

EM TÔRNO DA NOÇÃO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

GIUSEPPINO TREVES

Professor na Universidade de Trieste (Itália)

SUMÁRIO: *Definição do direito administrativo. A lição de Orlando. Fontes, normas e relações. Procedimento administrativo. Direito constitucional e direito administrativo. Conclusão.*

* I — Orlando revelava uma exigência profunda, ao notar que o exame da definição de uma disciplina jurídica, que se antepõe ao seu estudo, “pode ser renovado, exatamente, como se fôsse um ponto terminal” (*Principi di dir. amm.*, ed. 1952, *Introduzione*, p. XVI). E assim, êle que abriu a primeira edição de seu manual de direito administrativo com um capítulo dedicado à “definição da ciência”, ao apresentar-lhe, mais de sessenta anos depois, a última edição, como que coroando toda uma longa operosidade, voltava a essa “definição”, para considerá-la como “algo que encerra uma exposição, que a finaliza” (op. e loc. cit.).

Não será, pois, inoportuno, seguindo-lhe as pegadas, retomar as definições comuns do direito administrativo, postas no início dos volumes que o expõem, inclusive a do próprio Orlando, e analisá-las em relação à matéria depois efetivamente versada. Do mesmo modo que *heureuse hardiesse* com que os mestres se serviram dos conhecimentos precedentes, dizia Pascal, *leur avoît ouvert le chemin aux grandes choses nous devons prendre celles qu'ils nous ont acquises de la même sort et à leur exemple en faire les moyens et non pas la fin de notre étude et ainsi tâcher de les surpasser en les imitant.*

Não parece necessário fazer uma minuciosa resenha das definições dadas ao direito administrativo nas diversas épocas e países. Todas se referem ao conceito de Administração pública, que já se pode considerar suficientemente esclarecido. Mas nenhuma delas alude, apenas, à Administração pública em sentido objetivo, isto é, à atividade administrativa exercida por qualquer autoridade, inclusive as legisla-

* Traduzido do vol. II dos *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, Padova, CEDAM, 1957, págs. 509 e segs., por Flávio Bauer Novelli.

tivas e judiciárias. Sempre se admite que, aí, exista uma relação com a Administração pública considerada em sentido subjetivo, isto é, com as autoridades administrativas. Pode-se dizer que a definição mais restrita baseia-se, de um modo geral, na atividade administrativa das autoridades administrativas, enquanto que a mais ampla abrange as mesmas autoridades administrativas, bem como a sua atividade, seja esta de que espécie fôr, ainda que não, objetivamente, administrativa, mas legislativa ou jurisdicional. As definições intermédias incluem as atividades de qualquer espécie das autoridades administrativas, mas não as autoridades mesmas, ou então, tais autoridades e as suas atividades apenas de caráter administrativo. Às vêzes, chega-se, ainda, a considerar as relações criadas pela atividade administrativa, e, mais raramente, os meios desta última.

Pode-se fazer a estas definições o reparo de que, quase sem exceção, não correspondem ao objeto que pretendiam definir. Tome-se, por exemplo, aquela conhecidíssima definição de Orlando, segundo a qual o direito administrativo é “o sistema dos princípios jurídicos que regulam a atividade do Estado para a consecução dos seus fins” (páginas XXVIII e 14-5). Previne, desde logo, o seu próprio autor que ela de fato não compreende tôda a atividade desenvolvida pelo Estado para a consecução dos seus fins, ficando excluídas a atividade atinente às “relações constitucionais entre os diversos órgãos do Estado” e a atinente à jurisdição (págs. 16, 20-1), bem como, pode-se acrescentar, a que concerne à legislação. Entende êle, por outro lado, que poderá extrair dessa definição as “partes constitutivas” da ciência do direito administrativo. É o que se infere das suas palavras: “E percebemos, então, em primeiro lugar, que para desenvolver tal atividade, o Estado requer, necessariamente, uma organização; estudaremos em seguida essa atividade, considerando-a, em si mesma e através dos vários institutos em que ela se concretiza, tanto no sentido da atividade política como da atividade social; em terceiro lugar, finalmente, como pode suceder que o exercício dessa atividade venha a lesar o direito ou o interesse do cidadão, estudaremos a defesa jurídica que em tal caso se concede” (págs. 44-5). Qualquer um já terá percebido que uma definição, que admitisse estas ulteriores restrições e ampliações, teria bem pouca coisa, em comum, com a definição originária.

Ao contrário do que acontece em outras ciências, já existe, na ciência do direito administrativo, nada obstante a imprecisão das definições, uma larga margem de acôrdo, tanto no que se refere ao seu objeto, como no modo de entendê-lo. São tratadas nêle, antes de tudo, a organização da Administração e a atividade que esta desenvolve, mesmo fora da função que lhe caberia, segundo uma teórica divisão de poderes, ou seja, no campo legislativo e jurisdicional, de acôrdo com a mais ampla definição acima referida, ou, se se quiser, também de acôrdo com a mais restrita, limitando-se à organização estabelecida mediante a atividade da administração. Nêle podem ser incluídas, portanto, as fontes do direito administrativo e as decisões de recursos

administrativos e jurisdicionais por parte da Administração, enquanto atividades desta última. A tutela dos cidadãos, perante a Administração, também se dá, em regra, através da autoridade judiciária ordinária, e é natural que o direito administrativo por ela se interesse de modo particular, pois que esta assume aspectos característicos. Disto, porém, não se encontra nenhum sinal nas suas diversas definições, que se detêm na atividade proveniente da própria Administração. Elas não levam em conta nem mesmo as atividades dos cidadãos em face da Administração, ou as relações que surgem entre esta e os primeiros, independentemente de uma atividade da Administração. Estes assuntos são, todavia, incluídos nas obras de direito administrativo, como, também, aí, se incluem os bens da Administração, que, em países como o nosso, têm uma regulamentação à parte, não parecendo correto considerá-los, apenas, como objeto de atividade da Administração.

Alguns autores alemães, ainda sob a influência do *Staatsrecht* (que em certa época era entendido em sentido amplo e abrangia, juntamente com o direito constitucional, todo o direito administrativo) ocupam-se da organização local, mas muito pouco da organização central e do emprêgo público. De outro lado, os ingleses e americanos recalcitram em destacar do direito constitucional, que, até há bem pouco, as compreendia, as entidades territoriais tradicionais, embora dando relêvo às novas entidades públicas econômicas. Mas estas divergências em pormenores, do mesmo modo que outras divergências formais, não afetam a notável homogeneidade substancial que os manuais de direito administrativo apresentam em seu conteúdo.

II — Dadas as diferenças, e algumas delas relevantes, que se verificam entre as definições correntes do direito administrativo e a matéria que sob esse título é, comumente, exposta, poder-se-ia indagar se as primeiras são exatas, ou se, ao contrário, exata é a delimitação da segunda. Mas não parece que no estado em que, atualmente, se encontra a ciência jurídica, ainda se possa levantar semelhante dilema. No passado, os autores, muitas vezes, pensavam dar uma definição da ciência do direito administrativo, que se dizia lógica, científica, deduzida de princípios superiores, mas depois, na realidade, como já se viu no caso de Orlando, dela deviam distanciar-se, para atribuir à ciência um conteúdo diverso. Hoje, tende-se a acentuar o aspecto aproximativo, subjetivo e utilitário das divisões entre as disciplinas jurídicas. Elas são necessárias, mas permanecem, como diz Capograssi, extrínsecas e artificiais. Valem enquanto servem a um escopo prático. O complexo de normas catalogado sob o título de direito administrativo destacou-se dos demais complexos, como sempre acontece, desde que se notou que ele possui princípios comuns, que atingiu uma certa amplitude, e que é conveniente tratá-lo, separadamente. Razões didáticas, tradições doutrinárias, diretrizes de direito positivo, interesses contingentes tiveram, também, sua influência no determinar quais as normas a reunir, como se reconhece, mais ou menos, expressamente. O direito administrativo surgiu e consolidou-se na França, no século passado, antes,

ainda, que se procurasse defini-lo. O problema, pois, não é de adaptar o conteúdo do direito administrativo a uma definição que tenha vindo do alto, mas de definir aquêlê conteúdo, tal como a praxe no-lo dá.

Conforme é tratado, comumente, o direito administrativo considera as fontes que têm valor para a Administração, a organização da Administração, os bens da Administração, as relações e a atividade da Administração, e os contrôles exercidos sôbre esta atividade, quer dizer, os meios de defesa contra a mesma. Já se repudiou, há tempo, a divisão do direito administrativo em *personae*, *res* e *actiones*, para adotá-la, substancialmente. O elemento comum, como já foi lembrado, é a referência à autoridade administrativa. Não seria tão fácil discerni-lo, diretamente, na atividade administrativa. A atividade da Administração obedece a uma disciplina particular, não porque seja uma atividade administrativa, e sim porque tal atividade, ainda que não administrativa, mas legislativa ou jurisdicional, provém da Administração pública. A autoridade, e não a atividade administrativa, mantém-se como o centro, em tórno do qual se construiu o direito administrativo como direito próprio da autoridade administrativa, segundo impõem as exigências do Estado moderno. A tripartição dos poderes assume um caráter cada vez mais relativo, mas sobrevive à divisão dos grupos de órgãos, não obstante as superposições de funções. Isto ajuda a explicar por que o direito administrativo tem um conteúdo composto; porque, além de uma parte que se poderia qualificar como específica, compreende, também, outras que são comuns ao direito constitucional, ao processual civil e, segundo alguns, também ao direito privado, como veremos dentro em breve. As simetrias muito perfeitas são enganosas.

Afirmando que o direito administrativo é o direito próprio da Administração pública, não se quer dizer que exista sem mais um direito administrativo, sempre que num sistema jurídico haja normas que valham, sòmente, para a Administração. A presença de normas administrativas ainda não justifica uma disciplina à parte. Torna-se necessário que essas normas constituam um *corpus* individualizado. Assim a Inglaterra, até há pouco tempo atrás, e nem poderia ter sido de outro modo, tinha leis administrativas; mas, apresentavam-se elas isoladas, quase excepcionais, em relação ao direito privado comum ou estatutário, que tanto vigorava para os cidadãos como para os administradores, sendo, pois, consideradas juntamente com o próprio direito privado ou com o direito constitucional. Acrescente-se a isso que uma boa parte da vida da Administração escapava a qualquer regulamentação jurídica, submetendo-se a princípios tidos como de natureza diversa. Aquilo que os franceses chamam um *régime* administrativo, não existia, pois, nem na realidade e nem na consciência social. A doutrina de Dicey, segundo a qual o seu país não conhecia um direito administrativo, ou antes, como dizia êle, para marcar-lhe o caráter estrangeiro, um *droit administratif*, não era, ao menos sob êste aspecto, inteiramente inoportuna, enquanto que, ainda sob êsse

aspecto restrito, eram-no as críticas que se lhe dirigiram. Agora, porém, diante do desenvolvimento, embora inorgânico, da legislação administrativa, dos esforços unificadores da jurisprudência e da doutrina, e das tendências coletivistas em geral, esta disciplina adquiriu, também, a cidadania britânica.

É conferida, portanto, à Administração pública uma posição à parte, distinta da posição das demais pessoas. Todavia, paralelamente à crescente intervenção do direito administrativo, nas relações entre particulares, verifica-se um vívido ressurgimento da aplicação do direito privado à Administração pública, no campo, outrora limitado, das empresas. Estas normas, que valem para os particulares e as relações entre os mesmos, ainda que possam estender-se à Administração, não se transformam, por isso, em direito administrativo. Neste se incluem, entretanto, as normas que derogam o direito privado com exclusiva atenção às relações, em que é parte a Administração. Mesmo aqueles que, contrariamente, consideram tais normas de direito privado, como se se tratasse de um *jus privatum singulare* com valor, apenas, para a Administração, não hesitam em fazer delas objeto de estudo do direito administrativo, por razões de utilidade e de oportunidade. É importante não visar um obstáculo no fato de que o direito administrativo viria, assim, a abranger, ao invés de direito público, apenas, também, alguns aspectos de direito privado. Os franceses, bem ao contrário, consideram objeto de estudo do direito administrativo os *contracts administratifs*, que atendem à gestão dos serviços públicos, porque nêles encontram — certa ou erradamente — uma disciplina, fundamentalmente autônoma com respeito à dos contratos privados, dada a desigualdade dos interesses em jogo.

A força de atração que, segundo alguns, o direito administrativo exerceria em relação ao direito privado, manifesta-se, contudo, com maior firmeza, em relação ao direito constitucional e ao direito processual. A relação entre o direito administrativo e o constitucional não está isenta de incertezas, como demonstraremos, em seguida. Pode-se, contudo, observar, desde agora, que, embora a ciência do direito constitucional exponha a teoria das fontes, a ciência do direito administrativo, por sua vez, a repete, sobretudo, porque este não consta, apenas, de normas que se referem à Administração, mas, também, de normas que promanam da própria Administração. Ao lado das leis de delegação e dos decretos-leis, há, agora, os estatutos e as leis regionais e provinciais com eficácia de lei formal (podendo-se duvidar, à vista da nova Constituição e, particularmente, de seu art. 78, da extensão imediata de tal eficácia aos editos (*bandi*) militares). Fontes do direito administrativo são, também, os estatutos e os regulamentos, que são leis, somente, materiais. A expedição de normas jurídicas, por parte da Administração, constitui, ao mesmo tempo, objeto e fonte do direito administrativo. Pode-se constatar, em sentido contrário, que a ciência do direito administrativo abandona à do direito constitucional, como veremos, alguns princípios concernentes à Administração, e

demonstra o mesmo desinterêsse pelas normas penais que a ela se referem. É, totalmente, empírico o seu terreno.

A construção do direito administrativo apresenta um fenômeno ainda mais singular de absorção, com relação às normas processuais que interessam à Administração pública. Trata-se, não somente, da atividade jurisdicional das autoridades administrativas, mas, ainda, do exame que a autoridade judiciária ordinária realiza sobre a sua ação. Neste ponto, a ciência do direito administrativo foi, desde o princípio, coerente com a sua própria inspiração utilitária, e, ao mesmo tempo, sempre manifestou desprêzo pelas divisões formais. O direito administrativo não é homogêneo. Nada importa que, também, aqui, como no caso das fontes, se verifique uma duplicidade. A sua parte substancial está, intimamente, ligada à processual e é, mesmo, por ela condicionada. Não podia haver um direito administrativo antes que a Administração fôsse submetida a um controle jurisdicional, pois que a extensão dêste denota o caráter jurídico das regras que a Administração deve observar. Assim, nunca se insistirá bastante sobre a contribuição que os juizes, ordinários e administrativos, deram e continuam a dar ao desenvolvimento destas regras, não ainda consolidadas como as do direito privado.¹

Mas não se deve deixar passar sem observação o fato de que uma grande parte do direito administrativo, mesmo quando não atinente ao exercício de uma função jurisdicional, é, mais propriamente, processual (*procedurale*) ou procedimental. Ela estabelece a *forma procedendi* mediante a qual se torna possível realizar determinada função administrativa, tal como faz o direito constitucional quanto à função legislativa. O procedimento disciplinar, o de decisão dos recursos administrativos, os de desapropriação por utilidade pública e de nomeação para um cargo público são magníficos exemplos disso. Os ingleses e americanos, um pouco pela analogia com o processo que se desenvolve perante os juizes ordinários, e um pouco pela analogia que em tais casos existe entre o poder dêstes últimos e o poder da Administração, falam, a êsse respeito, de um procedimento ou de uma função quase-judicial.² Esta tendência a “jurisdicionalizar” a Administração, mediante uma extensão dos princípios da imparcialidade e do contraditório, não pode deixar de ser do interêsse dos particulares. Mas, sem entrar em detalhes, cumpre usar de cautela no aplicar ao procedimento administrativo, no atual estado da legislação, os princípios do processo civil, a fim de que se não reproduzam os excessos em que se incidiu,

1 É assim que, quase por tôda a parte, veio a criar-se, em tôrno dos meios de controle jurisdicional, a *body of substantive law* obrigatório para a Administração (Keir e Lawson, *Cases in Constitutional Law*, 4.^a ed., 1954, pág. 256). A atividade administrativa, dizia Hauriou, *n'est qu'un vaste exercice de droits doublé d'un vaste contentieux soulevé par cet exercice même* (*La jurisprudence administrative*, I, 1929, pág. VIII).

2 Há quem chegue, mesmo, a pôr de parte, qualquer referência à substância, considerando o direito administrativo um *glorified course in procedure lifted to the level of constitutional law* (L. L. Jaffe, *Administrative Law*, 1953, pág. VI).

aplicando, indiscriminadamente, ao ato administrativo os princípios do negócio jurídico.

III — O estabelecimento da distinção e a definição das relações entre direito administrativo e direito constitucional pode apresentar um alcance prático, que supere o de uma simples classificação ou demarcação de limites. Houve um período em que a tendência era concebê-los como entidades, intrínseca e dogmáticamente, distintas, mas os critérios de distinção, usualmente propiciados, não parecem satisfatórios. Em síntese, podem êles ser, substancialmente, reduzidos a dois. De acôrdo com o primeiro dêles, o direito constitucional considera a organização do Estado, e o direito administrativo a sua atividade. Na realidade, porém, ambos consideram as duas matérias. Conforme o outro critério, cabe ao direito constitucional o estudo dos órgãos e das funções supremas do Estado, e ao direito administrativo o estudo dos outros órgãos e funções, naturalmente, inferiores. Não há, porém, constituição ou manual de direito constitucional que se não refira, também, a êstes últimos. Ainda hoje, a doutrina italiana, que se compraz com êstes argumentos sutis, debate essa distinção. Ao contrário, nas obras estrangeiras mais recentes, tanto de uma quanto de outra disciplina, a questão é, raramente, mencionada ou merece pouco mais que uma referência às velhas noções. Isto se deve à indiferença, à mudança do método de investigação, à dificuldade de distinguir duas matérias tão estreitamente unidas. Mas, já há algum tempo, certos autores franceses — note-se —, precisamente, do país em que, com a separação dos poderes, surgira a distinção, reafirmavam a unidade do direito público.³ E o problema, não se pode deixar de reconhecer, aguça-se em períodos de transformações constitucionais como é o nosso.

É evidente a interpenetração entre direito constitucional e direito administrativo. Mesmo que se reduza o estudo do direito constitucional ao estudo da constituição em sentido material e se conceitue esta última do modo mais restrito possível, ou seja, segundo a teoria normativa, como regulamentação da criação de normas jurídicas gerais, é de admitir-se que a constituição em sentido material possa, sempre, regular o conteúdo das leis que concernem à Administração, e, portanto, aplicar-se, também, à mesma. Então, se se amplia o estudo do direito constitucional, como realmente acontece, até compreender tudo o que é objeto da constituição em sentido formal, nêle se incluirá uma série, mais ou menos ampla, de princípios relativos à Administração. Os documentos constitucionais contemporâneos, ainda que possam omitir partes, que alguns incluiriam no próprio conceito de constituição, em sentido material, muitas vêzes disciplinam, diretamente, numerosos

3 Assim Jèze: a separação est tout à fait factice. Elle ne répond pas aux faits politiques et sociaux... elle n'a que des inconvénients (*Les principes généraux du droit administratif*, II, 1930, pág. 213, nota 2); Les problèmes "juridiques" à résoudre sont exactement les mêmes, et les principes "juridiques" sont sensiblement les mêmes (pág. 214). E Nèzard: il n'est pas possible d'établir une séparation absolue et d'ailleurs sans intérêt (*Éléments de droit public*, 7.^a ed., 1946, pág. 2).

aspectos da vida da Administração, que são objeto de estudo do direito administrativo.

Esse estado de coisas tem um relêvo particular na Constituição italiana. Além do que concerne às fontes, aí se encontram os princípios da organização administrativa estatal (art. 5, e parte II, título III, seção II: a administração pública, e seção III: os órgãos auxiliares), da organização administrativa local e da respectiva atividade (art. 5, e parte III, título V: as regiões, as províncias, os municípios), do emprego público (arts. 28, 51, 54, 97, 98), da tutela dos direitos e interesses dos cidadãos com respeito à Administração (arts. 103, 111, 113), e, sobretudo, de toda a matéria atinente à posição do cidadão. Princípios tais como os relativos à igualdade (art. 3.^o), às liberdades individuais (arts. 13, 16, 23, 25, 32), à inviolabilidade do domicílio (art. 14), às liberdades espirituais (arts. 8, 15, 19, 21, 22, 33), às liberdades de reunião e de associação (arts. 17, 18, 19, 49), e às relações ético-sociais e econômicas em suas várias manifestações (parte I, títulos II e III), instituem, imediatamente, poderes e deveres perante a Administração. Estas sumárias indicações são suficientes para tornar bem evidente a proporção em que o direito administrativo foi “constitucionalizado”.

Este vínculo entre direito constitucional e direito administrativo fôra, claramente, advertido, já no século passado, por aquêles mesmos autores que haviam, de primeiro, enunciado a separação entre as duas disciplinas. No seu modo de pensar, o direito constitucional se ocupa dos grandes princípios concernentes à Administração, enquanto que o direito administrativo cuida-lhes os detalhes.⁴ Os administrativistas

4 Assim, a titulo simplesmente exemplificativo, na França, desde 1835, dizia Pellegrino Rossi em uma das suas lições: *Si le droit constitutionnel nous fait connaître à grands traits l'organisation sociale et politique du pays, le droit administratif nous expose la machine politique dans ses moindres détails et dans ses nombreuses applications* (Cours de droit constitutionnel, I, 1866, pág. VIII). E Ducrocq: *C'est au Droit constitutionnel qu'il appartient de déterminer les principes qui forment la base du droit public d'un pays... Mais ce sont les lois administratives qui, pour une grande part, mettent ces principes en oeuvre et fixent leurs conditions d'application* (Cours de droit administratif, I, 7.^a ed., pág. 5).

Estas palavras são repetidas por Palma: *Se il diritto costituzionale ci fa conoscere l'organismo politico del paese, l'amministrativo ci espone l'organismo del potere esecutivo nei suoi particolari, nelle sue applicazioni, c'insegna a farlo operare, a seguirne l'andamento, a raccogliere i risultati* (Corso di diritto costituzionale, I, 1877, pág. 67). Meucci, também, fala de *un nesso comune ed intimo tra le due scienze, il quale fa sì che nel diritto costituzionale trovi l'amministrativo i suoi "postulati", anzi questo non sia che la esplicazione di quello, com un obbietto quasi promiscuo e ambiguo tra le due scienze* (Istituzioni di diritto amministrativo, 5.^a ed., 1905, pág. 3).

Na Alemanha, F. F. Mayer encontra *die Aufstellung leitender allgemeiner Rechtssätze für die Verwaltung in der Verfassungsurkunde* (a localização dos princípios jurídicos gerais que orientam a Administração, na carta constitucional), mas considera os institutos correspondentes, separadamente do direito constitucional, que os haveria tratado, ou de modo inadequado ou com *einem wesentlich dem Verwaltungsrecht angehörigen Detail* (uma indispensável minúcia, própria do direito administrativo) (*Grundsätze des Verwaltungs-Rechts*, 1862, págs. 47-8, nota 1). Também para G. Meyer o direito constitucional deve limitar-se *auf die Darstellung der Hauptgrundsätze* (à exposição dos

franceses de fato sentiram, desde muito, a necessidade de antepor à exposição, mesmo quando em ordem alfabética, da sua própria matéria, um conjunto de noções gerais sobre a separação dos poderes, sobre o chefe do Estado, sobre o governo, sobre os direitos de liberdade, que alguns, pura e simplesmente, intitulam “direito constitucional”, enquanto outros entendem deva pertencer, igualmente, a ambas as disciplinas. A doutrina administrativa alemã, ao contrário, partindo de critérios de “arquitetura” científica e seguindo pontos de vista subjetivos diversos, reservou ao direito constitucional alguns temas reputados de relevância constitucional, ou os considerou sem mais como administrativos, chegando a reivindicar a independência de um direito administrativo assim restrito ou ampliado, diante do direito constitucional. A doutrina italiana afirmou, claramente, a autonomia do direito administrativo, ainda que não abandonando de todo a primeira tendência.

IV — Se os detalhes fazem parte do conjunto, o direito administrativo deveria estar compreendido no direito constitucional, embora neste lhe coubesse uma parte distinta. Pode-se falar, assim, em abstrato, de um *droit constitutionnel administratif*.⁵ Esta consequência, porém, só é exata na aparência.⁶ Trata-se de um raciocínio que não leva em conta o fato de que a distinção entre as disciplinas jurídicas não é ditada pela lógica, mas por variados critérios de conveniência, tais como os que — anteriormente já vimos — haviam determinado o conteúdo do direito administrativo.

princípios fundamentais) da função administrativa, deixando *das Detail* para a disciplina especializada (*Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes*, 2.^a ed., 1893, pág. 5). Na Áustria, usa palavras quase idênticas Ulbrich, (*Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechtes*, 1903, pág. 47). A mesma linha de idéias, também, aparece em George Jellinek, que a torna mais precisa, notando que o direito constitucional não pode prescindir, completamente, de tratar as doutrinas fundamentais do direito administrativo; a este, portanto, “devem ser atribuídas a investigação e a exposição particularizadas de algumas partes” daquele. “A diferença entre os dois é quantitativa, não qualitativa” (*La dottrina generale del diritto dello Stato*, tr. it., 1949, págs. 6-7).

Nos Estados Unidos, F. J. Goodnow é de opinião que *while constitutional law gives the general plan of governmental organization, administrative law carries out this plan in its minutest details* (*Comparative Administrative Law*, I, 1893, pág. 8).

Na Inglaterra, Maitland acolhe a opinião de que *constitutional law deals with structure and with the broader rules which regulate function, while the details of function are left to administrative law* (*The Constitutional History of England*, 1908, pág. 535). Ainda, hoje, os princípios gerais do direito administrativo têm seu lugar nas obras dos constitucionalistas. Wade e Phillips, p. ex., afirmam que *the exclusion from a work on constitutional law of all but the major features of administrative law is based upon convenience rather than upon principle* (*Constitutional Law*, 4.^a ed., 1950, pág. 3). E. W. A. Robson no seu *Justice and Administrative Law*, 3.^a ed., 1951, põe como subtítulo: *A Study of the British Constitution*.

5 Prélot, *Précis de droit constitutionnel*, 1949, pág. 13.

6 Esta consequência, porém, não tinha sido tirada por Pellegrino Rossi, na sua imagem, freqüentemente deturpada, segundo a qual *c'est dans le droit public que se trouvent les titres de chapitre du droit privé* (op. e loc. cit.).

A rigor, todo o direito é público, porque estatal, ou, mais precisamente, constitucional. Ainda, aquêlê que se costuma chamar direito privado baseia-se nos princípios constitucionais de liberdade e igualdade, e é estabelecido pelo Estado no interesse geral. Mas, sempre, se considerou, também, necessário destacar do complexo restante do direito público, concebido em sentido estrito e técnico, aquela parte que se refere às relações entre particulares, que será entendida como direito privado. Todavia, a Constituição italiana, objeto de estudo de uma disciplina publicista, qual seja a ciência do direito constitucional, também, inclui normas de direito privado, pois que se referem, precisamente, a relações entre particulares, como às relações de família e às econômicas. Diante do reconhecimento dêste estado de coisas, as divisões tradicionais assumem um significado relativo.

A relação entre direito constitucional e direito administrativo é, naturalmente, mais estreita. Suas fronteiras não são, exatamente, determináveis, pois o Estado, na sua constituição e na sua administração, forma um todo único. Mas, aqui, também, se procedeu a uma divisão do trabalho. O direito constitucional estuda os princípios gerais que regulam os três poderes do Estado, mas por razões históricas e de outra ordem, examina depois, particularmente, um só dêles, o legislativo, deixando para o direito administrativo a tarefa de aprofundar tudo o que se refere ao Poder Executivo, e às duas disciplinas processuais tudo quanto respeita ao poder jurisdiccional. Segundo êste critério, praticamente adotado, a massa da miuda regulamentação relativa a êstes dois poderes escapa à consideração do direito constitucional, embora, de um ponto de vista teórico, pudesse ser, perfeitamente, considerada como a êle pertencente. A separação é convencional: tudo é uma questão de entender-se.

Em matéria de fontes, como já se viu, estabeleceu-se uma espécie de condomínio entre direito constitucional e direito administrativo. Naquilo que se refere a alguns órgãos chamados supremos, como sejam: o Chefe do Estado e o Govêrno, e a respectiva atividade, estabeleceu-se, sem contrastes, uma divisão de esferas de interesse. O direito constitucional chamou a si os aspectos que têm um caráter político e que, na verdade, não são, sempre, disciplinados por normas jurídicas pròpriamente ditas. Tais aspectos tocam, em regra, às relações com o Poder Legislativo. Os outros aspectos daqueles mesmos órgãos e da sua atividade foram deixados ao direito administrativo. Fala-se, por isso, indistintamente, de Poder Executivo, de Govêrno e de Administração pública, nada obstante as tentativas no sentido de maior precisão.

Mas há um terreno comum bem mais amplo. Tal como é concebido, tem o direito constitucional, também êle, um conteúdo composto. O direito processual civil e, mais ainda, o processual penal, o direito penal e, também, o direito privado, têm ocasião de articular e aplicar princípios gerais estabelecidos pelo direito constitucional, que são, pois, princípios comuns a êste e a cada uma daquelas disciplinas. O mesmo

acontece em relação ao direito administrativo, no que concerne aos princípios gerais da Administração. Aqui, é, ainda, menos possível um isolamento. O que se tem chamado a *Verfassungsmässigkeit der Verwaltung*⁷ atingiu na Itália uma extensão e uma profundidade ignoradas pelas Constituições de tipo oitocentista. Basta folhear as decisões do Conselho de Estado para ter uma idéia da incidência da Constituição de 1947 sobre a vida administrativa. Mas o processo está, ainda, em elaboração. Se alguns princípios, como o da responsabilidade da Administração, têm sido retomados e estudados a fundo pela ciência do direito administrativo, muitos outros, e, especialmente, os que concernem às relações entre cidadãos e Administração, merecem um ulterior exame. É, somente, nas suas manifestações concretas que tais princípios adquirem um significado. Disposições que parecem contrárias à letra e ao espírito da Constituição, ainda se consideram em vigor e são aplicadas pela Administração. A Constituição é uma fonte do direito administrativo, e como tal deve ser tratada. O campo que assim se abre aos cultores do direito administrativo (e os melhores dentre esses, porventura, também, não foram encontrados entre os melhores cultores do direito constitucional, e vice-versa?) é vastíssimo e de fundamental importância. Se, retomando a imagem de Romano, o direito constitucional é o tronco a que se prende e de que ressaí o ramo do direito administrativo, do primeiro deve este receber, também, a seiva.

Como o direito constitucional se despojou da parte relativa à Administração, logo que esta alcançou um certo grau de maturidade, assim, também, é provável que, mais cedo ou mais tarde, o direito administrativo, perante a crescente amplitude e especialização da matéria, abandone, um de cada vez, os objetos da sua parte especial, como o direito tributário, o das entidades locais, o atinente à economia, e assim por diante. Estes virão a encontrar-se, então, em relação ao direito administrativo, na mesma posição em que este ora se encontra em relação ao direito constitucional. Por enquanto, ao menos no continente europeu, o direito administrativo ainda reclama estas matérias como suas partes integrantes, embora na Inglaterra e nos Estados Unidos ele já se reduza a uma parte geral.

Retornando ao pensamento de Orlando, o seu *desideratum* de “segregar das ciências do direito público todas aquelas teorias filosóficas e políticas que por ora as obstruem”, já foi, em grande parte, realizado. Ao contrário, e, sobretudo, no campo do direito constitucional, ainda se pode fazer muito para libertá-lo daquelas doutrinas que estariam mais bem situadas em uma enciclopédia jurídica, numa teoria geral do direito, numa jurisprudência ou direito público geral, como ele dizia. Mas, ainda que esta reforma viesse a cumprir-se, a possibili-

7 Vinculação constitucional da Administração (N. T.).

dade de “fundir em um só estudo o direito constitucional italiano com o direito administrativo italiano” (op. cit., págs. 16-7), parece estar em contraste com a tendência hodierna. Esta procede a sucessivas ampliações e especificações dos princípios gerais. E êste fato, deve dizer-se, exige uma contínua vigilância no sentido de manter o princípio da unidade do direito.