

---

**CONSIDERAÇÕES SOBRE AS ESPECIFICIDADES  
DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA NA ITÁLIA E A  
INFLUÊNCIA DO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU**

*CONSIDERAZIONI SULLE PARTICOLARITÀ DELLA GIURISDIZIONE  
AMMINISTRATIVA IN ITALIA E DELL'INFLUENZA DEL DIRITTO  
COMUNITARIO EUROPEO*

---

*Isabela Cristina Pedrosa Bittencourt  
Procuradora Federal lotada na  
Procuradoria-Seccional Federal em Campinas - SP*

**RESUMO:** O trabalho que ora se propõe baseia-se em aspecto interessante do ordenamento jurídico italiano, que se desenvolveu de acordo com um regime binário de distribuição de competências entre juiz ordinário e juiz administrativo, conhecido como jurisdição mista. Ao primeiro cabe a tutela subjetiva dos direitos dos cidadãos, ao segundo, a tutela objetiva da legalidade da atuação administrativa, mediante reconhecimento de interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

O interesse por esse tema surgiu ao estudarmos os diversos aspectos da justiça administrativa italiana e a inserção do direito administrativo na órbita do direito da União Européia, durante o curso intensivo “*Tradizione civilistica e armonizzazione del diritto nelle Corti Europee*” ministrado na “*Università degli Studi di Roma Tor Vergata*”, em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União.

O modelo italiano apresenta substanciais diferenças em relação ao modelo brasileiro, pois no que se refere às bases teóricas e principiológicas, o Brasil tomou como padrão o direito romanístico, mas no que tange ao sistema jurisdicional, adotou aquele praticado nos países aderentes ao direito anglo-americano, o sistema de jurisdição una.

Sem pretender apontar o melhor sistema, serão feitas considerações acerca dos fundamentos da jurisdição mista italiana, sua evolução histórica, com enfoque na Justiça Administrativa, no papel desenvolvido pelo Conselho de Estado e nas inovações trazidas pelo direito comunitário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jurisdição Dúplice. Justiça Administrativa. Conselho de Estado. Direito Comunitário Europeu.

**RIASSUNTO:** Questo progetto che ora proponiamo si basa su un aspetto molto interessante dell'ordinamento giuridico italiano, che si è svolto conforme un regime binario di distribuzione di competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo, noto come “duplice giurisdizione”. Al giudice ordinario compete la tutela soggettiva dei diritti dei cittadini e al giudice amministrativo compete la tutela obiettiva della legalità dell'attuazione amministrativa, nel riconoscimento degli interessi legalmente protetti dei cittadini.

L'interesse in questo campo è sorto quando si verificavano i diversi aspetti della giustizia amministrativa italiana e dell'inserzione del diritto amministrativo nella penisola nel campo del diritto dell'Unione Europea, durante il corso intensivo “*Tradizione civilistica e armonizzazione del diritto nelle Corti Europee*” ministrato nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata, in società con la Scuola dell'Avvocatura Generale dello Stato in Brasile.

Il modello italiano presenta diverse differenze riguardo al modello brasiliano, poiché si riferisce alle basi giuridiche e dei principi, il Brasile si è basato sul diritto romanistico, ma in riferimento al sistema giurisdizionale, ha adottato il diritto praticato nel paese che si basano sul diritto angloamericano, il sistema di una sola giurisdizione.

Qui non abbiamo la pretesa di indicare il miglior sistema, per questo faremo considerazioni sui fondamenti della giurisdizione duplice italiana, della sua evoluzione storica, nell'enfatizzare la giustizia amministrativa nel ruolo del Consiglio di Stato e nelle innovazioni tratte dal diritto comunitario.

**PAROLE CHIAVE:** Giurisdizione duplice. Giustizia Amministrativa. Consiglio di Stato. Diritto dell'Unione Europea.

Para um correto entendimento do sistema de justiça administrativa italiano e a influência nele exercida pelo direito comunitário europeu, necessário fazer uma breve incursão sobre o surgimento do Estado soberano, da jurisdição e tecer algumas considerações a respeito dos sistemas de base romanística e da *common law*. Para tanto, vale tomar emprestado os ensinamentos do ilustre professor Paulo Bonavides sobre o tema:

O Estado soberano surgiu em resposta aos anseios da sociedade burguesa comercial e industrial do século XVII, que entendia excessiva a concentração do Poder nas mãos do monarca, um verdadeiro peso contraposto aos seus interesses. A pressão crescente dessa classe social, que se interpunha entre a realeza e a grande massa de súditos, forçou a transição do Estado Medieval disperso para o Estado Moderno colaborativo.

A ordem econômica da burguesia se implanta no Ocidente e os reis conferem-lhe toda sorte de proteção: o mercantilismo como política econômica (o intervencionismo: no subsídio às empresas e companhias de navegação, no fomento ao comércio e indústria, amparo às classes empresariais, robustecimento do patronato e do capital, na legislação industrial). O privilégio econômico da burguesia cresce contra a obsolescência da já desgastada realeza. Ao final, a empresa capitalista, com a burguesia economicamente vitoriosa, dispensava os reis de versão autocrática.

Consequentemente, o estado intervencionista deixou de ser um bem. O sistema demandava o máximo de liberdade para alcançar

o máximo de expansão, bem como a garantia impessoal da lei, que previsse em sua formação a participação ativa da burguesia e não mais como mera coadjuvante.

Todos os elementos para mudar o Estado moderno estavam formados para a postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa econômica.

Esse cenário serviu de berço para o nascimento do princípio da separação de Poderes, que, embora tenha sido sistematizado por Montesquieu (1748), na obra “O espírito das leis”, contou com a colaboração de outros precursores: Aristóteles, Marsílio de Pádua, Grotius, Wolf e Puffendorf, Bodin, Swift e Bolingbroke e Locke.

Para Montesquieu (1748), o conceito de liberdade individual consistia no direito de se fazer tudo quanto permitem as leis. E eram essas leis que também garantiriam a liberdade política, impondo limites àqueles que tentassem abusar do poder, mediante sujeição a um ordenamento jurídico que estabeleça entre os indivíduos um temor recíproco, sob a égide da autoridade governativa.

Para o ilustre filósofo francês, seria no mínimo, temerário, se aqueles três poderes – o de fazer leis (Legislativo), o de executar as resoluções públicas (Executivo) e o de punir crimes e solver pendências entre particulares (Judiciário) – se reunissem num só homem ou associação de homens. E, fundada nesse temor, nasceu a teoria da separação dos Poderes, que, contrariando as expectativas dos menos atentos, pressupunha a atuação conjunta e harmônica desses poderes, de forma a se garantir por meio de controles recíprocos sua correta atuação, antecipando o que mais tarde *Bolingbroke* iria definir como a técnica de *checks and balances* (freios e contrapesos), desenvolvida na Inglaterra do século XVIII.<sup>1</sup>

O conceito de jurisdição está intimamente relacionado ao surgimento do Poder Judiciário. Segundo Sérgio Sérulo da Cunha, em

---

1 BONAVIDES, Paulo. A separação de poderes. In: *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 134-148.

verdade, ela não traduz um poder em si, mas expressa o exercício da função jurisdicional do Estado.<sup>2</sup>

José Alfredo de Oliveira Baracho, por sua vez, argumenta que a jurisdição, entendida como poder advindo da soberania do Estado, é, necessariamente única, não comportando fracionamentos ou divisões. Todavia, ante a pluralidade e especialização decorrentes dos ordenamentos jurídicos, existem múltiplas manifestações de uma só jurisdição.<sup>3</sup>

Para os fins do presente estudo, é interessante delimitar o tema em duas modalidades de controle jurisdicional, a comum e a especial. A primeira, amplamente conhecida como sistema de jurisdição única, ou modelo inglês de jurisdição, engloba todos ou quase todos conflitos que envolvem matéria administrativa. A segunda, dita especial, refere-se ao sistema de jurisdição mista ou dúplice, ou modelo jurisdicional francês, assim entendida por submeter as situações contenciosas administrativas ao descortino de órgãos específicos da Administração Pública, distintos do Poder Judiciário, que exercerão a jurisdição comum sobre as demais situações. Tanto em um quanto em outro sistema, há pleno controle da atividade administrativa desempenhada pelo Poder Executivo, observando-se diferenças apenas quanto à forma como organizam os tribunais incumbidos do controle dos atos administrativos.

Na lição de Miguel Seabra Fagundes, o sistema inglês ou do monopólio da jurisdição caracteriza-se por concentrar o exercício da função jurisdicional exclusivamente no Poder Judiciário, onde todos os litígios, de cunho administrativo ou não, são submetidos ao crivo dos órgãos desse Poder. Tal sistema surgiu da necessidade de se ter um Poder acima das influências do soberano, inclusive conferindo-lhe autonomia, para que o controle sobre a Administração fosse efetivo. Ampara-se no princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário. Historicamente, a adoção desse sistema no Brasil remonta à Constituição de 1946, primeira a expressamente garantir esse acesso, nos termos do art. 141, § 4º: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.<sup>4</sup>

No que respeita à jurisdição dúplice ou sistema francês, o mesmo autor leciona que sua origem remonta à Revolução de 1789. A justificativa se apoia na resistência da opinião pública quanto à ingerência

2 CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Fisiologia Constitucional. In: *Fundamentos do Direito Constitucional: constituição, tipologia constitucional, fisiologia constitucional*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, cap. 6, p. 186/187.

3 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Jurisdição. In: *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 74-115

4 FAGUNDES, Miguel Seabra. Do controle Jurisdicional da Administração Pública. In: *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, cap. 3, p. 113-209.

dos parlamentos, corpos judiciários, nos negócios administrativos, pois constituíam eles obstáculos intransponíveis à aprovação de reformas administrativas necessárias.

A legislação revolucionária, por intermédio da Lei Francesa nº 16, de 24 de agosto de 1790, tratou, de maneira inequívoca, a distinção e a separação da função judiciária da administrativa, não podendo os juizes, em hipótese alguma, perturbar as operações dos órgãos administrativos. Sobressai dessa vedação expressa aos juizes não só a proibição de se intrometerem em matérias da Administração, mas também de formularem qualquer juízo sobre situações contenciosas que surgissem.<sup>5</sup>

A respeito das origens desse modelo jurisdicional, a professora Odete Medauar ensina da seguinte forma:

Originou-se na França a ideia de vedar ao Judiciário o julgamento de controvérsias que envolvessem a Administração, em virtude, principalmente, de uma interpretação peculiar do princípio da separação dos poderes, combinada a fatos históricos aí ocorridos antes da Revolução Francesa; de fato, no chamado *'Ancien Regime'* os Parlamentos dotados de algumas das funções jurisdicionais, passaram a imiscuir-se na Administração, editando preceitos que lhes pareciam aptos a acabar com abusos (mescla de justiça e ação administrativa) e também proferindo censuras a medidas editadas pelo monarca. Assim, após 14 de julho de 1789 procurou-se evitar a interferência de órgãos jurisdicionais na Administração Pública.<sup>6</sup>

Em sua abordagem sobre os sistemas de base romanística, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona com propriedade:

Sabe-se que o direito administrativo, como ramo autônomo do direito, teve origem na França, sendo de elaboração pretoriana, em decorrência do trabalho do Conselho de Estado, que é o órgão de cúpula da jurisdição administrativa que se constituiu naquele país.

O direito administrativo nasceu referido a um sujeito – a Administração Pública. Por isso mesmo se entendeu que devia ser constituído por normas próprias, derogatórias do direito privado que rege as relações entre particulares.

---

5 FAGUNDES, op. cit.

6 MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Segundo “Georges Vedel, em seu *Droit Administratif* (*Presses Universitaires de France*, 1964, p. 53), o direito administrativo francês é, em grande parte, não legislativo, porque formulado pelo juiz. Diz ele que “nesse ramo do Direito, o repúdio ao Código Civil e ao direito privado e à imensidão de lacunas legislativas levaram o juiz a *fazer* verdadeiramente o direito”. A função do juiz administrativo não era só a de interpretar o direito positivo, como o fazia o juiz comum, mas também preencher, por suas decisões, as lacunas da lei.

O direito administrativo francês se elaborou com base em determinados conceitos, como o de serviço público, de autoridade, de poder público, de especialidade de jurisdição, nenhum deles inspirado no direito privado. Conforme ensinamento de Georges Vedel (ob. Cit., p. 57), quatro princípios essenciais informam o direito administrativo francês: o da *separação das autoridades administrativa e judiciária*, que determina as matérias para as quais os tribunais judiciais são incompetentes; o das *decisões executórias*, que reconhece à Administração a prerrogativa de emitir unilateralmente atos jurídicos que criam obrigações para o particular, independentemente de sua concordância; o da *legalidade*, que obriga a Administração a respeitar a lei; e o da *responsabilidade do poder público*, em virtude do qual as pessoas públicas devem reparar os danos causados aos particulares.

O fato de ter-se criado um ramo autônomo para reger as relações de que a Administração Pública é parte não significa que o Conselho de Estado nunca utilizasse o direito privado. Pelo contrário, ainda uma vez lembrando a lição de Georges Vedel (ob. Cit., p. 48), “*o que permanece verdadeiro da tese clássica é que, ao contrário do juiz judiciário, o juiz administrativo é senhor de decidir se os Códigos e as leis de direito privado se aplicam a tal ou tal matéria dependente de sua competência. Conforme os casos, ele próprio forjará as regras aplicáveis ou considerará inútil a derrogação das regras de direito privado*”.<sup>7</sup>

A respeito do sistema da *common law*, em que se enquadram, entre outros, o direito inglês e o direito norte-americano, Di Pietro ressalta que ele “demorou a reconhecer a existência do direito administrativo, por

7 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. O Direito Administrativo Brasileiro sob Influência dos Sistemas de Base Romanística e da Common Law. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público, n. 08, nov./dez. 2006/jan. de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 set. 2012.

repudiar duas ideias fundamentais do direito administrativo francês: a sujeição da Administração Pública a um regime jurídico próprio, diverso do aplicável aos particulares (daí a expressão *common law*, a designar a existência de um regime único para poder público e particulares) e a existência de uma jurisdição administrativa própria para decidir os litígios da Administração Pública (daí o sistema da unidade de jurisdição).<sup>8</sup>

Di Pietro ensina, ainda, que “no sistema da *common law* não se fala em ato administrativo, em decisão executória, em serviço público (e sim em serviço de utilidade pública), em contrato administrativo (embora os poderes da Administração sejam muito semelhantes aos reconhecidos no direito administrativo de base romanística); mesmo a responsabilidade civil do Estado demorou a ser reconhecida, só ocorrendo isto em meados do século XX, assim mesmo não abrangendo todas as hipóteses de danos causados aos particulares.”<sup>9</sup>

8 A professora Maria Sylvia tece, neste artigo, interessantes considerações sobre o sistema da *common law* e seus paradoxos. Para ela, tal sistema “levou à formação de um direito administrativo com as características muito semelhantes às do direito administrativo francês (com o reconhecimento de prerrogativas públicas para a Administração) e, que é mais contraditório, outorgou às agências reguladoras *funções quase legislativas e quase judiciais*. Quase legislativas, porque as agências (que em conjunto, formam a Administração Pública), têm o poder de baixar normas com força de lei. Para compatibilizar essa função normativa com o princípio da separação de poderes, criou-se uma sistemática: a agência só pode baixar normas se essa atribuição for atribuída por lei específica; as normas devem observar os *standards* (conceitos indeterminados, diretrizes, princípios), contidos na lei ou na Constituição; cabe ao Judiciário examinar a validade das normas das agências diante desses standards contidos na lei, podendo invalidar as normas que os contrariem; para esse fim, elaborou-se o *princípio do devido processo legal substantivo*, pelo qual a norma da agência só é válida na medida em que seja razoável, adequada, racional em relação aos *standards* contidos na lei; para garantir o aspecto democrático, submeteu-se a elaboração de normas pelas agências a um procedimento, definido na Lei de Procedimentos Administrativos, em que a participação é fundamental, sob pena de ilegalidade. Vale dizer que a elaboração legislativa pelas agências baseia-se num tripé: a delegação legislativa, o controle judicial do conteúdo das normas com base no princípio do devido processo legal substantivo e a imposição de observância de procedimento administrativo com a participação do cidadão (devido processo legal adjetivo). Quase judicial, porque as agências têm o poder de resolver conflitos na esfera administrativa, inicialmente com exclusão da apreciação judicial quanto à matéria de fato e às questões técnicas (a chamada discricionariedade técnica). Com o tempo, o controle judicial cresceu e o Judiciário passou a apreciar a motivação, a razoabilidade, a relação custo benefício, a matéria de fato. Paradoxo: criticou-se o direito francês por causa da existência do direito administrativo e da jurisdição administrativa, mas criou-se um *devido administrativo posto pelas agências reguladoras*, portanto, muito mais autoritário do que o direito francês, e outorgou-se a órgãos administrativos função quase judicial, com subtração de algumas matérias à apreciação judicial. Na jurisdição administrativa, os conselheiros gozam da mesma independência que os membros do Poder Judiciário, o que não ocorre em relação às agências, cuja independência se apoiou, de início, apenas na ideia de neutralidade em relação aos três Poderes do Estado, mito que aos poucos se desfez, pela crescente submissão das agências a controles exercidos pelos três Poderes do Estado e a diretrizes impostas pelo Poder Executivo. O autoritarismo reduziu-se apenas com a previsão da participação dos interessados no processo de elaboração das normas e com a ampliação do controle judicial.”

9 PIETRO, op. cit., p. 4.

Diferentemente do Brasil,<sup>10</sup> a tutela jurisdicional na Itália funciona, regra geral, de acordo com um regime binário de distribuição de competências entre juiz ordinário e juiz administrativo, conhecido como jurisdição mista. Ao primeiro cabe a tutela subjetiva dos direitos dos cidadãos, ao segundo, a tutela objetiva da legalidade da atuação administrativa, mediante reconhecimento de interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Portanto, regra geral, a jurisdição dos tribunais administrativos não é exclusiva, estando condicionada pelo tipo de posição jurídica ativa titulada pelos cidadãos.

Depois da unificação italiana, com o *Statuto Albertino* (1848), o sistema de justiça administrativa italiano afirmou-se com um caráter monista, em que todas as causas respeitantes a direitos civis ou políticos dos particulares, em face da Administração, estavam a cargo dos tribunais judiciais. Mas estes não poderiam, em caso de ilegalidade do ato, anulá-lo ou modificá-lo – em respeito de um princípio de separação de poderes. Poderia apenas conhecer os seus efeitos, desaplicá-lo se ilegal e fixar uma indenização reparatória da lesão.

Aldo Sandulli, professor ordinário de Direito Administrativo da Universidade *Suor Orsola Benincasa* de Nápoles, ressalta as modificações introduzidas pelo *Statuto Albertino* no papel desenvolvido pelo Conselho de Estado:

Lo Statuto albertino del 1848, como è noto, costituì vero e próprio punto di rottura rispetto ala originaria collocazione del Consiglio di Stato nell'ordine statale, e ciò perché con lo Statuto venne meno lo

---

10 A respeito das influências dos diferentes sistemas no Direito Administrativo Brasileiro, Di Pietro ressalta, no mesmo artigo citado, que “embora sob influência do direito francês e de outros direitos enquadrados no sistema de base romanística (direito italiano, alemão espanhol, português, etc.), o regime jurídico administrativo, no Brasil, também sofreu influência do sistema da *common law*, especialmente do direito norte-americano [...], no que diz respeito ao sistema de unidade de jurisdição, à jurisprudência como fonte de direito, à submissão da Administração Pública ao controle jurisdicional. [...] Do direito francês, o direito administrativo brasileiro acolheu a ideia de ato administrativo, com o atributo da auto-executoriedade, as sucessivas teorias sobre responsabilidade civil do Estado, o conceito de serviço público, as prerrogativas da Administração Pública, a teoria dos contratos administrativos, o princípio da legalidade. [...] Quanto ao princípio da legalidade, embora adotando o sistema de jurisdição uma próprio da *common law*, o direito brasileiro não adotou o mesmo princípio do *estare decisis*, que dá força obrigatória aos precedentes judiciais. Do direito italiano, recebeu o conceito de mérito, o de autarquia e entidade paraestatal (dois vocábulos criados no direito italiano), a noção de interesse público, e o próprio método de elaboração e estudo do direito administrativo, mais técnico-científico do que o método pragmático do direito francês. Com efeito, ao lado dos alemães, os autores italianos muito contribuíram, não só aqui, mas em outros países, para a mudança do próprio método de estudo do direito administrativo; este, sendo de formação jurisprudencial, era elaborado a partir de casos concretos, sem muito preocupação com a sistematização; a doutrina alemã e a italiana contribuíram para a adoção de um método técnico-científico.”

Stato assoluto. Mutò la forma di governo (art. 2: *Lo Stato è retto da un governo monarchico rappresentativo*) e si introdussero importanti garanzie per l'ordine giudiziario (art. 69: *I Giudici nominati dal Re, ad eccezione di quelli di mandamento, sono inamovibili dopo tre anni di esercizio*; art. 71: *Niuno può essere distolto dai suoi giudici naturali. Non potranno perciò essere creati Tribunali o Commissioni straordinari*). Lo Statuto non diceva nulla sul contenzioso amministrativo e acenava soltanto in due punti al Consiglio di Stato (all'art. 33, comma 1, n. 15 si stabiliva che i senatori del Regno potevano essere scelti, tra l'altro, tra *I Consiglieri di Stato dopo cinque anni di funzioni*; all'art. 83, comma 1, si prevedeva l'emanazione di una legge *sul riordinamento del Consiglio di Stato*, che tenesse conto delle trasformazioni operate dallo Statuto.

Pur trattando pochissimo del Consiglio di Stato, tuttavia le trasformazioni imposte dallo Statuto albertino determinavano il superamento del disegno politico emergente dall'editto di Carlo Alberto del 18 agosto 1831, di creare cioè un organo di rilevanza anche costituzionale, legato a certi canoni della cosiddetta monarchia consultiva.

Prima dello Statuto, il Consiglio rivestì un ruolo propriamente politico di *Consilium regis*, facendo parte del circuito di decisione politica del sovrano: era, allora, un organo in un certo senso parallelo, coordinato, ma non subordinato ai ministri e, forse, a questi aveva il compito di contrapporsi, sia pure in discreta e limitata misura: esso dava al Re un'assistenza consultiva, i ministri un'assistenza attiva, e le due forme di cooperazione erano, naturalmente, collegate in modo indissolubile, senza che l'una dipendesse formalmente e giuridicamente dall'altra. Se mai, il Consiglio poteva essere un mezzo con cui la Corona era posta in grado di esercitare un certo controllo e sindacato sui suoi ministri. Dopo, a seguito del mutamento della forma di governo, esso mutò completamente ruolo, adattandosi al nuovo regime costituzionale e trasformandosi, con le leggi del 1859 (ma già in via di fatto, nel frattempo), in organismo tecnico di consulenza dell'esecutivo.<sup>11</sup>

---

11 SANDULLI, Aldo. Il Consiglio di Stato: 180 anni di Storia. In: *Il riordinamento del contenzioso amministrativo. Le leggi 30 ottobre 1859, nn. 3705, 3706, 3707 e 3708*. Prima edizione. Torino: Zanichelli editore S.p.A., 2011, p. 49-50.

Este sistema, muito criticado pela doutrina, foi revelando fraquezas à medida que a intervenção da Administração, em várias áreas da sociedade, aumentava e fazia nascer a necessidade de tutelar outras situações jurídicas: os interesses legítimos.

Para ultrapassar esta dificuldade, foi criada a IV Seção do Conselho de Estado - que era um órgão administrativo meramente consultivo - através da *Legge 31 marzo 1889, n.5992*. Piero Aimo, professor ordinário de História Constitucional da *Università Degli Studi di Pavia*, faz os seguintes comentários sobre a referida Lei:

Con il primo testo normativo si innestava, nell'organizzazione interna del Consiglio, una IV sezione (per la giutizia amministrativa) che si affiancava alle tre già esistenti: dell'interno; di grazia, giustizia e culti; delle finanze. La nuova struttura era composta da un Presidente, otto consiglieri, 3 referendari ed un segretario. Particolare cura sarà posta nella scelta del Presidente (il primo, como è noto, fu lo stesso Spaventa), e dei consiglieri, sia privilegiando soggetti particolarmente esperti nel campo del diritto amministrativo, sia attuando un *sapiente dosaggio* - come è stato scritto - fra consiglieri *anziani* e *giovani*. La legge disponeva anche una rotazione (parziale) fra i consiglieri stessi, che dovevano essere designati all'inizio di ogni anno. Ai componenti della sezione era riconosciuta - rispetto alla normativa del 1865 - una *semi-inamovibilità* (la loro sospensione e rimozione erano infatti previste in casi ben determinati e risultavano circondati da particolari cautele) ma il loro *status* giuridico (al contrario del trattamento economico) non era ancora equiparato a quello dei membri della magistratura ordinaria o della Corte dei Conti.

[...]

La nuova sezione giurisdizionale inizia i suoi lavori nel marzo del 1890, sotto la guida autorevole di Silvio Spaventa, nominato Presidente con decreto del 31 dicembre 1889. Comincia così un'intensa attività giurisprudenziale che sarà vista con favore dai cittadini, come dimostra altresì l'altro numero di ricorsi che, sin da subito, vi affluiscono, e che eserciterà un'influenza determinante tanto sul processo amministrativo quanto sullo stesso diritto amministrativo; si pensi soltanto, a quest'ultimo proposito, alla formulazione di diversi istituti giuridici in tema di pubblico impiego e che saranno accolti dallo stesso legislatore (ad es., con la legge *Giolitti* del 1908). Non meno rilevante è l'apporto offerto in relazione

alle questioni procedurali: qui il supremo giudice amministrativo non solo perfeziona i suoi poteri *sindacatori* ma elabora alcuni principi generali sull'interesse a ricorrere, sui rapporti fra ricorsi amministrativi e ricorsi giurisdizionale, sulle questioni sollevabili d'ufficio, sulle decisioni cautelari ecc."<sup>12</sup>

Com a *Legge 7 marzo 1907, n. 62*, intitulada *Legge sul riordinamento degli istituti per la giustizia amministrativa*,<sup>13</sup> foi criada a V Seção do Conselho de Estado. Luisa Torchia, professora ordinária de Direito Administrativo na *Università Degli Studi di Roma*, comenta sobre a atribuição de uma jurisdição de mérito ao Conselho de Estado e de seu poder de auto-controle ou *self restraint*:

Con la istituzione della V sezione si stabilì, infatti, un punto di non ritorno molto importante per la storia successiva del Consiglio di Stato e anzi per la stessa collocazione del giudice amministrativo nel nostro ordinamento, perché – per comune giudizio – con la legge del 1907 si affermò inequivocabilmente la natura giurisdizionale del Consiglio di Stato, tanto che la stessa legge fu definita, all'epoca, come la *carta giurisdizionale* dello stesso Consiglio.

[...]

La giurisprudenza della V sezione si concentrò, infatti, soprattutto su questioni di competenza, sia rispetto alla IV sezione, sia rispetto al giudice ordinario, seguendo un orientamento espansivo, che incontrò all'inizio l'avversione della Cassazione, ma fu poi riconosciuto dalla stessa Cassazione come corrispondente alla natura piena della giurisdizione di mérito.

[...]

Al *self restraint* nell'uso dei poteri di decisione *nel merito* si accompagnò il crescente ricorso ai principi generali, come la proporzionalità o la ragionevolezza, grazie ai quali il giudice, pur non sostituendosi all'amministrazione, rese sempre più penetrante il potere di controllo e di conformazione dell'attività amministrativa.

<sup>12</sup> AIMO, Piero. Il Consiglio di Stato: 180 anni di Storia. In: *Francesco Crispi e la riforma della giustizia amministrativa del 1889-1990*. Prima edizione. Torino: Zanichelli editore S.p.A, 2011, p. 158-161.

<sup>13</sup> Publicada em G.U. (Gazzetta Ufficiale), 15 marzo 1907, n. 63.

[...]

Il rapporto fra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito si sarebbe poi consolidato confermando la prevalenza della prima e la tendenziale marginalità della seconda. Per uno di quei corse e ricorsi così frequenti nella storia, la questione della natura dei poteri del giudice amministrativo e delle misure che egli può ordinare o disporre, come si legge rispettivamente nella lettera c) e nella lettera e) dell'art. 34 del codice del processo amministrativo del 2010, sta tornando oggi di attualità, anche in ragione dei principi di pienezza ed effettività della tutela sanciti con lo stesso codice e di alcune specifiche disposizioni, come ad esempio quelle relative al potere di dichiarare l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, previa la valutazione di una serie di circostanze in fatto e degli interesse rilevanti.<sup>14</sup>

De capital importância no plano do contencioso administrativo foi a promulgação da Constituição italiana atualmente em vigor. Adoptada em 1948, no advento dos Estados Sociais da segunda metade do século XX, a *Costituzione della Repubblica Italiana* atribui pela primeira vez dignidade constitucional à tutela das situações jurídicas dos particulares em face da Administração, nomeadamente através dos tribunais administrativos.

Para além da garantia de tutela jurisdicional geral, prevista no artigo 24, a norma constitucional prevê a tutela dos direitos e interesses legítimos dos particulares, no âmbito de relações administrativas, no artigo 113, proibindo que o recurso aos tribunais seja excluído ou limitado a meios de impugnação específicos ou a certas categorias de atos. Permite, todavia, ao legislador ordinário reservar a competência anulatória de atos administrativos apenas a alguns órgãos jurisdicionais.

Sobre a Justiça Administrativa na Constituinte Italiana, o ilustre Conselheiro de Estado Damiano Nocilla tece as seguintes considerações:

Il lettore della Costituzione, che ad essa dedichi un po' più di attenzione di quella che vi dedica generalmente l'uomo della strada, non potrà non meravigliarsi del fatto che il tema della giustizia amministrativa e dei suoi organi vi si trovi affrontato e disciplinato in diverse disposizioni sparse qua e là nel testo, senza nessuna pretesa

14 TORCHIA, Luisa. Il Consiglio di Stato: 180 anni di Storia. In: *L'istituzione della V sezione con la legge n. 62 del 1907: la carta giurisdizionale del Consiglio di Stato*. Prima edizione. Torino: Zanichelli S.p.A., 2011, p. 178, 183-184.

di organicità: ed infatti se gli artt. 24 e 25 trovano la loro collocazione nella parte prima, dedicata ai diritti e doveri dei cittadini, l'art. 100 si inserisce nella Sezione III del Titolo III della parte seconda, che disciplina l'ordinamento della Repubblica, mentre gli artt. 101, 102, 103 e 108 si trovano nella Sezione I del Titolo IV, e gli artt. 111 e 113 nella Sezione II; infine l'art. 125, comma 2, si colloca nel Titolo V e fa sistema, per così dire, con la VI disposizione transitoria e finale.

[...]

Se una lesione si vuol trarre da questo rapido *excursus* fra i lavori preparatori della Costituzione, essa non potrà che essere un monito in direzione dell'estrema prudenza con la quale dovrà riguardarsi a tutte quelle tesi che vorrebbero rinverdire l'ipotesi, consapevolmente rigettata dall'Assemblea, di un annullamento della giurisdizione amministrativa in direzione di un potenziamento dei poteri del giudice ordinario, quasi a voler ritenere che il Costituente abbia lasciato libero il futuro legislatore di scegliere tra l'ampliamento del ruolo della giurisdizione ordinaria e quello giudice amministrativo.

Il Costituente, invece, ha fissato una precisa direttiva al futuro legislatore ordinario, che è quella della massima tutela giurisdizionale del cittadino attraverso i due strumenti, senza consentire la sottrazione di materie all'una in favore dell'altra giurisdizione, se non quando tale sottrazione fosse funzionale alla compiuta realizzazione del principio di cui all'art. 24. Così come la cognizione degli interessi legittimi, soprattutto quando implicano il sindacato sull'atto amministrativo sotto il profilo dell'eccesso di potere, non potrebbe essere sottratta al giudice amministrativo, la giurisdizione esclusiva di quest'ultimo potrebbe ammettersi soltanto quando la cognizione dei diritti soggettivi non possa agevolmente distinguersi dalla tutela dell'interesse legittimo, oppure quando, come nel caso della risarcibilità del danno da lesione di un interesse legittimo, la doppia tutela si possa risolvere in un inutile aggravio per il cittadino.<sup>15</sup>

A Constituição italiana assimilou o sistema de jurisdição dualista. Nos termos do artigo 103, é de competência dos tribunais administrativos a resolução de conflitos resultantes da violação de interesses legítimos, podendo a legislação ordinária fixar

<sup>15</sup> NOCILLA, Damiano. Il Consiglio di Stato: 180 anni di Storia. In: *La giustizia amministrativa all'assemblea costituente*. Prima edizione. Torino: Zanichelli editore S.p.A, 2011, p. 317, 336-337.

como sua competência específica matéria referente a direitos subjetivos. Em regra, esta pertence aos tribunais judiciais. Como órgãos da justiça administrativa, a Constituição prevê o Conselho de Estado (artigo 103, parágrafo 1º), que mantém em simultâneo uma natureza administrativa, como órgão consultivo da Administração Pública (artigo 100º), e o Tribunal de Contas (artigo 103º, 2º parágrafo), admitindo ainda outros órgãos jurisdicionais, a serem estabelecidos pela lei. Aos juízes destes tribunais aplicam-se as garantias dos magistrados em geral (ver em particular artigo 108).

O art. 100 da Constituição Italiana, de fato, definiu o Conselho de Estado como *organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione* e os arts. 103, parágrafo 1º, e 125 atribuíram ao Conselho e a outros órgãos da justiça administrativa, a jurisdição para a tutela de interesses legítimos e, particularmente, de direitos subjetivos no confronto com a Administração.

Pasquale de Lise, atual Presidente do *Consiglio di Stato*, ressalta que no tocante às críticas concernentes à coexistência de tais funções (consultiva e judicial), *la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che la stessa non si ponga in contrasto con le norme della Convenzione, purché si garantisca una composizione dei collegi in grado di evitar la commistione di ruoli che possa ledere il principio di imparzialità*.<sup>16</sup>

São, então, órgãos jurisdicionais competentes em matéria administrativa:<sup>17</sup>

- Tribunais judiciais, que nos termos da Legge 20 marzo 1865, n.2248, no seu artigo 2º, têm competência apenas para julgar a violação de direitos subjetivos dos particulares. Os seus poderes resumem-se, contudo, à fixação de uma indenização reparatória da lesão e à desaplicação do ato administrativo ilegal ao caso concreto do particular. Não têm poderes anulatórios, nem modificativos do ato. Esta limitação criou várias dificuldades levando, por exemplo, alguma jurisprudência italiana a desaplicar atos administrativos, por ela julgados ilegais, e que no entanto permaneciam em vigor no ordenamento jurídico, porque não eram anulados, e a considerar como ilícitos penais as atuações do particulares efetuadas ao seu abrigo. As ações propostas nestes tribunais segue masformas previstas no Código de Processo Civil.

16 LISE, Pasquale de. Il Consiglio di Stato: 180 anni di Storia. In: *La giustizia amministrativa fra tradizione e modernità*. Prima edizione. Torino: Zanichelli editore S.p.A, 2011, p. XVI.

17 REIS, Elisabete Martins dos; MAURÍCIO, Raquel. *Breve Presentazione Della Giustizia Amministrativa Italiana*. Em 24 out. 2009. Disponível em: <<http://ccalmo.blogspot.com.br/2009/10/breve-presentazione-della-giustizia.html>>. Acesso em: 23 set. 2012.

- Tribunais Administrativos: são os Tribunais Administrativos Regionais (TAR)<sup>18</sup>, previstos na *Legge 6 dicembre 1971, n.1034*, e o Conselho de Estado, regulado pelo *regio decreto n. 1054 de 6 giugno 1924*. Como já explicitado, estes tribunais têm duas espécies essenciais de competência: competência geral, no que respeita a atos administrativos ilegais, feridos dos vícios típicos (incompetência, excesso de poder e violação de lei) e lesivos de interesses legítimos e interesses difusos. O juiz administrativo teria aqui apenas poderes anulatórios, fixando-se o princípio da não reparação das lesões destas situações jurídicas.<sup>19</sup> E competência exclusiva, quando a lei remete para a sua jurisdição o tratamento de violações de direitos subjetivos, alargando os seus poderes, que para além de anulatórios são também condenatórios (por exemplo, em matéria relativa à função pública). Em regra, o Conselho de Estado funciona como instância de recurso das decisões dos TAR's.

Ao lado destes, temos ainda o Tribunal de Contas, responsável pela fiscalização das contas públicas e competente para dirimir conflitos referentes a algumas prestações sociais, e os tribunais das águas públicas.

Este sistema dualista levantou, ao longo do tempo, muitos problemas, não só na determinação do tribunal competente, mas sobretudo porque se manifestava cada vez mais desadequado a tutelar convenientemente a situação dos particulares, obrigando-os, muitas vezes, a recorrer às duas jurisdições, primeiro para conseguir a anulação do ato e depois uma indenização. Daí que, em 2000, depois de uma tentativa em 1998 que veio a ser declarada inconstitucional por vícios orgânicos, o legislador italiano, sob influência das exigências do direito comunitário e já alerta para estas dificuldades, operasse uma grande reforma neste sistema. Mudança essa que alguma doutrina italiana não deixou de assinalar como uma verdadeira alteração de paradigma.

---

18 Na Itália, cabe ao Tribunal Administrativo Regional do Lázio conhecer dos atos administrativos praticados pela Agcom (*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*) e pela Agcm (*Autorità garante della concorrenza e del mercato*), sendo o conhecimento do recurso dos atos da Aeeg (*Autorità per l'energia elettrica e il gas*) confiado ao Tribunal administrativo da Lombardia, conforme arts. 14 e 135 do Código de Processo Administrativo italiano (*Codice del Processo Amministrativo*). A jurisdição exclusiva atribuída pelo legislador aos tribunais administrativos está prevista no art. 133 do Código de Processo Administrativo italiano.

19 No entanto, como veremos adiante, este princípio não mais vigora no direito administrativo italiano. Nos termos da histórica decisão da Corte de Cassação – *Sezioni Unite n. 500 del 22 luglio 1999*, os juízes administrativos também podem fixar indenizações visando a reparação do “*danno ingiusto*”. A possibilidade de reparação no próprio processo administrativo admitida pela Corte de Cassação foi confirmada pelo art. 7º da *Legge 205*, de 21 de julho de 2000 que, se referindo ao art. 7º da *Legge 1034*, de 6 de dezembro de 1971, atribuiu ao juiz administrativo, no âmbito de sua jurisdição (que exclusiva, quer de legitimidade), o conhecimento das questões relativas ao eventual ressarcimento do dano (também através de reintegração em forma específica) e dos outros consequentes direitos patrimoniais.

Com a *Legge 21 luglio 2000, n.205*, passam a ser da competência dos tribunais administrativos todas as matérias referentes aos procedimentos de adjudicação de obras públicas, serviços e fornecimento, e referentes a serviços públicos, como os transportes ou as telecomunicações, entre outros. Revoga ainda todas as disposições que nestas áreas obrigavam o particular a recorrer aos tribunais judiciais para obter uma indenização.

Filippo Patroni Griffi, Presidente de seção do Conselho de Estado, afirma que a Lei n. 205 trouxe o seguinte legado à Justiça Administrativa italiana:

a) oggi il giudice amministrativo ha una fisionomia ben delineata come giudice del potere (o del mancato esercizio del potere) pubblico;

b) è acquista una tendenza alla concentrazione delle tutele come strumento volto ad assicurare la pienezza della cognizione del rapporto e la ragionevole durata del processo, in una cornice di piena equiordinazione delle posizioni soggettive e dei giudice chiamati a tutelarle;

c) sia pure entro certi limiti e con molte resistenze, va prendendo piede l'idea che il sistema delle tutele sia costituito da uno strumentario volto ad assicurare, pragmaticamente, la *riparazione* più adeguata nel caso concreto alla lesione ingiusta subita dal cittadino nell'esercizio dei pubblici poteri. E così viene in rilievo la sfera giuridica del cittadino nel suo complesso, più che la singola posizione soggettiva, talvolta difficile da individuare, da qualificare, da isolare.<sup>20</sup>

O amplo alcance destas matérias e a própria fixação da jurisdição, já não em função da natureza da situação jurídica alegada pelo particular, mas em razão da matéria, permitem hoje afirmar que a dualidade de jurisdições quase se apagou do ordenamento jurídico italiano. Os tribunais administrativos adquirem competência e plena jurisdição na maioria dos litígios administrativos, podendo anular qualquer ato administrativo e fixar uma indenização. Torna-se irrelevante tratar-se ou não de um direito subjetivo ou interesse legítimo, fixando-se como princípio a reparação em caso de lesão de ambos.

Nos tribunais administrativos, o meio processual previsto mantém ainda o nome de recurso, que agora compreenderá poderes de

---

20 GRIFFI, Filippo Patroni. Il Consiglio di Stato: 180 anni di Storia. In: *Le trasformazioni nella giustizia amministrativa: dalla l. n. 205 del 2000 al codice del processo amministrativo*. Prima edizione. Torino: Zanichelli S.p.A, 2011, p. 524.

mera apreciação, condenação e anulação, não autonomizando o legislador os três tipos diferentes de ação. As formas de processo utilizadas são a especial, ordinária e sumária, cada vez mais próximas do processo civil. Estão previstos ainda uma ação executiva e procedimentos cautelares, antes denominados incidentes de suspensão da eficácia do ato administrativo e integrados no processo principal, e que com a reforma de 2000 se tornaram ações autônomas.

Aqui vale, ainda, ressaltar que o Tribunal Constitucional, previsto nos artigos 134 a 137 da Constituição Italiana, não pertence ao Poder Judiciário. Constitui-se de 15 juízes, com mandato por nove anos, sendo um terço indicado pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento e um terço pela Suprema Corte de Cassação. Só a Corte Constitucional julga a constitucionalidade de uma lei. Se um juiz ordinário considera uma lei inconstitucional, suspende o andamento do processo e remete-o à Corte para decisão. O julgamento é rápido, e é possível determinar a reunião dos casos envolvendo a mesma matéria para julgamento único.

As profundas mudanças observadas não se limitaram, no entanto, apenas ao plano interno. Segundo Vinícius Martins, mestre em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da UFMG, o direito administrativo na Itália enfrenta atualmente uma questão para nós desconhecida, que se alastra principalmente no ambiente europeu, com a integração cada vez mais intensa entre administrações nacionais e supranacionais manifesta através da supervisão comunitária sobre a independência das autoridades reguladoras, da ruptura do liame tradicional entre nacionalidade e função pública e da disciplina comunitária sobre múltiplas matérias administrativas, como ocorre no caso dos contratos.<sup>21</sup>

O tradicional “Estado-Nação” já não é mais arena exclusiva do direito administrativo, que agora se insere na “era do direito global”, em expressão utilizada pelo Professor da PUC/SP, Carlos Ari Sunfeld:

Eis, então, o direito global: a) variadas cadeias de normas, algumas geradas no "mercado jurídico interno", outras tantas de origem externa (diga-se: de diferentes origens externas); b) uma complexa estrutura de órgãos, uns estatais, outros internacionais, produzindo e aplicando o direito; c) por fim, a mundialização da economia fazendo valer os seus interesses, tanto forçando a reforma dos Estados e

---

21 MARTINS, Vinícius. Transformações do Direito Administrativo Contemporâneo: Reflexos sobre a Contratualidade Pública nos Ordenamentos Jurídicos Italiano e Brasileiro. *Revista Jurídica, Brasília*, v. 7, n. 74, p. 01-26, ago./set. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista)>. Acesso em: 23 set. 2012.

impondo-lhes organização, como impondo novas regulações para cada tipo de assunto.<sup>22</sup>

Vinícius Martins cita em seu artigo texto do professor e juiz constitucional italiano Sabino Cassese “*Le trasformazioni del Diritto Amministrativo dal XIX ao XXI secolo*” publicado em 2002 na “*Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*”. Ele argumenta que o direito administrativo, antes restrito a âmbito estatal, “è oggi legato a una pluralità di ordinamenti giuridici e di diritti”.

Martins segue se pergutando “como esta conexão entre direito comunitário e direitos nacionais vem se afirmando na prática diuturna na União Européia e influenciando na reforma de balizas do direito administrativo? Segundo SUNFELD, em especial a partir do início da década de 90, algumas decisões tomadas pelos órgãos judiciários da Comunidade vieram a abalar pilares fundados nos “velhos serviços públicos de regime jurídico afrancesado”.<sup>23</sup>

As posições da Comissão e dos Tribunais da União Européia interferiram direta e incisivamente no regime contratual da administração italiana. Martins faz importantes digressões a respeito do influência do direito comunitário nos contratos da administração italiana, especialmente nos de concessão:<sup>24</sup>

Convém destacar que o principal intuito da regulação comunitária sobre contratos administrativos não é o de harmonização integral de diretivas nacionais sobre matéria, porém o de coordenação dos procedimentos de formalização de contratos públicos, introduzindo um mínimo de normas comuns sobre critérios de adjudicação, publicidade de anúncios nos certames licitatórios e especificações técnicas utilizadas em documentos contratuais.

Dois são os aspectos que parecem centrais a este novicho direito comunitário da contratação pública: a abertura dos processos de seleção à ampla concorrência comunitária e a adequação dos ordenamentos nacionais às diretrizes do Tratado de Maastricht.

Do primeiro ponto destacam-se influências significativas no desenvolvimento de determinadas empresas, regiões da Comunidade

<sup>22</sup> SUNFELD, Carlos Ari. *A administração pública na era do direito global*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2004

<sup>23</sup> MARTINS, op. cit., p. 4.

<sup>24</sup> MARTINS, op. cit., p. 11-13.

e inteiros setores das economias nacionais. A normativa italiana em vigor procurou adaptar tais diretrizes, instituindo a disciplina dos contratos denominados "*sopra soglia comunitaria*"<sup>25</sup> e "*sotto soglia comunitaria*", submetendo o procedimento "*ad evidenza*" dos primeiros a uma publicidade que procura abarcar todos os países da União Européia, determinando a obrigatoriedade de publicação dos respectivos "*bandi di gara*" em seu Jornal Oficial. Com este mesmo condão observou-se naquele ordenamento a implementação de medidas discriminatórias – como a reserva de contratos ou a prática de condições de preços mais favorecidas – com o intuito de favorecer contratantes de regiões pobres (principalmente os localizados na região do Mezzogiorno).

Quanto à aplicação dos princípios do Tratado à dinâmica dos contratos administrativos, as repercussões também são de grande monta. A discussão do princípio da igualdade (art. 6º), por exemplo, relativamente à discriminação entre concorrentes de nacionalidade diversa, veio a provocar manifestação paradigmática do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias.<sup>26</sup>

Não obstante a relevância das disposições precitadas, as diretrizes comunitárias relativas à natureza jurídica do instituto da concessão ("*concessione*") são, sem reboços, as que maiores impactos provocam no âmbito do direito administrativo italiano. Expliquemos.

A tradição doutrinária peninsular procurou, durante longo período, caracterizar a concessão como ato unilateral de *ius imperii*. Todavia, vários direitos, obrigações, ônus e encargos recíprocos iminentes, demonstravam a existência de relações complexas de cunho organizacional, técnico e econômico, que tornavam o ato concessório, de fato, uma convenção bilateral regulativa destes aspectos.

Assim, nasce entre os administrativistas italianos um novo modelo denominado pela jurisprudência de "*concessione-contratto*" (concessão-contrato), resultante da combinação do procedimento concessório e um acordo bilateral regulatório das obrigações e direitos. Caso se faça necessário um ato preparatório à concessão, este não se constitui

---

25 Tais modalidades foram instituídas pelos D. Lgs. 157/95, modificado pelo D. Lgs. 65/2000.

26 Caso C-3/88, de 05/12/89, Comissão vs. República Italiana, do que se extrai: "a regra da igualdade de trato não só proíbe discriminações ostensivas, fundadas na nacionalidade, como também todas as formas de discriminação que, aplicando outros critérios de distinção, desembocam ao final no mesmo resultado."

em um contrato, porque destes atos não nascem as obrigações, uma vez que são preparatórios para a emanção do Poder Estatal. As relações jurídicas fruto deste ato unilateral podem ser bilaterais, o que, porém, não se confunde com a natureza do ato concessório, que, repita-se, seria unilateral.

A Diretiva 93/37/CEE desmistifica tal abstração doutrinária, conceituando a concessão como um contrato de direito público. Acompanhando tal diretiva, a jurisprudência do Conselho de Estado, seção V, nº 1327 de 13 de março de 2000, entende ser possível a rescisão da concessão. Vem haurindo forças, por tal influência, a corrente contratualista que constrói seus fundamentos na necessidade de criação de um sistema de organização e gestão dos serviços públicos, capaz de dirigi-los e controlá-los, apesar dos mesmos estarem localizados fora do aparato burocrático da Administração, ou seja submetidos à gestão direta dos concessionários.”

Lauren Lautenschlager, no artigo “*O princípio da uniformidade de interpretação e aplicação do Direito da Integração*” ressalta que a competência da Administração Pública resume-se em aplicar o Direito Comunitário no exercício da função administrativa do Estado, sendo que esta aplicação provoca grandes transformações.<sup>27</sup> Citando Fausto de Quadros, ressalta que “estabelece-se, querendo ou não, a comunitarização ou europeização das Administrações Públicas e dos Direitos Administrativos estaduais o que faz um novo sistema administrativo europeu, que ultrapassa e suplanta a divisão clássica entre os sistemas administrativos de tipo francês, alemão e britânico”.<sup>28</sup>

A autonomia dos Estados-membros nunca pode ser invocada para justificar a inobservância das vinculações decorrentes do Direito Comunitário, nem poderá ser contrária à aplicação uniforme. Da mesma forma, a aplicação do Direito Comunitário por cada Estado deve ser feita como uma eficácia e um rigor equivalentes aos empregues na aplicação do seu direito nacional, devendo atender os princípios da lealdade comunitária, da boa-fé, da cooperação leal, da autonomia dos Estados Membros, limitada a não pôr em causa a sua subordinação ao Direito Comunitário e da coerência global do sistema jurídico comunitário.

27 LAUTENSCHLAGER, Lauren. O princípio da uniformidade de interpretação e aplicação do Direito da Integração. *Jus Navigandi*, publicado em 01/2011. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/revista/texto/18348>>. Acesso em: 20 set. 2012.

28 QUADROS, Fausto de. *Direito da União Européia: direito constitucional e administrativo da União Européia*, p. 529.

No tocante à aplicação do Direito Comunitário pelos Tribunais nacionais, todos os tribunais nacionais são tribunais comunitários. Todavia, os mais relevantes são os tribunais constitucionais e os tribunais administrativos. O principal órgão é o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, e este possui uma tríplice competência: consultiva<sup>29</sup>, contenciosa<sup>30</sup> e judiciária<sup>31</sup>.

Necessário mencionarmos acerca da competência judiciária e mais especificamente do reenvio prejudicial, sendo este um instrumento privilegiado de garantia da uniformidade na aplicação do direito comunitário. Ao princípio da uniformidade, através do reenvio, incumbe a tarefa de prover a uniforme interpretação e constatação da invalidade de normas comunitárias pelos operadores jurisdicionais das diversas ordens jurídicas nacionais.

As questões prejudiciais consistem num instrumento da interpretação uniforme do direito comunitário, ou como alguns preferem "mecanismo a fim de evitar divergências de jurisprudência nos vários Estados-membros"<sup>32</sup>. A questão prejudicial surge como uma questão incidental dentro do processo principal, acarretando a suspensão da instância no processo principal. Ela deve ser desprovida de formalidade (é feita, geralmente em forma de perguntas, conforme nos informa João Mota de Campos em seu Manual de Direito Comunitário), e corre em algum tribunal nacional.

Consideradas como uma manifestação da cooperação entre os tribunais nacionais e a Corte de Justiça Europeia, as questões prejudiciais dão oportunidades ao juiz nacional para, antes de aplicar a norma em litígio, obter do Tribunal Comunitário um critério uniforme para interpretação e a apreciação da validade da norma ou do ato em causa.

Algumas observações gerais deste instituto merecem ser destacadas. A Corte não hesita em reformular as questões se entender necessário, embora não responda a questão colocada. A decisão proferida naquele processo é obrigatória para os órgãos jurisdicionais nacionais, mas não se aplica às decisões que já constituíram coisa julgada.

A obrigação de reenvio está relacionada com o caráter do tribunal, e não com a natureza do processo, pois as decisões dos tribunais inferiores

---

29 A Corte Europeia fornece um parecer sobre a compatibilidade de um projeto de acordo com as disposições do Tratado da União Europeia, tudo com o objetivo de prevenir situações de conflito entre os tratados comunitários e outros instrumentos internacionais celebrados pela Comunidade.

30 Referindo-se, por exemplo, ao recurso de anulação, ação para cumprimento, por descumprimento e responsabilidade da Comunidade Europeia.

31 Aqui se fala da cooperação judiciária e mais especificamente do reenvio prejudicial.

32 Assim, QUADROS, Fausto; MARTINS, Ana Maria Guerra em *Contencioso da União Europeia*, p. 71.

são normalmente suscetíveis de recurso. Nos casos de interpretação, a obrigatoriedade deixa de existir quando a questão não for necessária nem pertinente para o julgamento do litígio principal, ou quando se verificar uma identidade material da questão prejudicial com outra que já foi decidida pela Corte de Justiça ou ainda na hipóteses do juiz natural tiver verificado que a interpretação da norma em questão é clara.<sup>33</sup>

O conselheiro Roberto Chieppa faz importantes considerações a respeito do reenvio prejudicial na atividade desenvolvida pelo Conselho de Estado:

L'attivazione dello strumento del rinvio pregiudiziale è facoltativa, tranne che per i giudici interni di ultima istanza (organo giurisdizionale nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno), che sono tenuti a rivolgersi alla Corte con il rinvio pregiudiziale, salvo le deroghe introdotte dalla giurisprudenza comunitaria.

Al riguardo si rileva che il Consiglio di Stato ha fatto un corretto uso della c.d. giurisprudenza Cifit, che ha reso meno rigido l'obbligo del rinvio per i giudici di ultima istanza, i quali non sono tenuti a sottoporre alla Corte una questione di interpretazione di norme comunitarie se questa non è pertinente (vale a dire nel caso in cui la soluzione non possa in alcun modo influire sull'esito della lite), se la questione è materialmente identica ad altra già decisa dalla Corte o se comunque il precedente risolve il punto di diritto controverso (e il contesto eventualmente nuovo non sollevi alcun dubbio reale circa la possibilità di applicare tale giurisprudenza), o se la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata.

Sotto il profilo statistico, le domande pregiudiziali rappresentano mediamente circa la metà dell'intero contenzioso pendente dinanzi alla Corte di Giustizia: delle 7005 domande pregiudiziale formulate fino al 2010 (su un totale 16828 cause promosse) 1007 provengono da giudici italiani, di cui 108 dalla Corte di cassazione, 1 dalla Corte costituzionale, 64 dal Consiglio di Stato e 883 da altri organi giurisdizionali.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> LAUTENSCHLAGER, op. cit., p. 12-13.

<sup>34</sup> CHIEPPA, Roberto. Il Consiglio di Stato: 180 anni di Storia. In: *Il Consiglio di Stato e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*. Prima edizione. Torino: Zanichelli S.p.A, 2011, p. 603-604.

Em suma, cabe fazer mais uma alusão ao estudo de Vinícius Martins, para o qual:

A comunitarização do direito administrativo traz a lume de forma ainda mais latente a precariedade dos critérios tradicionais de classificação da atividade estatal, imiscuindo-se intensamente no âmbito do direito italiano. O conhecimento das transformações do Direito Administrativo neste início de século traz à luz algumas questões relevantes e que interferem decisivamente no enquadramento teórico de muitos de seus institutos. Fenômenos como a inserção do direito interno numa órbita comunitária, a ‘dessacralização’ da supremacia do Estado e a superação da dicotomia direito administrativo/direito comum são decisivos ao enfrentamento adequado dos problemas que exsurtem na seara publicística contemporânea.<sup>35</sup>

As observações feitas pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no sentido de que praticamente todas as recentes inovações do direito administrativo brasileiro são oriundas do sistema da *commom law* e do direito comunitário europeu, com inegáveis influências do direito italiano, de onde recebemos o próprio método de elaboração e estudo do direito administrativo, não deixa dúvidas sobre a importância e a atualidade do estudo aqui proposto.

## REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Fundamentos do Direito Constitucional: constituição, tipologia constitucional, fisiologia constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

---

<sup>35</sup> MARTINS, op. cit., p. 17.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. O Direito Administrativo Brasileiro sob Influência dos Sistemas de Base Romanística e da Common Law. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público, n. 08, nov./dez. 2006/jan. de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 set. 2012.

SANDULLI, Aldo; AIMO, Piero; TORCHIA, Luisa; NOCILLA, Damiano; LISE, Pasquale de; GRIFFI, Filippo Patroni; CHIEPPA, Roberto. *Il Consiglio di Stato: 180 anni di Storia*. Prima edizione. Torino: Zanichelli S.p.A, 2011.

REIS, Elisabete Martins dos; MAURÍCIO, Raquel. *Breve Presentazione Della Giustizia Amministrativa Italiana*. Em 24 out. 2009. Disponível em: <<http://ccalmlo.blogspot.com.br/2009/10/breve-presentazione-della-giustizia.html>>. Acesso em: 23 set. 2012.

MARTINS, Vinícius. Transformações do Direito Administrativo Contemporâneo: Reflexos sobre a Contratualidade Pública nos Ordenamentos Jurídicos Italiano e Brasileiro. *Revista Jurídica, Brasília*, v. 7, n. 74, ago/set, 2005. Disponível na Internet: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista)>. Acesso em: 23 set. 2012.

SUNFELD, Carlos Ari. *A administração pública na era do direito global*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2004

LAUTENSCHLAGER, Lauren. O princípio da uniformidade de interpretação e aplicação do Direito da Integração. *Jus Navigandi*, publicado em: 01/2011. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/revista/texto/18348>>. Acesso em: 20 set. 2012.

QUADROS, Fausto de. *Direito da União Européia: direito constitucional e administrative da União Européia*.

