O DIREITO CONSTITUCIONAL E SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO ADMINISTRATIVO *

CAMILO MARTINS COSTA **

SUMÁRIO: *Introdução à Ciência do Direito. A classificação do direito romano. A doutrina moderna. O direito administrativo e o direito fiscal. Conclusões.*

Escolhi para tema da minha palestra um assunto que, a rigor, não é pròpriamente de direito constitucional *stricto sensu,* enquanto esta disciplina acena para as peculiaridades de um determinado ordenamento político, em sua parte estrutural e básica. Entretanto, as considerações que devo desenvolver não são de todo estranhas àquele direito, sobretudo enquanto concorrem para lhe definir o objeto, e para dar realce à sua importância nas implicações que impõe aos outros departamentos da ciência jurídica.

Ao ensejo, quero, de modo geral, apreciar a posição do direito constitucional em relação aos demais ramos do direito, especialmente ao direito administrativo, e apreciar, em particular, as conexões dêste último com o direito privado.

Apesar de estar, assim, o direito constitucional em posição de destaque dentro do tema desta conferência, creio que as considerações, a serem agora submetidas à vossa complacente atenção, remontam, em grande parte, ao plano da *Teoria Geral do Direito,* também chamada *Introdução à Ciência Jurídica,* — disciplina autônoma que, em sua razão de ser, avoca, ou reivindica, a missão de simplificar e de unificar o conceito de Direito, estabelecendo-o como base e fundamento de tôdas as outras disciplinas jurídicas e fixando, para cada uma, a sua respectiva órbita e definição, num trabalho de sistematização e de método, tendente a permitir que elas se possam afirmar como irradiações do mesmo foco ou ramificações do mesmo tronco, e possam ostentar, a despeito das suas peculiaridades, os traços marcantes da mesma origem comum: *facies non omnibus una, nec diversa tamen, qualem decet esse serorum.*

Diga-se de passagem que essa disciplina, de direito puro e de planificação geral, de cujo programa, já no século passado, tiveram iniciativa destacados

* Nota da Redação — Aula inaugural dada na Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

** Professor da Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

representantes da escola do positivismo jurídico, não se pôde firmar, entre êles, com o pretendido êxito, mercê, exatamente, da estreiteza dos métodos empíricos, no limite dos quais a referida escola circunscreve as suas investigações e a sua atividade mental.

Entretanto, a mencionada disciplina está muito longe de ser uma utopia, e já se está firmando com pleno sucesso, sob a orientação, não da escola positiva, mas de juristas e filósofos do tomo de STAMLER, de RÉNARD, de DEL VECCHIO, de RADBRUCK, de RECASENS SICHES e de tantos outros, para os quais, segundo as palavras dêste último — na arquitetura do conhecimento, o conceito universal do Direito e as suas noções fundamentais são elementos que se estabelecem *a priori*, precedendo, assim, a tôda experiência e a tôda indução histórica, porque, em verdade, as condicionam; valer dizer, constituem as próprias condições da sua possibilidade.

É evidente que, com essas observações preliminares, não pretendo desbordar para o terreno, ainda não completamente solidificado, da Teoria Geral do Direito, ou da Introdução à Ciência do Direito, e entrar em contato com os intrincados problemas filosóficos e metodológicos, que lhes dizem respeito. Isso, aliás, fraudaria o objetivo restrito a que se deve subordinar a minha digressão.

Se ainda há pouco, afirmei que êsse assunto, antes de pertencer ao direito constitucional, transcede, em grande parte, ao plano da Teoria Geral do Direito, tive apenas a intenção de sugerir o pensamento da unidade da ciência jurídica, do remate de uma disciplina central, dominadora e denominadora, destinada a sistematizar as chamadas *ciências de Direito*, na imensa variedade dos seus institutos específicos, integrando-os, todos, numa só concepção e numa só idéia matriz.

Aludi à Introdução à Ciência do Direito como sendo essa disciplina central, dominadora e denominadora, em condições de descerrar todo um panorama de ciências, concatenadas entre si, e de permitir a visão das respectivas órbitas de abrangimento, se não com nitidez, relativamente aos contornos de todos os seus recantos, pelo menos com o satisfatório destaque das zonas preponderantes, integradas em cada uma daquelas.

Não quero dizer que a tese, seja impertinente ou exorbitante num programa de direito constitucional. Apenas pretendo acentuar que, em grande parte, ela remonta ao plano da Teoria Geral do Direito, antes de tudo porque envolve a explanação de um esquema para fixação topográfica dos vários departamentos da ciência jurídica, e porque postula definições e delineamentos, cujo traçado pressupõe uma perspectiva geral de todo o vasto campo do direito positivo.

Não é possível fugir ao lugar comum que, necessàriamente, tem de ser cruzado por quem se proponha a esquematizar o direito positivo. Refiro-me — logo se vê — à *summa divisio* de direito público e de direito privado, já estabelecida por ULPIANO, e que se entrosou no *Digesto* e em outros monumentos de saber jurídico, publicados pelo imperador JUSTINIANO no século VI da era cristã: *"Publicum jus est quod statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publico utilia, quaedam privatim"*.

Estaria então o direito dividido em dois grandes ramos, segundo a natureza dos seus respectivos objetos: o concernente ao Estado, como tal — e o concernente à utilidade dos particulares. Na concepção de ULPIANO, o direito público seria aquêle que tem por objeto o bem do Estado, enquanto o direito privado seria aquêle que regula os interêsses dos particulares.

Há, aliás, quem sustente, com poderosos elementos de observação histórica, que, na jurisprudência romana, a não ser nos últimos tempos da sua evolução, a distinção, de direito público e de direito privado, não se baseava naquele critério adotado por ULPIANO. Longe de se ter em conta a matéria contida na norma jurídica, atendia-se à origem desta última. Seria, assim, direito público o direito emanado do Estado através das suas autoridades, direito êsse constituído pelas *leges publicae* (votadas por cúrias ou por centuárias, pelo *concilia plebis*, pelos *senatus consulta* e pelas constituições imperiais (*quod principi placuit leges habet vigorem*).

Ao invés, seria direito privado aquêle que os particulares, no curso de uma atividade lícita, iam aos poucos elaborando, através do estilo dos seus negócios e do mecanismo das suas transações, e que acabava por se fixar como norma objetiva, reconhecida e tutelada pelo Estado (*Jus privatum sub tutela juris publici latet*).

É óbvio que as normas objetivas de tal origem não seriam senão as de interêsse particular — *ad singulorum utilitatem*. Daí, porém, não se conclua que as normas da outra procedência, isto é, as provenientes da atividade legislativa do Estado, devessem, sempre, necessàriamente, ter por objeto matéria concernente à vida funcional dêste último.

Como é bem de ver, tais normas, isto é, as de origem estatal, tanto podiam versar sôbre coisas atinentes ao poder público como sôbre coisas de caráter acentuadamente privado. Em qualquer caso, porém, seriam de direito público, independentemente da sua natureza objetiva.

Teria sido êsse, realmente, entre os jurisperitos romanos, o critério em voga para discernir o direito público e o direito privado? Ou teria sido sempre curial o adotado por ULPIANO no seu conhecido excerto?

O fato é que, por efeito de uma longa evolução, cuja trajetória dificilmente se poderia precisar, o espírito dos juristas pôde, afinal, estabelecer a vaga noção do público e do privado, em função, apenas, da natureza dos assuntos entranhados na norma positiva, natureza essa revelada pelo índice de utilidade, conforme esta se referisse aos interêsses particulares ou individuais.

Apesar disso, cumpre reconhecer que essa antítese, cristalizada do *Digesto* e nas *Instituta* do grande imperador, não deixava ver, na prática, o verdadeiro traço distintivo entre os dois domínios. Apenas, exprimia a existência de uma divisão, em razo de matéria, e apontava, teòricamente, como elemento regulador dessa divisão, o critério da utilidade, conforme ela se referisse aos interêsses gerais, ou se reportasse aos interêsses particulares. Mas não envolvia, absolutamente, nenhuma fórmula, concreta e precisa, pela qual, na operação de análise a que se submetesse a própria utilidade da norma, fôsse possível, com segurança, identificar a utilidade coletiva em contraposição à utilidade particular ou privada.

Foi essa, sempre, a grande dificuldade do problema, cuja solução, entretanto, em têrmos plenamente satisfatórios, ainda não foi encontrada até agora, apesar de pertinazes e profundos ensaios dos mais renomados jurisconsultos.

É que todo o direito — como observa DEL VECCHIO — por isto mesmo que se afirma como princípio imperativo de coordenação social, tem, essencialmente, um caráter público, que se conserva até mesmo nas disposições de sentido nìtidamente particular.

Sob o aspecto dessa observação, o próprio direito privado não deixa de estar integrado no âmbito geral do direito público, constituindo aquêle, porém, uma região de relações humanas a respeito das quais o interêsse do Estado é apenas indireto, ou, então, consiste, exatamente, em franquear espaços para a desembaraçada expansão das autonomias individuais.

Eis porque SANTI ROMANO, com notável agudeza, define o direito público como sendo a esfera do ordenamento estatal que diz respeito ao próprio Estado, considerado na sua unidade ou em algum dos seus elementos de autonomia funcional e o direito privado como sendo a parte dêsse mesmo ordenamento que o próprio direito público, através dos limites que a si mesmo impõe, reserva às autoridades meramente lícitas.

Em *ultima ratio* — vale repetir — todo o direito positivo é direito público, no sentido da sua integral subordinação aos interêsses coletivos, como tais entendidos pelo Estado — o que não exclui a possibilidade de que, relativamente a um largo setor dêsse mesmo direito, o interêsse públicos consista em fazer estabelecer um regime mais liberal, ou menos submetido à influência do poder.

Êsse regime é, precisamente, o direito privado, que se contrapõe formalmente ao direito público, a despeito daquela remota filiação, há pouco salientada.

Se é relativamente fácil, no plano teórico, admitir-se a existência dêsses dois domínios, e compreender-se o paradoxo dessa contraposição, difícil, entretanto, é encontrar-se a fórmula prática em função da qual, ao analisar-se uma determinada norma legal, se possa fixar a sua exata natureza, isto é, se ela pertence ao direito público ou se pertence ao direito privado; e a dificuldade sobe de ponto pela circunstância de que, na realidade da vida, as relações jurídicas — públicas e privadas — não raro se entrelaçam e se misturam em tôrno do mesmo caso.

Se se examinassem aqui as diferentes teorias que disputam entre si a descoberta da verdadeira fórmula distintiva, a digressão se prolongaria com sacrifício dos aspectos mais diretamente relacionados com a natureza do tema que me propus desenvolver.

Em verdade, nenhuma das fórmulas satisfaz inteiramente, embora cada uma delas possa concorrer, como elemento valioso, para o exato *discrimine* dos dois grandes domínios, um dos quais, o direito público, em conseqüência das novas concepções sôbre a natureza do Estado e sôbre a missão que lhe cabe na ordem social contemporânea, como que se caracteriza pelo constante alargamento, puro e simples, do seu âmbito, ou, pelo menos, pela imposição

das suas diretrizes e tendências aos institutos do direito privado, através de um processo, nem sempre muito oportuno ou comedido, de publicação socializante.

Em suma — e ressalvada a solução que decorre da expressa declaração do legislador acêrca do caráter, público ou privado, que deseja imprimir à norma jurídica — cumpre reconhecer, com CARLO CERETTI, que são, certamente, preceito de direito público os editados, não apenas para fins gerais ou coletivos, mas para dar ao Estado a sua estrutura jurídica, para revesti-lo do seu *status* e para lhe conferir os meios jurídicos de que êle necessita no exercício das suas funções.

HAURIOU, referindo-se ao direito público, considera-o especìficamente, o direito do Estado, por isto mesmo que êle tem por objeto as relações da vida pública, constitutivas da organização e da atividade do mesmo Estado, como instituição política que atualmente disciplina e protege a vida civil dos povos civilizados. Concebendo-o assim, HAURIOU contrapõe-no ao direito privado, cujo objeto, a seu ver, são as relações da vida civil e mercantil, que estão atualmente sob a proteção do Estado, embora, em outras épocas, tenham permanecido sob a regulação e a proteção de instituições políticas de outro gênero (clãs, tribos, senhores feudais).

A verdade é que o Estado está sempre em tôda relação jurídica de direito positivo, quando mais não seja por tê-la criado ou reconhecido, assumindo, assim, o compromisso de protegê-la e de fazê-la respeitar. Mas, afora isso, há normas em que êle configura a sua própria organização, no tocante aos elementos básicos da sua existência: território, govêrno, povo e escopo de bem público (direito constitucional); normas em que êle disciplina a conduta dos homens, no tocante ao essencial para a convivência coletiva (direito penal); normas pelas quais êle regula o exercício da sua atividade na promoção do bem público, vinculando jurìdicamente pessoas, fatos e coisas a determinadas finalidades de interêsse geral (direito administrativo); normas pelas quais êle planifica as suas operações financeiras ou pré-estabelece o seu regime tributário (direito financeiro); normas pelas quais êle dispõe sôbre a maneira de assegurar, perante o poder judiciário, os direitos subjetivos (direito processual).

Tôdas essas espécies de normas são, evidentemente, de direito público, não só em razão do modo, todo especial, pelo qual dizem respeito ao poder público, como em razão da entidade do interêsse coletivo que nelas se exprime.

As outras serão de direito privado, e só poderão gerar relações jurídicas dessa mesma natureza, ainda quando se tenham de estabelecer relativamente ao próprio Estado, ligando-o a qualquer outra pessoa, pública ou privada. Realmente, não é a pessoa do Estado, na relação jurídica, que lhe empresta, por si só, a índole de relação de direito público. Acentua-o muito bem ORESTE RANELLETTI, da Universidade de Milão, quando escreve que a natureza, pública ou privada de qualquer das pessoas, vinculadas entre si por efeito de uma determinada norma, não influi sôbre a natureza da relação jurídica. No mesmo sentido se manifesta DEL VECCHIO, ao observar que o Estado, a despeito da sua qualidade específica, pode obrar fora do plano do *jus imperii* ou da soberania, envolvendo-se em relações jurídicas puramente privadas, sem que estas, por isto, se alterem em sua natureza própria; e também assinala que,

inversamente, os particulares, relativamente ao exercício dos seus direitos públicos subjetivos (como, por exemplo, o eleitoral) se encontram rigorosamente na órbita do direito público.

Como se sabe, o direito público, cuja unidade cumpre reconhecer, costuma ser dividido em várias classes, ou ramos, que são: o direito constitucional, o direito administrativo, o direito financeiro, o direito penal, e o direito processual — para não aludir a outras categorias, de autonomia discutível, ou cujo enquadramento, no domínio do direito público, ainda é objeto de controvérsias.

Essa divisão, ou melhor, essa subdivisão não é e não pode ser rigorosa. Não obedece a linhas retas, nem consegue reunir, em cada um dos seus departamentos, substâncias puras, isto é, não interpenetradas das que materialmente correspondem a um departamento vizinho.

Se as próprias fronteiras do direito público, em seu contato com o direito privado, são contensiosas ou de difícil demarcação, é óbvio que as subdivisões do primeiro não podem ser muito nítidas e se ressentirão necessàriamente da referida contingência. Razão tem LAUBADÈRE quando repara que o fracionamento do direito público, em ramos diversos, tem um valor muito relativo, o que é mais didático do que científico. É exatamente por isso que se torna interessante, e sobretudo muito útil, apreciar o critério metodológico dessa subdivisão, e examinar os fenômenos de dependência e de interpenetração com ela relacionados.

Dentro das limitações que decorrem dos princípios enunciados, indicativos do âmbito desta conferência, porei em foco, em primeiro lugar, o direito constitucional, ou seja a realidade viva do ordenamento do Estado, no tocante aos elementos básicos da sua organização política, e das idéias-fôrças a que se submete.

Sem pretensão de definir e, sim, apenas, de acenar para o que há de mais saliente, ou típico, no direito constitucional, pressuponho, todavia, que ao respectivo ordenamento, mesmo quando plástico, seja atribuída alguma superioridade relativamente às demais normas de direito positivo, — superioridade que, aliás, segundo a grande maioria dos juristas, deve existir em qualquer Constituição. Ensinam BARTHÉLEMEY e DUEZ que "tôda a Constituição, escrita ou costumeira, rígida ou flexível retira, em princípio, do seu próprio conteúdo, uma certa supremacia". E, realmente, basta considerar-se que a Constituição é a base de tôda a ordem jurídica positiva, para se lhe reconhecer preeminência material relativamente às leis que não são básicas ou fundamentais, e que, por isto mesmo, só se compreendem dentro de uma ordem jurídica hierarquizada.

Se assim é, fácil será compreender que a posição do direito constitucional, no quadro geral do direito público, não é, a rigor, a que corresponde aos ramos com relação ao tronco de que derivam. É paradoxal, mas em verdade, o tronco é o direito constitucional, dentro da lógica a que se subordina a hierarquização da ordem jurídica, sendo êle, como é, o plano mais alto, ou o círculo mais amplo em relação ao qual essa ordem se estabelece.

A propósito, SANTI ROMANO, depois de apresentar o direito constitucional como um dos ramos do direito público, faz advertências que bem merecem

ser aqui reproduzidas. "Ao mesmo tempo — diz êle — o direito constitucional é aquela esfera do ordenamento estatal que está em maior e mais constante conexão com tôdas as outras, sem exceção de nenhuma; e de certo modo as coordena, reafirmando-lhes a indissolúvel unidade geral — coisa que, longe de comprometer a autonomia de cada uma, a confirma e fortalece. Sôbre tôdas essas outras seções da ordem jurídica predomina o direito constitucional; e, por isto mesmo, êle se distingue de tôdas. Mais do que um ramo do ordenamento estatal, é êle o próprio direito-tronco, ao qual se ligam — e do qual, apesar disso, se destacam — os vários ramos dêste mesmo ordenamento".

Essas luminosas considerações do grande mestre italiano, respingadas entre muitas outras, concernentes ao assunto, dão bem idéia da preeminência do direito constitucional, e previnem o leitor contra os possíveis equívocos que, a êsse respeito, podem dar lugar às sugestões de um quadro sinóptico, em que o título dessa disciplina aparece perfilado, em linha de equivalência, com os demais títulos, ou denominações, correspondentes às diversas outras categorias do direito público.

Nunca será demais frisar que o direito constitucional é, por assim dizer, a primeira órbita do direito positivo, exatamente a periférica, isto é, aquela em que o Estado entra em contato com o mundo extrajurídico ou metajurídico, órbita dentro da qual se acomodam, com diâmetros menores, os diversos outros círculos de ordenamento jurídico da vida social. No plano do direito positivo, nada pode ser direito sem, antes de tudo, estar ajustado ao tronco — ao direito constitucional.

Mas há um outro paradoxo que convém também salientar: êsse direito-tronco é a parte mais efêmera e mais transitória da vida do direito, considerado êste como o complexo de um ordenamento jurídico estabelecido num determinado Estado. Por que isso? É porque a Constituição é a zona mais sensível à pressão da dinâmica social, principalmente em países em fase de crescimento. Os fatos — os grandes artífices das instituições humanas, — antes de entrarem em choque com o direito privado, e, mesmo, com alguns dos setores do direito público, com o direito penal e o direito judiciário, começam por forçar as vigas constitucionais, impondo-lhes o imperativo de se ajustarem às novas realidades e às novas exigências da vida coletiva, imperativo que, normalmente, deve ser captado e racionalizado pelo Poder Legislativo, em função constituinte.

Como quer que seja, o direito constitucional, é o direito-tronco, no plano do direito positivo, apesar de, paradoxalmente, ser um dos ramos do *jus publicum,* e de ter menos vitalidade do que os outros ramos pelos quais frondeja a árvore do direito.

Conforme a singela definição de Otto Meyer, "direito administrativo é o direito próprio da administração". A simplicidade da definição disfarça a complexidade das noções e dos problemas entranhados no objeto definido.

Mais franco, ou mais permeável, é o enunciado por Bielsa: "O conjunto de normas positivas e de princípios de direito público, de aplicação concreta, no sentido da instituição e do fundamento dos serviços públicos e do conseqüente contrôle jurisdicional a ser exercido sôbre a Administração pública."

Para TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, direito administrativo "é o conjunto de princípios e normas jurídicas que presidem à organização e o funcionamento dos serviços públicos". Em seguinte a essa definição o preclaro mestre brasileiro, depois de passar em revista várias outras, respingadas entre os melhores tratadistas da matéria, aplaude a de ROGER BONNARD, para quem direito administrativo é "a parte do direito público interno que tem por objeto prever e regular as intervenções administrativas do Estado, ou seja, as intervenções realizadas por meio da função administrativa, asseguradas pelos serviços públicos cujo conjunto constitui o que se costuma chamar de administração".

ANDRÉ DE LAUBADÈRE, em obra recente, traz valiosos subsídios para o esclarecimento do assunto. Começa êle por distinguir o direito administrativo como disciplina científica, e direito administrativo como corpo de regras jurídicas, não sem confessar o muito de relativo, de impreciso e, mesmo, de arbitrário, que se insinua na definição dessas categorias. Enquanto disciplina, êle define o direito administrativo como sendo o ramo do direito público interno, que compreende a organização e a atividade daquilo que se costuma chamar de administração, vale dizer — o conjunto das autoridades, agentes e organismos incumbidos de assegurar, sob o alto comando dos podêres políticos, as múltiplas intervenções do Estado moderno. Enquanto corpo de regras jurídicas, o direito administrativo, para LAUBADÈRE, é suscetível, ainda, de ser tomado em dois sentidos: o lato e o restrito. *Lato sensu* é o direito da administração, isto é, o direito aplicável à administração e às relações desta com os particulares, seja qual fôr êsse direito, inclusive, portanto, o próprio direito privado. *Stricto sensu*, direito administrativo é êsse mesmo direito, aplicável à administração, com exclusão, porém, do direito privado, e reduzindo-se, portanto, a um conjunto de regras especiais, ou seja, profundamente distintas das do direito comum (civil ou comercial).

Dentro dessa última restrição, é que LAUBADÈRE considera o direito administrativo como direito autônomo, exprimindo, aliás, a êsse respeito, a orientação francesa, da qual, entretanto, difere a alemã, já que esta última congloba, sob o mesmo nome, tôdas as normas que regulam a atividade estatal no terreno da administração, quer as de direito político quer as de direito privado, embora a ciência, isto é, a orientação da doutrina, esteja em evolução no sentido restrito.

No Brasil, pôsto que sem os extremos que singularizam o regime francês, o direito administrativo já se emancipou, não, como é óbvio, para refugir orgânicamente ao sistema que irradia da Constituição política, mas para se individualizar, dentro do vasto campo do direito público, na peculiaridade dos princípios reguladores da atividade do Estado, desenvolvida precìpuamente pelo poder executivo no sentido da realização dos serviços públicos exigidos pelo bem comum.

Se me detive, um pouco, em fixar a definição, ou, pelo menos, a noção de direito administrativo, só o fiz para efeito de possibilitar um ligeiro exame das relações existentes entre êsse departamento da ciência jurídica e alguns dos seus vizinhos da geografia metodológica.

Quanto ao direito constitucional, as relações são as que existem entre o conteúdo e continente: relações de rigorosa subordinação espacial, a despeito do caráter discricionário, tão encontradiço nos atos administrativos. Discricionariedade, porém, não é arbitrariedade, coisa realmente inconcebível sob o texto da Constituição de um Estado de Direito. Como frisa BARTOLOMEU FIORINI, discricionariedade é "a liberdade limitada e encapsulada dentro da gestão administrativa no cumprimento da lei". "A atividade da administração pública — insiste o mestre de La Plata — seja ela discricionária, seja regulamentada, estará sempre ligada, radical e fundamentalmente, à norma legislativa ou à lei que se trata de executar." ..... (*omissis*) ..... "No Estado de Direito não se concebe que qualquer dos órgãos realize determinada atividade sem ter como fundamento, para isso, uma norma autorizativa, seja ela de caráter administrativo, legislativo ou constitucional."

O professor CAIO TÁCITO pôde dizer, com justeza: "O poder discricionário é a faculdade, concedida à administração, de apreciar o valor dos motivos e determinar o objeto do ato administrativo quando não pré-estabelecido na lei. Êle se submete a limites externos (que Vítor Nunes Leal chamou simbòlicamente de horizontais), como a competência, a forma e a exigência dos motivos, e ainda a limites internos (que por antítese seriam verticais), segundo os quais o ato da vontade do administrador se canaliza a um fim obrigatório, contido explícita ou implìcitamente, na regra de direito."

Por outro lado, e por isto mesmo que o direito administrativo é o direito da Administração — o conjunto de órgãos hierarquizados para a realização do serviço público — claro está que é no plano constitucional que êsses órgãos, afinal, terão de enfeixar, buscando aí as suas articulações primárias, as suas *têtes de chapitre,* para usar as felizes expressões de PELEGRINO ROSSI.

Não se trata apenas de uma simples articulação de órgãos, mas de uma coordenação racional entre o Estado, como entidade simplesmente constituída, e o Estado em sua atividade, impulsionada pela idéias-fôrças inspiradora do regime, — coordenação por efeito da qual essa atividade deve necessàriamente representar a realização prática da Constituição e a satisfação dos compromissos que ela envolve. Daí o dizer-se que o direito administrativo corresponde ao momento dinâmico da Constituição, e desempenha como que a função de direito processual do regime, asserto francamente acolhido por BIELSA, para quem, aliás, não é concebível um estudo separado daquele direito e do direito constitucional.

Nesse rumo de idéias, cumpre também não esquecer a estreita relação do direito administrativo com o Estado de Direito, enquanto categoria de ordem constitucional, ligada à preocupação e ao escopo de assegurar a legalidade no convívio social, orientada esta, porém, para um ideal de igualdade e de justiça cristã. Êsse ideal não é realizável onde faltarem os serviços públicos, tendentes, como tais, a universalizar os gozos econômicos e éticos da vida, respeitados os direitos fundamentais e dentro de um sadio critério de oportunidade e de moderação. Estão a calhar as seguintes passagens de GARRIDO FALLA: "Exige-se, hoje em dia, da Administração o asseguramento daquilo que WEBB denominou, pela primeira vez, um mínimo nacional de serviço público. Todos reconhecem que há uma série de atenções que o Estado não

tem mais remédio senão satisfazer, resultado daí o conceber-se o Estado como suporte de prestações aos particulares". "É esta — remata aquêle — a última conseqüência da transformação que se vem operando para o asseguramento das liberdades do indivíduo na época moderna".

Não menos interessantes, e circunstancialmente mais originais e curiosas, são as relações do direito administrativo com o direito privado. É que nem tôda a atividade da Administração — como ensina BIELSA — reveste necessàriamente uma mesma forma. A administração tanto atua no terreno do direito público como no campo do direito privado, sendo óbvio que, só no primeiro caso, estará êle funcionando na órbita pròpriamente do direito administrativo, órbita que o Estado moderno, por assim dizer, conquistou pela necessidade de não ser apenas o Estado liberalista do século XIX — mantenedor da ordem e distribuidor de justiça, sistemàticamente alheio a todos os grandes e palpitantes problemas da vida social.

"Em sua origem — explica magistralmente PEQUIGNOT, citado por BERÇAITZ — a Administração usou procedimentos de direito privado. Foi só depois de muito tempo que as necessidades administrativas, atuando sôbre aquêle, o foram modificando e o fazendo original."

Quando o Estado procura objetos, prestações pessoais ou meios financeiros para o atendimento das suas necessidades de Govêrno ou para a execução de seus serviços públicos, celebra, freqüentemente, verdadeiros contratos ou negócios de direito privado, postos, como tais, sob a disciplina dêste último, o que não exclui a possível incidência de alguns preceitos especiais, condizentes com a natureza dos interêsses que aquêle representa. Quando, porém, o Estado executa ou faz executar serviços públicos, pratica sempre atos administrativos, operando, assim, no campo do direito administrativo, ou seja, na órbita dêsse departamento jurídico, formado — é certo — de um copioso material de normas originàriamente privatísticas, mas caracterizado, como sistema, pelos traços de especialidade que as exigências de utilidade pública foram, aos poucos, lògicamente imprimindo ao velho acervo oriundo do direito comum.

Com a agudeza de espírito que tanto assinala os seus primorosos estudos, CIRNE LIMA disserta longamente sôbre a sistematização lógica operada pelo direito administrativo nesse material de normas privatísticas, dentro de cuja órbita o Estado começou a agir, em serviços públicos, quando se deu conta de que assim o reclamavam as necessidades sociais e quando compreendeu que, sem satisfazê-las, êle próprio não poderia subsistir.

Essa sistematização originalíssima — em que pessoas, coisas e fatos, por efeito de declarações unilaterais, discricionárias, cogentes, executórias e sancionatórias, emitidas pelo poder público, se vinculam a determinadas finalidades temporais de interêsse geral — é o direito administrativo, vale dizer — o direito dentro do qual aquêle exerce a sua atividade específica como devedor de serviços de utilidade pública. Quando o poder público funcionar a outro qualquer título, estará necessàriamente fora dêsse especial domínio jurídico. Não é raro, então, que apareça no plano do direito privado, ligando-se em vinculações de caráter patrimonial, da mesma natureza daquelas em que se envolvem os particulares em seus negócios comuns. No tocante a

Estados federais, como o Brasil, a distinção dos dois domínios assume aspectos práticos de particular importância. É na órbita do direito administrativo, e não na do direito privado, que se situam os chamados *negócios de sua economia,* a que se têm referido as nossas Constituições políticas em cada um dos quadros de competência tributária privativa, por ela estabelecidos, respectivamente, para a União, para os Estados e para os Municípios.

Como se vê, salientar as características do direito administrativo é realçar a natureza das suas relações com o direito privado, relações sempre interessantes, assim nas conexões que realizam como nos contrastes que revelam, ligados êstes, de modo fundamental, à contraposição de dois elementos — a vontade e a finalidade — que respectivamente prevalecem, como notas tônicas, nesses dois setôres do direito.

Êsses mesmos contrastes, paradoxalmente, provocam atrações e influências recíprocas, num curioso fenômeno por efeito do qual, como observa BERTHÉ DE LA GRESSAYE, à medida que o Estado invade o domínio econômico, submetendo-se, por isso mesmo, às regras do direito privado, vai, aos poucos, publicizando tal direito, e encurtando as distâncias que separam êste último do direito administrativo.

São êsses, a meu ver, os aspectos mais merecedores de destaque no exame das relações entre o direito privado e o direito administrativo, exame que, por imposição das circunstâncias, não pode deixar de ser sucinto e breve, como também o foi o congênere exame, em que há pouco me detive, sôbre as implicações existentes entre o direito administrativo e o direito constitucional.

Preciso, afinal, dedicar também algumas rápidas considerações sôbre as relações que se travam entre o direito administrativo e o direito fiscal.

Neste, como nos outros aspectos acima encarados, impõe-se, antes de tudo, fixar, com exatidão, o objeto da disciplina jurídica cujas relações com o direito administrativo se trata de apreciar.

Diz-se direito fiscal (também por vêzes chamado direito tributário) o conjunto de normas que regulam precìpuamente a atuação das autoridades fiscais no exercício da sua atividade de contrôle e de arrecadação dos tributos. É o que ensinam os nossos mais atualizados especialistas, como ALIOMAR BALEEIRO, DE PLÁCIDO E SILVA e RUBENS GOMES DE SOUSA. Aliás, o último admitindo que, na prática, aquelas duas denominações são tidas por equivalentes (embora a primeira, no Brasil, seja de uso mais generalizado) — prefere consagrar a de direito tributário, recomendando a outra (direito fiscal) para um dos setores do direito administrativo *lato sensu,* qual seja o que regula a organização, os podêres e as funções do fisco, isto é, das autoridades encarregadas de controlar (fiscalizar) a arrecadação dos tributos. Todos, porém, entre nós, são unânimes em reconhecer que a regulamentação jurídica da atuação do fisco no contrôle e arrecadação dos tributos (regulamentação essa geralmente denominada direito fiscal) constitui uma seção do direito financeiro considerado êste como o sistema ou conjunto de normas que atribuem obrigatoriedade jurídica às conclusões especulativas da economia financeira. O traçado, correspondente a essa definição, é muito mais amplo do que aquêle em que gira o campo do direito fiscal. Envolve-o inteiramente, mas apanha

também outros domínios. Tôdas as normas jurídicas sôbre receita, despesa, orçamento e crédito, concernentes ao poder público, pertencem ao domínio do direito financeiro, embora não pertençam necessàriamente ao direito fiscal, já que êste — contido, por completo, no círculo daquele — está circunscrito às relações jurídicas referentes às receitas de caráter compulsório, e só regulam a atuação do poder público (fisco) no contrôle e na arrecadação dêsse gênero de receitas, isto é, das receitas tributárias.

ALIOMAR BALEEIRO acentua muito bem que o direito financeiro, em sua compreensividade, abrange tôdas as normas jurídicas pertinentes à atividade exercida pelas pessoas de direito público (inclusive hoje as de ordem internacional) para obtenção e emprêgo dos recursos necessários ao desempenho das suas atribuições; e explica que o direito tributário (sinônimo, para êle, de direito fiscal) "representa apenas uma parte do direito financeiro — aquela relativa às receitas coativas: os tributos, as penas pecuniárias, os empréstimos forçados, com exclusão dos demais". (*Rev. Forense*, v. 181, p. 13.)

Autores como GIORGIO TESORO sustentam a autonomia do direito fiscal, por entenderem que são peculiares, em sua natureza, às relações jurídicas que lhe correspondem. Ao ver de TESORO, o direito fiscal seria autônomo, mesmo em relação ao direito financeiro, coisa que, aliás, êle considera um exagêro na tendência de especializar as diferentes disciplinas jurídicas, concluindo pela necessidade de integrar o primeiro no segundo, dada a manifesta identidade dos princípios que regem os dois ramos do direito.

A verdade é que essa identidade de princípios — como pondera TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI — não exclui, no tocante ao direito fiscal, a existência de um processo de diferenciação, que o vai aos poucos caracterizando como ciência ou disciplina relativamente autônoma, a despeito de serem íntimas as suas relações e contatos com outros ramos de direito. É notório que essas relações se estabelecem, em grande parte, através das demais áreas do próprio direito financeiro, do qual, orgânicamente aquêle ainda não se emancipou de todo, implicado, como está, com as normas pelas quais êste direito — o financeiro — se apresenta sob um dos seus aspectos, qual seja o aspecto fundamental ou dinâmico, assim identificado pelo ilustre RUBENS GOMES DE SOUSA, em contraposição ao aspecto por êle denominado de estático ou institucional.

Não há dúvida que o direito fiscal é um ramo do direito financeiro, como êste, por sua vez, é originalmente um ramo do direito administrativo, — todos, como se sabe, situados no campo geral do direito público.

Mas não interessa discutir aqui se tôdas essas ramificações exprimem autonomia pròpriamente dita, — ou se exprimem apenas aquilo que GENY identifica como simples *particularismo* dentro de um determinado sistema jurídico específico. Nesta altura, o que me cabe ressaltar, a propósito dessa região jurídica conhecida pelo nome de direito fiscal, são apenas as relações existentes entre ela e o direito administrativo.

Se o direito fiscal é o conjunto de normas que regulam precìpuamente a atuação das autoridades fiscais no exercício da sua atividade de contrôle e de arrecadação da receita tributária, — evidente se torna a sua estreita conexão

com o direito administrativo, se é que, dêle realmente já não faz parte, quer por efeito de autonomia do direito financeiro, quer por efeito da sua própria autonomia em relação a êste último.

Que autoridades são essas cuja atuação, no campo tributário, é regulado pelo direito fiscal? São exatamente as autoridades criadas no plano do direito administrativo para completar e efetivar a atividade dos grandes órgãos que a Constituição institui ou manda instituir com vistas aos serviços públicos de utilidade geral. A competência de tais autoridades é igualmente estabelecida no campo do direito administrativo. É certo que, no exercício dessa competência, elas só podem arrecadar os tributos criados pela Constituição, guardadas as regras segundo as quais esta distribui o poder impositivo entre as diferentes entidades de direito público. Mas também é certo que o aspecto mais importante da atuação fiscal é o que decorre dos atos administrativos que ela executa, entre os quais sobressai o ato de lançamento direto, instituído para certos tributos. Nem porque exprimia atos vinculados à lei deixam êles de constituir verdadeiros atos administrativos, pois, como se sabe, a chamada discricionariedade da Administração, está sempre mais ou menos condicionada pela norma legal, e só é legítima quando exercida dentro da margem que esta lhe franqueia. Aliás, o lançamento, uma vez ultimado, e seja qual fôr a modalidade que revista, é sempre executório ou cogente, criando, assim, para o contribuinte a contingência de se submeter, de imediato, à ação fiscal, sob o imperativo da fórmula *solve et repete,* contingência que bem revela a presença do direito administrativo em uma das suas manifestações mais características.

De resto, se o direito fiscal rege as relações entre o poder público e os particulares no tocante à obtenção da receita tributária, e se é certo que essa receita, nos têrmos da Constituição, está condicionada às autorizações do orçamento anual — não se pode negar que, ainda sob êsse aspecto, há estreitas implicações entre aquêle direito e o direito administrativo.

O orçamento, para mim, só é lei em sentido formal. Sob o aspecto material, é simples ato de administração, afeto ao poder legislativo. Pelo menos no tocante à despesa, raros serão hoje os juristas que vislumbrem naquele os elementos típicos do ato-regra, isto é, lei material. Bastaria que, nessa parte, o orçamento nada mais fôsse do que mero ato de administração para que já se patenteasse o fenômeno de conexão há pouco assinalado, com referência ao campo de direito administrativo e ao do direito fiscal. É exato que a despesa pública não se situa pròpriamente no campo do direito fiscal, e sim, no do direito financeiro; mas a própria interdependência constitucional entre a receita e a despesa já é de molde a autorizar aquela observação acêrca dos vários contatos, diretos ou indiretos, que se realizam entre as duas órbitas jurídicas ora em aprêço.

Bem sei que os aspectos, postos aqui em foco, não completam todo o panorama das relações sistemáticas, ou dos problemas de fronteira, que conviria descortinar.

Aqui ficam apenas algumas observações, entre as muitas que poderiam caber num trabalho de maior desenvolvimento.

Sejam porém quais forem a amplitude e a profundidade de quaisquer outras pesquisas que se possam empreender nesse sentido, — a verdade é que, por elas e através do registro experimental das interferências ou afinidades verificadas entre os vários domínios da ciência unitária do Direito e à teoria geral da sua erradicação orgânica nas diferentes direções da vida social.

Por certo que o direito é uso; mas a fórmula dessa unidade ainda não foi inteiramente estabelecida: ainda está prêsa a incógnitas em relação às quais, por assim dizer, são mudas ou quase inexpressivas as manifestações especializadas dêsse mesmo Direito. A teoria geral da ciência jurídica só pode ser concebida aprioristicamente, por obra da filosofia, em sua função de explicar os fundamentos e os pressupostos daquelas manifestações superficiais e periféricas. Não há de ser pela observação experimental e pela indução histórica que se há de rastrear o direito puro, capaz de concatenar, numa grande articulação racional, os vários sistemas jurídicos, aparentemente inconciliáveis no tempo e no espaço, a despeito das afinidades e dos parentescos que nêles, aqui e ali, se podem registrar.

Se me detive, neste trabalho, em surpreender afinidades e implicações entre ramos do direito, não o fiz com a veleidade de remontar, por êles, ao denominador comum sob o qual se irmanam estas e as outras disciplinas jurídicas, e sim apenas para advertir e proclamar que tôdas elas nada mais são do que emanações de um único princípio transcendente, que só a razão e a idealidade poderão definir.