de direito público ou de direito político segundo os termos empregados pelo legislador de 1865. Como defesa, oferecia aos interessados o recurso hierárquico. Organizou-o, prevendo um processo

15 Cf. também o art. 48 do decreto de codificação de 26 de junho de 1924 sobre o Conselho de Estado e o art. 362 do Código de processo civil de 1940.

16 Cf. in *Rivista di diritto pubblico*, 1929, I, 181, o estudo conjunto no qual o Primeiro presidente da Suprema Côrte, D'Amelio, e o Presidente do Conselho de Estado, Santi Romano, definiram as relações jurisdicionais da Suprema Côrte e do Conselho de Estado.

Cristofanetti escreveu que a Suprema Côrte “na maioria dos casos em que teve de anular as decisões jurisdicionais do Conselho de Estado chegou a exercer um contrôle que não é aquêle desejado pela lei”. Depois, êle justificou a atitude daquela Côrte. *Consiglio di Stato. Studi in occasione del Centenario*, III, p. 378.

17 Zanobini, op. cit., t. II.

escrito e o parecer de conselhos administrativos. Em 1889 e 1907, a lei estabeleceu e definiu a jurisdição do Conselho de Estado.

Entretanto o recurso hierárquico permaneceu. E' atualmente regido, em geral, pelo artigo 5 do decreto de codificação de 3 de março de 1934, n.º 383, sôbre a administração local.

O recurso hierárquico tem uma grande importância prática. E' a preliminar necessária ao recurso extraordinário ao Chefe do Governo e ao recurso perante o Conselho de Estado, julgando como contencioso. Tais recursos sômente serão aceitos do ponto de vista formal, se o ato impugnado fôr definitivo, isto é, se uma decisão foi tomada sôbre o recurso hierárquico ou se o ato fôr expressa ou implicitamente definitivo desde a sua origem.

O recurso hierárquico supõe o interesse pessoal e direto à anulação ou à modificação da decisão atacada. E' dirigido ao superior hierárquico do autor do ato e, em certos casos, a uma autoridade diferente que não seja um verdadeiro superior hierárquico. Deve ser formulado nos trinta dias a partir da notificação ou do conhecimento do ato, salvo erro desculpável. O recurso é comunicado à parte contrária. Se no prazo de cento e vinte dias após a apresentação do recurso a autoridade apelada não tomar nenhuma decisão, o requerente pode solicitar-lhe que proceda ao julgamento, mediante notificação do seu pedido. Sesenta dias após essa notificação, a ausência de despacho equivale a uma rejeição.

b) *Em que consiste o recurso extraordinário ao Chefe do Governo?*

O rei nas monarquias absolutas, e assim sucedeu no reino da Sardenha, era fonte de justiça. Daí proveio o direito de graça, o direito de anular ou reformar as decisões judiciárias ou administrativas. O Chefe do Estado manteve êsse poder de justiça, mesmo quando as jurisdições exerciam um contrôle sôbre a administração. O recurso extraordinário é uma sobrevivência. Chama-se extraordinário porque é dirigido ao Chefe do Estado que não reveste o caráter de superior hierárquico.

O recurso extraordinário ao Chefe do Estado se caracteriza como recurso administrativo que culmina em uma decisão sôbre a legalidade de atos administrativos definitivos.

Por quê sobreviveu? Por motivos práticos. Pode ser formulado num prazo de cento e oitenta dias, mais longo, portanto, do que o prazo de sessenta dias previsto para o recurso ao Conselho de Estado. Não precisa ser apresentado por um advogado, ao passo que perante o Conselho de Estado a mediação de um advogado admitido para funcionar perante as jurisdições superiores é obrigatória. E', portanto, muito menos oneroso.

O recurso extraordinário ao Chefe do Estado supõe um interesse pessoal e direto. Só é aceitável contra atos definitivos. Só pode ser baseado em meios de pura legalidade. Sua tendência é para a anulação do ato.

Esse recurso pode invocar tanto a violação de direitos subjetivos como a de interesses legítimos. Não exclui o exercício de uma ação perante os tribunais judiciais. Não pode, pelo contrário, ser intentado paralelamente a um recurso perante o Conselho de Estado. Os dois recursos se resumem, com efeito, na crítica a respeito da legalidade de atos administrativos definitivos. A inadmissibilidade de recurso paralelo se baseia também em outro motivo que vai ser exposto.

O ministro, a quem o recurso extraordinário ao Chefe do Governo é apresentado, manda proceder à instrução. Em seguida, o Conselho de Estado, reunindo-se a título consultivo, emite, em assembléia geral, um parecer sobre o recurso. Esse parecer é a verdadeira garantia concedida ao requerente. A intervenção do Conselho de Estado, funcionando como assembléia consultiva, é, aliás, o motivo essencial que exclui o paralelismo do recurso ao Conselho de Estado, quando julga como contencioso. Desejou-se evitar a eventualidade de uma divergência. O parecer do Conselho de Estado não obriga o Chefe do Estado, mas esse último só poderá afastar-se dele, mediante deliberação do Conselho de Ministros. O Chefe do Estado decide por decreto no tocante ao recurso extraordinário. Esse decreto é suscetível de ser atacado perante o Conselho de Estado, decidindo como contencioso, somente por vício de forma.

IV — AS JURISDIÇÕES ADMINISTRATIVAS

As jurisdições administrativas são jurisdições especiais. Sua instituição derroga o princípio fundamental da unidade de jurisdição. Existe uma jurisdição administrativa de caráter geral, o Conselho de Estado. Examiná-lo-emos em primeiro lugar (A). Estudaremos, em seguida, as jurisdições administrativas diferentes do Conselho de Estado (B).

A — O CONSELHO DE ESTADO E SUAS FUNÇÕES DE CONTENCIOSO

O Conselho de Estado, quando foi instituído pelo Édito de 18 de agosto de 1831 assinado pelo rei da Sardenha, Carlos-Alberto, era um conselho político junto à pessoa do rei. Durante o governo constitucional, o seu papel político declinou. A lei de 30 de outubro de 1869 organizou-o de acordo com o modelo francês. O Conselho de Estado teve, de uma parte, atribuições de conselho administrativo e, de outra parte, uma função jurisdicional. Mas a lei de 20 de março de 1865 anexo E aboliu, como é notório, o contencioso administrativo. O Conselho de Estado conservou somente suas atribuições consultivas. Entretanto, a limitação da competência judiciária para a proteção dos direitos subjetivos deixava sem tutela jurisdicional os interesses legítimos do administrado. A lei de 31 de março de 1889 preencheu essa lacuna criando a IV Seção do Conselho de Estado. Viu-se como a lei de 7 de março de 1907, ao especificar que o Conselho de Estado

exerce uma jurisdição e o decreto real de 30 de dezembro de 1923, ao criar a jurisdição exclusiva, completaram o sistema.

O Conselho de Estado é, portanto, atualmente um órgão consultivo e uma jurisdição, ao mesmo tempo. Suas funções se reduzem a um contrôlê sob duplo aspecto, preventivo e repressivo, mas de natureza idêntica e tendendo ao mesmo fim. Em uma e outra de suas atividades, o Conselho de Estado deve gozar da mesma autoridade, da mesma independência, da mesma competência técnica. Considerado sob o aspecto jurisdicional, o contrôlê do Conselho de Estado é o melhor regulador da ação governamental. Por seu caráter jurisdicional e embora pertença ao executivo, êle põe em prática o princípio da separação dos poderes, constituindo êle próprio um elemento essencial do Estado de direito. Constitui uma das garantias dos particulares contra os atos dos poderes públicos. Combina-se com dois outros contrôlêes, o do Parlamento e o dos tribunais ordinários.¹⁸

Examinaremos as atribuições jurisdicionais do Conselho de Estado, considerando, de uma parte, a jurisdição do Conselho de Estado em seu aspecto geral, e por outra parte, o papel do Conselho de Estado como juiz do excesso de poder.

a) *Da jurisdição do Conselho de Estado em geral.*

O Conselho de Estado italiano se compõe de um presidente e, de presidentes de secção, de conselheiros e de referendários. E' dividido atualmente em seis secções, das quais três possuem atribuições contenciosas (IV, V e VI). As secções contenciosas podem reunir-se em plenário sob a presidência do presidente do Conselho de Estado.¹⁹

A jurisdição do Conselho de Estado se apresenta sob um tríplice aspecto:

- 1) A jurisdição de legitimidade que reveste um caráter geral;
- 2) A jurisdição "*di merito*" em virtude de uma competência de atribuição;
- 3) A jurisdição exclusiva para as matérias expressamente enumeradas pela lei.

Estudaremos sucessivamente essas três formas de jurisdição e, com muita brevidade:

- 4) o processo perante o Conselho de Estado.

1 — *A jurisdição de legitimidade.*

A competência do Conselho de Estado sôbre a legitimidade é geral. Sua jurisdição protege os interesses legítimos dos particulares contra

18 Sôbre a unidade do Conselho de Estado, cf. Santi Romano, presidente do Conselho de Estado in *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato. Studi in occasione del Centenario*, 1932, I, p. 26; Ferdinando Rocco, presidente do Conselho de Estado in *Il consiglio di Stato nel nuovo ordinamento costituzionale. Rassegna di diritto pubblico*, 1947, p. 58.

19 Os conselheiros de Estado são nomeados, metade livremente, metade entre os referendários. Os referendários são recrutados mediante concurso entre os funcionários públicos que hajam atingido pelo menos a oitava classe e sejam portadores da "laurea" de direito.

os atos da administração. E' paralela à competência geral dos tribunais de direito comum que possuem a tutela dos direitos subjetivos dos particulares em relação com a administração.

Os poderes do Conselho de Estado como juiz da legitimidade se limitam à anulação. Sabe-se que, paralelamente, os tribunais judiciais só podem declarar a ilegalidade e condenar por perdas e danos.²⁰

1.^o — Qual é o objeto da jurisdição de legitimidade?

2.^o — Quais podem ser as razões do recurso?

3.^o — Quais são os interesses protegidos?

4.^o — Quais são as relações do Conselho de Estado com as outras jurisdições?

1.^o — *Qual é o objeto da jurisdição de legitimidade?* — O recurso é dirigido contra os atos que emanam de autoridades administrativas ou de assembléias deliberativas de caráter administrativo. São, portanto, excluídos por motivos formais os atos do poder legislativo ou da autoridade judiciária, mesmo se o seu conteúdo fôr administrativo. São também excluídos os atos que interessam aos aspectos constitucionais do Estado e por conseguinte à própria vida do Estado em sua unidade ou aos atos que têm sua causa na direção suprema dos interesses do Estado. A idéia precípua é a da tutela e da satisfação dos interesses supremos no interior e no exterior do Estado considerado em sua unidade.²¹ Para todos os outros atos a proteção jurisdiccional dos interesses legítimos pelo Conselho de Estado é geral. O artigo 113 da Constituição de 1948 é muito amplo. Aboliu os limites que algumas leis haviam instituído, ao subtrair certas categorias de atos ao controle jurisdiccional.

Se a administração não manifestou sua vontade expressamente, o recurso não é excluído. E' a questão clássica do silêncio da administração e do recurso jurisdiccional. Sob certas condições, o silêncio equivale a uma ato negativo suscetível de ser atacado por meio de recursos jurisdicionais. E' uma *fictio juris*. A primeira decisão que atribuiu uma eficácia jurídica à atitude passiva da administração foi tomada pela IV Secção do Conselho de Estado, em 21 de março de 1894. O silêncio equivale à recusa, quando se pode deduzir do comportamento da administração, nos casos onde ela se vê obrigada, a vontade inequívoca de recusar a medida pleiteada. Para dirimir a dúvida, costu-

20 O art. 103 da Constituição de 1948 dispõe que o Conselho de Estado deve possuir uma jurisdição para a tutela dos interesses legítimos em suas relações com a administração. O art. 26, alínea I, do decreto de codificação de 26 de junho de 1924 é essencial: "Compete ao Conselho de Estado, quando funciona em caráter contencioso, julgar sobre os recursos de incompetência, excesso de poder ou violação da lei contra os atos ou medidas de uma autoridade administrativa ou de uma assembléia administrativa, que afetem um interesse de indivíduos ou de pessoas morais, contanto que tais recursos não sejam da competência da autoridade judiciária e que não se trate de matéria pertinente à jurisdição ou às atribuições contenciosas de órgãos ou colégios especiais".

21 *Consiglio di Stato*, Sez. V, 22 ottobre 1948. *Rivista amm.*, 1949, p. 351. Suprema Corte italiana, 3 de maio de 1949, *Foro Ital. Rep. gen. annuale*, 1949, p. 171.

ma-se notificar a administração de que deve dar uma resposta dentro de um certo prazo.

2.^o — *Quais podem ser as razões do recurso?* — A incompetência, o excesso de poder e a violação da lei. O excesso de poder será estudado à parte.

A incompetência supõe a definição da competência. A competência é o poder que pertence a um órgão em virtude da lei. Objetivamente êsse poder tem um conteúdo e deve ter limites. O conteúdo é a tarefa a que deve satisfazer. Os limites circunscrevem o domínio da função e limitam o poder de ação. Além desses limites, o poder expira. Para determinar a competência é preciso identificar o conteúdo da função. A incompetência é, portanto, inerente a um poder. E' um vício do poder ou do órgão em sua capacidade objetiva ou subjetiva. Ela não diz respeito ao uso do poder. O vício da causa, da vontade, do exercício do poder é o excesso de poder, não a incompetência.²²

A violação da lei diz respeito ou à forma e ao processamento constitutivo do ato ou ao seu conteúdo. Compreende, em geral, toda espécie de ilegalidade que não se confunde nem com a incompetência, nem com o excesso de poder.

3.^o — *Qual é o interesse protegido?* — A categoria jurídica dos interesses legítimos tem hoje um valor constitucional (art. 13 da Constituição de 1948). Ela concerne "aos interesses de indivíduos ou de pessoas jurídicas" (art. 26 do decreto de codificação de 26 de junho de 1924). Os interesses legítimos protegidos pelo Conselho de Estado são paralelos aos direitos subjetivos protegidos pelos tribunais ordinários.

A noção dos interesses legítimos é, juntamente com a dos direitos subjetivos, um dos fundamentos do contrôle jurisdicional da administração na Itália. Ela é capital.

Os interesses legítimos como os direitos subjetivos são próprios de pessoas determinadas, mas diversamente dos direitos subjetivos, êles não são protegidos pela lei por si mesmos e diretamente, mas só ocasional e indiretamente, através da tutela de um interesse geral ao qual se achem praticamente ligados. As regras de competência, de processo, e também aquelas que concernem à forma, ao conteúdo do ato administrativo, ao objetivo da ação administrativa são estabelecidas para a proteção do interesse público. Em princípio, os particulares não podem formular um recurso para que as mesmas sejam observadas.

Mas entre êsses particulares, alguns há aos quais o ato administrativo pode especialmente se referir. O ato exerce sobre êle um efeito favorável ou desfavorável do ponto de vista de seus interesses. Tais interesses são visados pelo art. 26 do decreto codificado de 26 de junho de 1924 sobre o Conselho de Estado. São protegidos pelo recurso perante o Conselho de Estado contra as irregularidades do ato, o desconhecimento das regras de fundo e forma estabelecidas no interesse geral. Os vícios que o afetam são razões que os particulares fazem valer.

22 Cf. *Il Consiglio di Stato nel Sessennio 1941-1946*, Roma, 1949, p. 4.

O interesse protegido diz-se direto para distingui-lo do interesse que cada cidadão pode ter na marcha regular dos serviços públicos.²³ Tal é a doutrina clássica.

Guicciardi, professor na Universidade de Pádua, construindo uma doutrina nova, estabeleceu uma distinção fundamental entre as regras administrativas de relação e de ação.²⁴ As primeiras traçam a linha de demarcação entre a esfera jurídica da administração e a dos particulares; as segundas regulamentam a atividade que a administração pode exercer em sua esfera jurídica. As regras de relação impõem à administração uma obrigação jurídica e conferem ao particular um direito subjetivo. As regras de ação constituem, na alçada da administração, uma obrigação jurídica, mas não conferem nenhum direito em benefício dos particulares. As regras de ação não possuem nenhuma significação jurídica para os particulares porque elas são exercidas numa esfera propriamente administrativa. Com referência às regras de ação, os interesses materiais são de puro fato. Mas quando os particulares justificam interesses suscetíveis de serem determinados a lei lhes permite um recurso contra os atos intervindos na esfera das regras de ação e que são acoimados de vício. O requerente, ao contrário daquele que se prevalece da violação de um direito subjetivo, não faz valer um interesse jurídico próprio. Põe em causa o interesse público. O interesse legítimo não é um grau intermediário entre o direito subjetivo e o interesse simples. É um interesse do ponto de vista material, mas apenas de puro fato. Somente assume valor jurídico sobre o terreno do processo.

Essa doutrina original de Guicciardi foi criticada.²⁵

4.º — *Quais são as relações do Conselho de Estado com as outras jurisdições?* — A questão é ao mesmo tempo tão vasta e complexa que excede o quadro do presente estudo: limitar-nos-emos a algumas observações.

Indicaremos, preliminarmente, uma solução interessante do direito italiano para a regulamentação das questões interlocutórias. A lei (artigo 28 do decreto de codificação de 26 de junho de 1924) dispôs que o Conselho de Estado, nas matérias em que não possui competência exclusiva, está autorizado a estatuir sobre as questões interlocutórias e incidentes, relativas ao direito cuja solução é necessária ao julgamento da questão principal que é de sua competência. Sobre essas questões interlocutórias e incidentes, a autoridade da coisa julgada fica limitada à questão principal focalizada na espécie. A competência do Conselho de Estado não se estende, todavia, nessa hipótese, ao estado e à capacidade das pessoas nem ao incidente de falsidade, assunto da alçada da autoridade judiciária.

23 Zanobini, op. cit., p. 147.

24 Guicciardi, op. cit. *La giustizia amministrativa*, ps. 31-35.

25 Amorth, *Una nuova sistematica della giustizia amministrativa*. *Rivista di diritto pubblico*, 1943, not. p. 76.

Limitar-nos-emos, além, disso, a lembrar a dificuldade das distribuições de competência, a definição delicada dos direitos subjetivos e dos interesses legítimos, a necessidade de uma *causa petendi* e de um *petitum* que se completam. Tôdas essas controvérsias marcam a complexidade dos problemas que a distinção fundamental de direitos subjetivos e interesses legítimos tornou bastante numerosos.

Para finalizarmos a respeito do contrôlle de legitimidade, é essencial observar que tal contrôlle redundou na rejeição do recurso ou na anulação do ato. O contrôlle de legitimidade supõe da parte do requerente conclusões para fins de anulação. O Conselho de Estado sòmente pode anular o ato administrativo criticado.

2. — A jurisdição “*di merito*”.

O contrôlle jurisdicional “*in merito*” (oportunidade) se distingue do contrôlle jurisdicional de legitimidade pelas características seguintes:

A jurisdição “*di merito*” é de atribuição. Supõe um texto legislativo expresso. Ao contrário, a competência de legitimidade é geral.

O Conselho de Estado statuindo “*in merito*” pode anular, modificar, reformar total ou parcialmente o ato administrativo. O Conselho de Estado statuindo como juiz da legitimidade pode sòmente anular.

O Conselho de Estado statuindo “*in merito*” se pronuncia não sòmente sôbre a legitimidade, mas sôbre a oportunidade da medida criticada. Nesse caso, êle conhece de fato e de direito. O Conselho de Estado statuindo sôbre a legitimidade conhece sòmente de direito, se bem que, no caso de excesso de poder, onde êle verifica a materialidade dos fatos, fique situado no limite da jurisdição “*di merito*”.

O art. 27 do decreto de codificação de 26 de junho de 1924 enumera dezesseis matérias nas quais o Conselho de Estado tem uma jurisdição “*di merito*”.

Citaremos principalmente: as recusas de autorização de recorrer à justiça opostas pela autoridade de tutela às pessoas morais públicas e as decisões das juntas provinciais administrativas statuindo, em primeira instância, como jurisdições “*di merito*”.

Já nos referimos a um processo que tende a assegurar o respeito da coisa julgada, por parte da administração. Isso requer alguns esclarecimentos. A lei prevê um recurso “*di merito*” perante o Conselho de Estado para obter a execução da obrigação que tem a administração de conformar-se com o julgamento do tribunal judiciário, que estatuiu sôbre a lesão de um direito subjetivo por parte da administração e declarou nesse julgamento a ilegalidade de um ato administrativo. A competência do Conselho de Estado não se estende à execução pròpriamente dita dos julgamentos de condenações. Uma jurisprudência extensiva admitiu que êsse recurso seria suscetível de estender-se à não execução das decisões da jurisdição administrativa quando a atitude da administração não estivesse de acôrdo com a coisa julgada pelo tribunal administrativo.

Advertiremos que o Conselho de Estado como juiz "*di merito*" não pode, da mesma forma que o Conselho de Estado como juiz de legitimidade, condenar a administração por perdas e danos. Sòmente a autoridade judiciária tem êsse poder.

3. — *A jurisdição exclusiva do Conselho de Estado.*

A jurisdição exclusiva foi instituída pelo decreto real de 30 de dezembro de 1923, n.º 2.849, incorporado no art. 29, do decreto de codificação de 26 de junho de 1924.

A jurisdição exclusiva, e êsse aspecto é muito importante, derroga o princípio fundamental do direito italiano, a atribuição da competência sòbre os direitos subjetivos aos tribunais judiciários e sòbre os interesses à jurisdição administrativa.

A lei dispõe que nas matérias conferidas à jurisdição exclusiva do Conselho de Estado, o Conselho conhece também de tôdas as questões relativas aos direitos. O adjetivo exclusivo significa que, por exceção à regra essencial, o Conselho de Estado tem competência sòbre os direitos subjetivos.

Essa jurisdição é o resultado final de longos e minuciosos trabalhos. Diz respeito a matéria para as quais a experiência havia demonstrado que o magistrado administrativo era mais apto a julgar e onde um retalhamento excessivo de competências entre jurisdições diferentes paralisava a execução de leis importantes.

A competência e os poderes do Conselho de Estado estatuinto como jurisdição exclusiva são amplos. O Conselho se pronuncia sòbre os direitos subjetivos e sòbre os interesses, pode anular e, às vèzes, reformar. Mas a sua competência e os seus poderes têm limites. Não pode condenar por perdas e danos. Sua competência não se estende aos direitos patrimoniais na medida em que êles não sejam a consequência de uma decisão anterior do Conselho de Estado. Não se aplica nem ao estado das pessoas, nem ao incidente de falsidade, nem à capacidade, exceto aquela de recorrer à justiça.

Sumariamente indicadas, são as seguintes as matérias que entram na jurisdição exclusiva do Conselho de Estado: em primeiro lugar e, principalmente, o estatuto dos funcionários; depois, os atos relativos à fundação e ao estatuto das instituições públicas de beneficência ou de educação e das indústrias insalubres; e, finalmente, as decisões das juntas provinciais administrativas estatuinto como juiz exclusivo.

4. — *O processo perante o Conselho de Estado.*

Limitar-nos-emos a generalidade sòbre a admissibilidade do recurso, sòbre o processo propriamente dito e sòbre a decisão.

1.º — As condições de admissibilidade são umas subjetivas, outras objetivas. O requerente pode ser quem quer que tenha interesse em formular o recurso. Deve valer-se da mediação de um advogado inscrito no quadro dos advogados admitidos a pleitear perante a Suprema Côrte e os Tribunais Superiores. A assistência judiciária está prevista. As duas condições objetivas essenciais concernem ao caráter

definitivo do ato impugnado e ao prazo. O ato denunciado ao Conselho de Estado deve ser definitivo. O legislador quis que a administração, ao estatuir previamente pela via hierárquica, seja completamente esclarecida antes de ficar exposta a uma sentença de anulação. Outra condição objetiva: o prazo, que é de sessenta dias a contar da notificação ou da publicação do ato.

2.^o — O processo propriamente dito consiste essencialmente: na interposição do recurso; na troca de depoimentos e razões entre as partes; na leitura do relatório e na defesa da causa durante a sessão do tribunal; e na deliberação do Conselho reunido em sessão plenária.²⁶ Pode-se caracterizar êsse processo como escrito e dirigido pelo juiz. Entretanto, a posição do requerente para com a administração não é cercada das garantias que poderiam oferecer as exigências técnicas de um processo perfeito.

3.^o — A decisão do Conselho de Estado se reveste da autoridade da coisa julgada. Se a administração deixa de pô-la em execução, a falta de execução é fácil de sancionar quando se trata de uma pessoa pública sujeita a uma autoridade de tutela. A solução é muito mais difícil quando se está em presença de uma autoridade governamental. Os princípios gerais não permitiam pôr em jôgo a responsabilidade pessoal dos governantes ou dos altos funcionários colocados sob as suas ordens. A êsse respeito, o art. 28 da Constituição de 1948 trouxe uma inovação. Não se devem perder de vista as regras gerais sôbre a responsabilidade do Estado.

No conjunto, a solução é flutuante.

Contra a decisão do Conselho de Estado podem ser intentados: o recurso de revista perante o próprio Conselho de Estado e, como já se viu, o recurso de nulidade (embargo de nulidade) perante a Suprema Côrte.

b) *O excesso de poder.*

O excesso de poder entra no contrôle jurisdicional de legitimidade exercido pelo Conselho de Estado. Mas sua importância justifica um desenvolvimento especial. E' uma categoria jurídica de origem francesa. Sabe-se como nasceu da jurisprudência do Conselho de Estado francês. O Conselho de Estado italiano acolheu os princípios que, dois anos antes da renascença da jurisdição administrativa italiana (1889), Edouard Laferrière havia formulado em seu *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (1.^a edição, 1887).

Propomo-nos aqui bosquejar um relato sumário das doutrinas italianas sôbre o excesso de poder administrativo e um resumo, de valor muito relativo, da jurisprudência do Conselho de Estado italiano.

26 Cumpre notar que não existem comissários ou representantes do governo como em França. Deve-se assinalar, por outro lado, que na Itália existe uma instituição que não encontra seu equivalente em França: *l'avvocatura dello Stato*. O Estado é representado perante tôdas as jurisdições, tanto judiciárias como administrativas, pelos advogados do Estado, que possuem a qualidade de funcionários e constituem um corpo.

1. *As doutrinas.* — Orlando não dá uma definição do excesso de poder. Limita-o ao desvio de poder, porque a usurpação de poder se inclui, segundo êle, na violação da lei. O desvio de poder “é uma violação da lei suscetível de autorizar uma investigação acêrca dos motivos determinantes do ato discricionário da autoridade pública”.²⁷ Forti insiste sôbre o disfarce dos fatos, assinalando nisso “um desenvolvimento irregular do *processus* de vontade, do qual nasce o ato administrativo”.²⁸ Cammeo enuncia que o vício de excesso de poder pode formular-se como vício de ausência de causa do ato administrativo.²⁹ Segundo Ranelletti “todo vício nos motivos determinantes do ato administrativo, isto é, nas condições ou situações de fato e de direito, cuja existência é a preliminar que determina a vontade no ato administrativo, constitui um excesso de poder”.³⁰ E, segundo Borsi, o excesso de poder é um vício da causa do ato administrativo, isto é, um desvio da finalidade que lhe foi atribuída pela lei e cujo efeito é desnaturá-lo.³¹

Indicaremos agora com maiores detalhes duas doutrinas, uma de Resta e outra mais recente, de Benvenuti.

Resta admite uma concepção unitária do excesso de poder. Segundo êle, é sempre um vício da causa do ato administrativo. Quando se confronta a noção do excesso de poder elaborada pela doutrina e pela jurisprudência com a noção de causa e a das preliminares gerais e preliminares especiais do ato administrativo, pode-se chegar à concepção unitária do vício de excesso de poder, tão discutido e impreciso. A causa não é senão o fim para o qual tende a administração, objetivado e concretizado num caso de espécie. A preliminar geral é o objetivo geral da administração. As preliminares particulares constituem o conjunto dos móveis objetivos e subjetivos que tendem a concretizar o objetivo geral. Da noção de excesso de poder aprofundada pelo método dedutivo, resulta que a mesma diz respeito, em última análise, às finalidades. A investigação acêrca das finalidades do ato administrativo com relação ao interêsse público não foi permitida pelo legislador senão por meio do excesso de poder.³²

Muito recentemente, Benvenuti,³³ após haver criticado as opiniões doutrinárias segundo as quais se trata, no excesso de poder, de um vício num elemento do ato, vício da causa, vício da vontade, vício do conteúdo, sustentou que o excesso de poder se manifesta não sô-

27 Orlando, *in Primo trattato completo di diritto amministrativo*, 1897.

28 Forti, *La rievocazione nei ricorsi amministrativi*. Giur. Ital., 1908, col. 267, nota 88.

29 Cammeo, *La violazione delle circolari come eccesso di potere*. Giur. Ital., 1912. III, 107.

30 Ranelletti, *La giurisdizione amministrativa*, Napoli, 1924, p. 44.

31 Borsi, *La giustizia amministrativa*, op. cit., p. 42.

32 Resta, *La natura giuridica dell'eccesso di potere*. Studi Cammeo, Padova, 1933, II, p. 385.

33 Benvenuti, *Eccesso di potere per vizio della funzione*. Rassegna di diritto pubblico, 1950, p. 1.

mente no caso de desvio da atividade com relação às normas que regulam, nos seus elementos, o ato pelo qual ela pretende se exercer (excesso de poder por vício intrínseco), mas ainda no caso de qualquer desvio dessa atividade quanto às normas da função juridicamente regulada, no seio da qual ela deve exercer-se (excesso de poder por vício extrínseco). Benvenuti definiu como se deviam determinar as regras cuja violação cria vícios, que acarretam a anulação do ato. O direito administrativo fixou os princípios fundamentais que determinam as características jurídicas essenciais da função administrativa. Considerando tais princípios é que o juiz deduzirá os seus motivos de decisão. Apreciará se o ato está conforme a um exercício correto da função administrativa. As normas a serem levadas em conta correspondem, em seu conjunto, à organização jurídica administrativa, à configuração jurídica do Estado, ao Estado de direito, à Constituição. Da própria natureza das normas não observadas e de suas relações com o ato viciado decorre a solução do problema ulterior, que consiste em pesquisar a norma em cuja violação o juiz se baseará para anular o ato. Benvenuti atribui a força do juiz, na extensão do excesso de poder, ao fato de êle não ter sido obrigado a limitar-se aos vícios intrínsecos, mas ao de ter podido aplicar o seu contrôle ao imenso domínio dos vícios extrínsecos.

Tais são interpretações doutrinárias escolhidas a título de exemplo, porque a bibliografia do assunto é muito vasta.

2. *A jurisprudência do Conselho de Estado.* — O Conselho de Estado analisa as diversas formas do excesso de poder como se reduzindo a um vício da causa ou da vontade no ato administrativo.

1.º — Há excesso de poder na deturpação dos fatos, quando a medida foi tomada com base na prévia existência ou inexistência de fatos, que se demonstrou serem inexistentes ou existentes. A medida, nesse caso, é fundada em fatos que não correspondem à verdade. O ato discricionário, por ser ilegal e porque deva ser anulado, cai sob o alcance do contrôle jurisdicional. Por exemplo, um secretário de administração municipal é demitido por falta de senso moral, ao passo que os fatos incriminados constituem apenas erros de previsão ou negligências (Conselho de Estado, V Secção, 23 de julho de 1946, n.º 237). Numa decisão de 9 de maio de 1945, n.º 81, a IV Secção do Conselho de Estado adotou uma fórmula muito nítida: “Por mais ampla que possa parecer a esfera da apreciação técnica da opinião do administrador, é necessário que ela seja fundada em elementos certos, seguros e inequívocos. O discricionário deve exercer-se na apreciação dos fatos, mas não pode influir na sua existência concreta que, estabelecida como uma realidade objetiva, não pode ser alterada ou deturpada”.

2.º — Há desvio de poder quando um ato administrativo é tomado num sentido diferente daquele que foi impôsto ou admitido pela lei. A administração tem o poder discricionário de escolher entre dois ou vários processos que permitam afastar o funcionário do serviço e de adotar aquêle que estiver de acôrdo com o objetivo proposto. Mas ela

não pode exercer indiferentemente o poder conferido por um desses processos, de preferência ao poder conferido por outros, quando os fatos trazidos para a decisão forem especialmente previstos por um processo e quando modalidades especiais forem estabelecidas para a defesa dos interesses, seja de particulares, seja da administração (IV Secção, 21 de junho de 1946, n.º 194).

3.º — O excesso de poder nasce da contradição da medida com decisões precedentes ou contemporâneas. Há nesse caso uma afinidade com o desvio de poder. Aprecia-se a divergência das direções de vontade. Por exemplo, em casos idênticos, uma autorização de construir é concedida a um e recusada a outrem. A jurisprudência chegou ao ponto de censurar a recusa, a um funcionário, de um salário ao qual ele não tinha direito, porque esse salário fôra concedido a outro funcionário que se encontrava em condições idênticas (V Secção, 4 de junho de 1943, n.º 273).

4.º — O excesso de poder reside na ausência de um liame lógico entre os motivos e o dispositivo de uma decisão administrativa. A V Secção (12 de abril de 1946, n.º 124) considerou viciosa uma decisão que confiava a outro funcionário a execução de um serviço, ao passo que se poderia atingir o mesmo objetivo, isto é, o bom funcionamento no interesse geral, sem eliminar o antigo titular. A inobservância de circulares se inclui nessa categoria. As circulares não são leis no sentido material, mas a administração ao expedir-las indica as soluções que lhe parecem as mais oportunas. Quando a administração disso se afasta nasce uma contradição que, se não fôr justificada é acimada de excesso de poder.

5.º — O excesso de poder pode consistir na injustiça manifesta da medida. A questão é muito delicada. E' nesse domínio que alguns autores insistiram sobre o caráter pretoriano da jurisprudência e falaram de jurisdição de equidade.³⁴

Esses desenvolvimentos jurisprudenciais conduzem à jurisdição de legitimidade ao limite de jurisdição "*di merito*". Mas, segundo uma tradição constante, o Conselho de Estado italiano prudentemente observou a distinção das duas jurisdições. Recusou-se a utilizar o excesso de poder para chegar a apreciar, por esse preconceito, a oportunidade.³⁵

34 Cf. Pappalardo, *Studi in occasione del centenario*, op. cit. Esse autor, que é membro do Conselho de Estado, demonstrou que não havia no excesso de poder uma jurisdição de equidade. Após um estudo minucioso da jurisprudência, ele atribui um papel essencial ao conceito de causa e de vontade no ato administrativo para a análise jurídica do excesso de poder. Os diversos aspectos do excesso de poder são nada mais que as manifestações do vício interno do ato suscetível de ser diagnosticado pelo método dos indícios e sintomas.

35 Discurso de instalação do Presidente do Conselho de Estado, em 8 de fevereiro de 1951, *Riv. amm.*, 1951, p. 73.

B — AS JURISDIÇÕES ADMINISTRATIVAS DIFERENTES
DO CONSELHO DE ESTADO

As jurisdições administrativas diversas do Conselho de Estado têm um traço comum: são jurisdições de atribuição. A lei fixa sua competência por uma enumeração de matérias que é limitativa.

Estudaremos sumariamente as juntas provinciais administrativas, o Tribunal de Contas, os Conselhos de prefeitura, as jurisdições tributárias e os tribunais das águas públicas.

a) *As juntas provinciais administrativas.*

A junta provincial administrativa é um organismo local de controle que exerce simultaneamente uma função jurisdicional.

Na organização administrativa de 1865, o Prefeito, assessorado por conselheiros de prefeitura, exercia a tutela das administrações provinciais, ao passo que a deputação provincial, órgão da província presidido pelo Prefeito, abrangia na sua competência a tutela dos municípios e das obras pias. Para remediar essa dualidade, a lei de 30 de dezembro de 1888, sobre a reforma comunal e provincial, instituiu a junta provincial administrativa. Nessa época, estava-se em pleno debate a respeito da jurisdição administrativa. Esta última era inexistente no âmbito local. Uma lei de 1.º de maio de 1890, que possui um laço de conexão com a lei de 31 de março de 1889 sobre o Conselho de Estado, atribuiu à junta provincial administrativa um papel jurisdicional. Aí está como a junta provincial administrativa chegou a ser ao mesmo tempo um órgão de controle sobre a legitimidade e a oportunidade das deliberações de todas as pessoas públicas locais e uma jurisdição administrativa local.³⁶

Quando julga em caráter de contencioso, a junta é presidida pelo Prefeito. Compõe-se de dois conselheiros de prefeitura e de dois administradores ou técnicos eleitos pelo Conselho provincial. É uma jurisdição de atribuição. Suas decisões podem ser passíveis de apelação perante o Conselho de Estado. Restrita em matéria de legitimidade, a sua competência é mais ampla como jurisdição "*di merito*". Os próprios atos para os quais ela exerce sua tutela administrativa são sujeitos ao seu controle jurisdicional. Trata-se da execução de trabalhos provinciais ou comunais, de decisões locais sobre a segurança pública, a edilidade, a polícia, a higiene. Cumpre assinalar que a junta acabou por atribuir-se um domínio de jurisdição exclusiva. O processo é do mesmo tipo que o utilizado perante o Conselho de Estado.

A instituição da junta provincial administrativa está sujeita a críticas. Ela é, com efeito, presidida pelo Prefeito e composta de uma maioria de funcionários que não oferecem as garantias de independência necessárias aos juizes. O seu campo de atividade é, aliás, muito restrito.

³⁶ Textos. Decreto de codificação de 26 de junho de 1924, n.º 1.058, alterado pela lei de 8 de fevereiro de 1925, n.º 88. Regulamento de processo, de 17 de agosto de 1907, n.º 643.

b) *O Tribunal de Contas.*

O Tribunal de Contas exerce um contrôlê preventivo de legitimidade sôbre os atos do govêrno e um contrôlê *a posteriori* sôbre a gestão do orçamento do Estado. Possui também atribuições jurisdicionais (Constituição de 1948, art. 100).³⁷

As origens do Tribunal de Contas são muito antigas. Houve um Tribunal de Contas na maioria dos Estados italianos. No Piemonte, a origem da Câmara de Contas remontava ao século XIV. A lei de 14 de agosto de 1862, que instituiu um Tribunal de Contas do novo reino, unificou os Tribunais ou Câmaras de Contas cujo passado era remoto.

A função jurisdicional do Tribunal é exercida por várias secções. O Procurador-Geral representa o ministério público e, na maioria dos litígios, os interesses patrimoniais do Estado.

A jurisdição do Tribunal é exclusiva, por isso que ela conhece tanto dos direitos subjetivos como dos interesses legítimos nas matérias que, por lei, lhe são atribuídas. E' completa, por isso que tanto conhece do fato como do direito. Reveste um caráter de contrôlê, por isso que não se acha obrigada, nem pelas decisões anteriores da administração nem pelas conclusões e razões das partes interessadas.

A competência do Tribunal diz respeito: às contas de qualquer pessoa que manipule os dinheiros do Estado ou das administrações públicas enumeradas pela lei; à responsabilidade por danos causados ao Tesouro pelos funcionários públicos no exercício de suas funções; ao reembolso de quotas incobráveis em matéria de impostos diretos; às pensões dos funcionários do Estado ou das repartições públicas visadas pela lei.

O Tribunal de Contas é juiz de apelação dos Conselhos de prefeitura.

Os recursos contra as decisões do Tribunal são: o recurso de revista perante a secção do Tribunal que emitiu julgamento; a apelação perante as Secções reunidas do Tribunal; o embargo de nulidade por excesso de poder jurisdicional perante a Suprema Côrte, em sessão plenária. Na realidade, a interferência da Suprema Côrte tem sido muito limitada.³⁸

c) *Os Conselhos de prefeitura.*

Os Conselhos de prefeitura, sob êsse mesmo nome, tiveram, no período napoleônico, atribuições idênticas às que possuíam tais Conselhos em França. No reino da Sardenha, durante o govêrno constitucional e com a apelação de Conselhos governamentais, êles constituíram os tribunais ordinários do contencioso administrativo (lei de 20 de outubro de 1859). Sua competência dizia respeito essencialmente às obras públicas e aos impostos diretos. A lei de 20 de março de 1865, ao abolir o contencioso administrativo, privou-os de suas principais

37 Texto. Decreto de codificação de 12 de julho de 1934, n.º 1.214.

38 Relatório conjunto do primeiro presidente da Suprema Côrte, D'Amelio e do presidente do Tribunal de Contas, Gasperini. *Rivista di diritto pubblico*, 1930, I, 242.

atribuições. Os Conselhos de prefeitura atuais possuem uma jurisdição limitada à responsabilidade pecuniária dos agentes e dos administradores das pessoas públicas locais. Em grau de apelação, são dependentes do Tribunal de Contas.³⁹

d) As jurisdições tributárias.

A lei de 20 de março de 1865, anexo E, atribui competência de primeira instância aos tribunais distritais e, de segunda instância, aos Tribunais de Apelação para conhecer das contestações relativas aos impostos diretos e indiretos.

Mas essa competência comporta certos limites. Para a avaliação das rendas e para os critérios discricionários de tributação, achamos em presença não de direitos subjetivos, mas de interesses. Ora, a autoridade judiciária não pode conhecer senão de direitos subjetivos. Foram, portanto, criadas comissões tributárias que julgam em legitimidade e "*in merito*" a respeito da avaliação das rendas e da tributação considerada em seus critérios discricionários. Da mesma forma que os tribunais judiciais, elas podem apreciar os direitos subjetivos que poderiam ser invocados no decorrer do litígio. No que concerne aos interesses legítimos, não cabe recurso contra as suas decisões, salvo perante uma comissão tributária de instância superior. No tocante aos direitos subjetivos, os agravos contra as suas decisões são formulados perante os tribunais judiciais. Notar-se-á que para os impostos diretos as comissões tributárias se escalonam em três instâncias: distrital, provincial e central.

e) Os tribunais das águas públicas.

Os litígios concernentes às águas públicas eram outrora distribuídos entre os tribunais de direito comum e a jurisdição administrativa, conforme se tratasse de direitos subjetivos ou de interesses.

A importância da hulha branca na economia italiana e o caráter essencialmente técnico dos problemas de hidráulica conduziram a que se cogitasse da instituição de jurisdições especiais, onde, ao lado de magistrados, se reunissem técnicos escolhidos nos serviços públicos.

O decreto real de 20 de novembro de 1916 realizou a reforma. O texto inicial havia instituído um só tribunal central. Em 1919, foram criados tribunais regionais ou territoriais, e, para fins de apelação, um tribunal superior.

Essa organização foi mantida.⁴⁰ Os tribunais regionais criados na sede de oito côrtes de apelação, se compõe de magistrados da Côte de Apelação e de funcionários da engenharia civil.

O tribunal superior, sediado em Roma, compreende magistrados da Suprema Côte, do Conselho de Estado e técnicos.

³⁹ Lei comunal e provincial. Decreto de codificação de 3 de março de 1934, n.º 383, art. 260 e 310.

⁴⁰ Decreto de codificação de 11 de dezembro de 1933, n.º 1.775 das Leis relativas às águas e às instalações elétricas. Título IV. Contencioso, artigos 138 e seguintes.

Houve controvérsia sobre a questão de saber se êsses tribunais são jurisdições especiais. Certeza somente há quanto ao tribunal superior.

A competência dos tribunais territoriais das águas públicas diz respeito: aos litígios sobre a dominialidade das águas; aos limites dos cursos d'água e bacias, dos leitos e margens; à derivação e à utilização das águas públicas; à ocupação dos bens de raiz e à reparação dos danos causados por obras públicas hidráulicas.

O Tribunal superior das águas públicas tem uma jurisdição de legitimidade e, com apoio num texto legal, uma jurisdição "*di merito*". Quanto à legitimidade, tôdas as decisões administrativas relativas às águas públicas são criticáveis perante êsse tribunal. A lei enumera os casos em que êle decide "*in merito*".

Como os tribunais ordinários, os tribunais regionais somente podem pronunciar-se sobre a legitimidade dos atos administrativos e eventualmente condenar por perdas e danos. Não podem anular. O Tribunal superior, pelo contrário, tem o poder de anulação e, quando é juiz "*di merito*", o de reforma.

A Suprema Côrte exerce o seu contrôle sobre o Tribunal superior por via de recurso contra excesso de poder no sentido jurisdicional.

OBSERVAÇÕES FINAIS

Desejariamos terminar o presente estudo de informação, com duas ordens de observações, uma sobre a reforma do atual sistema de contrôle jurisdicional, e a outra de caráter geral.

Vimos como os trabalhos preparatórios da Constituição levaram os constituintes e os mestres do Direito a se pronunciarem sobre os méritos ou as lacunas do contrôle jurisdicional da administração na Itália. O Conselho de Estado emitiu um parecer. Considerações ao mesmo tempo densas e muito precisas o precedem. Por sua qualidade, vale a pena serem analisadas. Emanam da Alta Assembléia italiana e são, portanto, mais ponderáveis do que uma opinião individual, qualquer que seja.⁴¹

Eis, em suas grandes linhas, a posição do Conselho de Estado italiano. Após haver observado que a corajosa independência do Conselho de Estado "nunca pôde ser desmentida, nem mesmo durante o período ditatorial", o Conselho de Estado considerou as diversas soluções possíveis. O retôrno ao contencioso administrativo do tipo francês seria um recuo jurídico e político.

A longa tradição e a obra eminente do Conselho de Estado francês não são suficientes para fazer retomar um caminho de há muito abandonado com a aprovação geral. Em segundo lugar, a transferência da função contenciosa do Conselho de Estado para a jurisdição or-

⁴¹ Il consiglio di Stato nel nuovo ordinamento costituzionale. Relazione della commissione speciale e voto dell'adunanza generale del consiglio. Rassegna di diritto pubblico, 1947, p. 49.

dinária não se justificaria. Com efeito, o princípio da unidade de jurisdição que evita qualquer privilégio e assegura a igualdade das partes perante o juiz, para a defesa dos direitos, tem um limite. Ele “deve quebrar-se sempre que, em relação ao Estado, os indivíduos não possam mais fazer valer autênticos direitos, mas somente interesses cuja proteção se acha, em qualquer caso, subordinada à tutela do interesse público. Nesse domínio muito vasto, a posição na qual o Estado age não pode ser posta no mesmo pé de igualdade que a dos particulares, justificando-se, pois, a existência de uma jurisdição de caráter geral paralela à da autoridade judiciária — a jurisdição dos interesses que não podem ficar desprovidos de uma proteção jurídica eficaz. Essa jurisdição dos interesses fortifica a defesa dos direitos subjetivos públicos, que, às vezes, não podem ser defendidos no terreno dos direitos propriamente ditos, porque um elemento discricionário se mescla, às mais das vezes, aos atos dos poderes públicos. Sua supressão se traduziria numa diminuição das garantias dos cidadãos perante a administração. Não se poderia sequer cogitar de confiar essa jurisdição dos interesses à autoridade judiciária. Haveria ofensa ao princípio da separação dos poderes. Além disso, o juiz administrativo, sobretudo na análise do excesso de poder, deve possuir uma ciência e uma experiência administrativa de que careceria o juiz judiciário se lhe atribuissem a jurisdição dos interesses. Enfim, o Conselho de Estado italiano repeliu a possibilidade de um tribunal administrativo supremo, do tipo germânico. Semelhante instituição quebraria a unidade de jurisdição realizada na Itália para a defesa dos direitos de particulares contra a administração, destruiria a unidade do Conselho de Estado, instauraria um órgão novo que não desfrutaria da autoridade moral adquirida pelo Conselho de Estado. Em suma, o Conselho concluiu pela manutenção do regime atual, conforme à realidade histórica e às exigências da justiça administrativa. Limitou-se a exigir algumas modificações: a extensão da jurisdição de legitimidade aos atos políticos, a inamovibilidade dos conselheiros de Estado, a redução do número de jurisdições especiais.

Eis, a seguir, outras observações muito gerais.

A Itália foi posta sob o regime do direito administrativo por Napoleão I. O controle jurisdicional do tipo francês aí se aclimatou. Em 1859, a lei o consagrava no reino da Sardenha. O Parlamento da Itália unificado seguiu um outro rumo.

Os criadores do Estado novo eram os homens do Risorgimento. Animados por um ideal espiritual muito elevado, que as provações haviam freqüentemente fortalecido, queriam instituições de liberdade. Entre eles os juristas era numerosos e tinham fé nos textos legais. Esperavam da lei todos os benefícios. A Bélgica, nascida de uma revolução, deu-lhes exemplos legislativos. A abolição do contencioso administrativo se lhes afigurou um progresso. Doravante os administradores poderiam fazer com que a administração comparecesse perante a barra dos tribunais. O juiz judiciário diria o direito na plena independência de sua função. Essa prioridade do judiciário garantiria

a liberdade. O regime italiano de contrôle jurisdiccional da administração nasceu da confiança no poder judiciário. Tal é a idéia mestra.

Teve sua origem numa psicologia política. A convicção permaneceu tão poderosa que, doze anos após a reforma de 1865, se julgou, em 1877, perfeito o sistema, ao serem confiados à Suprema Côrte a regulamentação dos conflitos e um contrôle sôbre tôdas as jurisdições por via do recurso de apelação, extensivo aos tribunais especiais.

Mas o novo reino crescia. Após 1871, homens da direita histórica, depois os da esquerda parlamentar, enfrentavam difficilimas tarefas de Governo. O partido do poder reinou arbitrariamente na administração. No clima dos anos 1880-1890 nasceu, então, entre os homens políticos de diversas tendências, a firme vontade de remediar tal desequilíbrio. Voltaram-se, então, as atenções para o Conselho de Estado. Do juiz judiciário esperava-se a garantia da liberdade no exercício dos direitos. Do Conselho de Estado, esperava-se uma tutela dos interesses que reestabelecesse a justiça na administração.

Assim, na origem do contrôle jurisdiccional que acaba de ser estudado, há dois fatos históricos, ambos italianos. O discurso de Mancini em 1865 e o de Silvio Spaventa em 1880 fixaram as suas cronologias.

Essas duas posições políticas se acham na origem do contrôle jurisdiccional italiano e explicam a complexidade do regime cujos diversos aspectos foram brevemente descritos.

O princípio da unidade de jurisdição domina o conjunto. Proclama a prioridade do judiciário. Daí, o papel supremo da mais alta Côrte de justiça, que regula os conflitos e julga o excesso de poder jurisdiccional, tribunal superior a tôdas as jurisdições ordinárias ou especiais. Daí, a ausência de divisionismo entre as duas ordens de jurisdições que não se movem paralelamente, cada qual na sua esfera.

Segundo princípio fundamental e que é o fêcho de abóbada do sistema italiano: aos tribunais ordinários compete a proteção dos direitos subjetivos. À administração e, mais tarde, à jurisdição administrativa é confiada a proteção dos interesses.

Simple, no começo, a distinção se complicou com o decorrer do tempo. Incorporou-se a tôdas as instituições. Salvo o prejuízo que lhe causou, em 1923, a jurisdição exclusiva, ela tem sido respeitada. Comissões tributárias, tribunais de águas, jurisdições especiais nascidas de necessidades novas, lhe devem sua própria estrutura. Tem sido criticada por causa das dificuldades que suscita. Mas sobreviveu e a Constituição de 1948 lhe proporcionou uma consagração solene.

Tais são os princípios contidos nas leis. Bastam para dar ao contrôle jurisdiccional italiano a sua originalidade.

Além disso, os juristas italianos modelaram esse direito. Nesse intercâmbio de idéias, que é indispensável, a França, até o fim do século XIX, deu a maior contribuição. Em seguida, vieram os publicistas alemães com um pensamento de natureza filosófica e definições dogmáticas. Deixaram o seu sinal na doutrina dos direitos subjetivos.

Em seu conjunto, a doutrina italiana conduziu as suas construções com uma liberdade intelectual que as soluções jurisprudenciais não con-

seguiram limitar. A doutrina e a prática freqüentemente se distanciaram uma da outra. Por outro lado, o Conselho de Estado italiano, cujas decisões são desenvolvidas, prefere, geralmente, às redações em que se acham subentendidos os princípios, a expressão claramente formulada das regras de direito que resolve aplicar.

Os juristas italianos sempre deram o testemunho de sua maior consideração para com o Conselho de Estado francês e o chamaram “berço dos Conselhos de Estado”. E’ verdade. Mas, na maioria de seus traços, o regime italiano difere do regime francês. Um elemento comum foi, entretanto, conservado, e justamente o mais importante. Com efeito, o Conselho de Estado italiano recebeu do Conselho de Estado francês a noção de excesso de poder, e fixou-lhe o alcance. Expusemos assaz sumariamente a jurisprudência da Alta Assembléia italiana, porém, o suficiente para permitir apreciar a sutileza das análises e a amplitude dos resultados.

De modo mais genérico, o contrôle jurisdicional da administração, na sua forma atual, contribui eficazmente para assegurar na Itália o regime do Estado de direito, definido pela Constituição de 1948. *

BIBLIOGRAFIA

- 1.º — Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, II, 6.ª ed., Milão, 1948; D’Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo*, II, Turim, 1949; Borsi, *La giustizia amministrativa*, 7.ª ed., Pádua, 1941; Saleni, *La giustizia amministrativa*, Pádua, 1949; Vitta, *Diritto amministrativo*, II, 3.ª ed., Turim, 1950; Lessona, *La giustizia amministrativa. Corso universitario*, 1944-1945, Florença; Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, 2.ª ed., Pádua, 1943.
- 2.º — *La Constitution italienne de 1948* (estudos publicados sob a direção do professor Emilio Crosa). Paris, 1950; Calamandrei e Levi, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Florença, 1950; Carullo, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Bolonha, 1950.
- 3.º — Consiglio di Stato, *Studi in occasione del Centenario*, Roma, 1932; Consiglio di Stato, *Relazione* (a última publicada em 1949).
- 4.º — *Rivista di diritto pubblico* (publicada até 1948). *Rassegna di diritto pubblico. Rivista amministrativa. Rivista trimestrale di diritto pubblico* (a parte de 1951).
- 5.º — *Foro amministrativo. Raccolta completa della giurisprudenza del Consiglio di Stato* (a partir de 1951).

* Tradução de Guilherme Augusto dos Anjos — Notas ao artigo de C. Etori: “Le contrôle juridictionnel de l’Administration en Italie” — *Rev. du Droit Pub. et de la Sc. Politique*.