

O DIREITO CONSTITUCIONAL E A ORDEM SOCIAL

Almir de Andrade

*Ex-professor de Direito Constitucional
na Faculdade Nacional de Direito
da Universidade do Brasil*

1. **Direito constitucional** — O direito constitucional é o ramo do direito público que estabelece os fundamentos da organização jurídica do Estado, delimitando o campo em que este deve desenvolver as suas atividades.

Nesse conceito encontramos, desde logo, três elementos essenciais, cujo esclarecimento se impõe: a) a noção de **direito público**, por oposição ao **privado**; b) a noção do que seja **organização jurídica**, **ordem jurídica**, distinta da ordem política e da ordem social; c) a noção de uma **atividade limitada** do Estado, isto é, de uma atividade estatal cujo campo encontra a sua limitação no direito constitucional.

2. **Direito público e direito privado**. — A noção de direito público, a distinção entre direito público e direito privado, é, como se sabe, uma das questões mais controvertidas da teoria do direito. Parece que, na realidade, não existe diferença de natureza, nem separação nítida, entre o público e o privado, dentro da ordem jurídica. Não obstante, se nos afastarmos, pouco a pouco, da zona de fenômenos jurídicos em que os dois campos se confundem, iremos encontrando uma diferenciação cada vez mais crescente entre eles. Se a dualidade público-privada não compromete a unidade do direito, é incontestável que entre um e outro há diferenças sensíveis, quer quanto à maior ou menor importância social e política das relações jurídicas, quer quanto à forma de intervenção do Estado para a efetivação da norma jurídica, quer quanto ao conteúdo, maior ou menor, de liberdade e de ação individual que se pressupõe existir no direito.

3. **A distinção do direito romano: o "jus publicum" e o "jus privatum"**. — A distinção entre direito público e direito privado já vem do velho direito romano. O **jus publicum** e o **jus privatum** dos Romanos diferenciava-se pela matéria de que um e outro se constituíam. O **jus publicum** ou direito público abrangia o conjunto de princípios referentes aos interesses do Estado, da sua constituição e administração: governo, organização das magistraturas, culto e sacerdócio (**jus sacrum**), relações entre os cidadãos e os poderes públicos. Ao passo que o **jus privatum** ou direito privado compreendia o conjunto de regras concernentes aos interesses dos indivíduos, subdividindo-se em **jus natural**, **jus gentium** e **jus civile**.

Por conseguinte, no direito romano, a distinção entre direito público e direito privado baseava-se numa distinção primordial entre o que fôsse interesse público ou interesse do Estado e o que fôsse interesse privado ou interesse do indivíduo. Ou, segundo a definição clássica de Ulpiano:

Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet: sunt enim quaedam publicae utilia, quaedam privatim. Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum jus tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus. (D.L., I, § 2; De justitia et jure, I, 1.)

A primeira vista, a distinção romana entre direito público e privado parece imprecisa. Conquanto aceita ainda por alguns juristas modernos, como Bruns e Neuner, a maioria deles abandonaram-na. Objeta Korkounov que a diferenciação entre interesse público e interesse privado não é das mais nítidas, porquanto a lei só protege um interesse privado quando há nele certa dose de generalidade, certa dose, consequentemente, de interesse público. Nesse sentido, continua Korkounov, pode-se dizer que o direito, seja público ou privado, só protege os interesses gerais, os interesses que abrangem certo grupo de pessoas. Nunca a lei protege interesses privados que não tenham qualquer utilidade coletiva.

4. Critério de Savigny e Stahl: a finalidade das regras jurídicas. — Para dar maior precisão ao conceito de Ulpiano, propôs Savigny que se diferenciasse o direito público do privado não pelo seu conteúdo, isto é, não pela natureza dos interesses a que um e outro se referem, mas pelo fim a que se destinam as regras jurídicas de um e de outro. Nas regras de direito público, diz Savigny, o Estado é o fim supremo, cabendo ao indivíduo lugar secundário. Em contraposição, nas regras de direito privado, o fim principal é a proteção do indivíduo, aparecendo o Estado como simples meio de realizar essa proteção. Assim, no conceito de Savigny, para sabermos se uma regra jurídica pertence ao direito público ou ao direito privado, pouco importa que, no seu conteúdo, haja ou não um interesse público, um interesse do Estado. Esse interesse público pode existir mesmo nas regras de direito privado. O que importa indagar é se esse interesse público constitui o fim principal da regra jurídica. Se constitui, se a regra jurídica visa primacialmente a proteger um interesse do Estado, é uma regra de direito público. Se, ao contrário, o interesse público figurar nela apenas como elemento secundário, como meio de atingir um fim superior, traduzindo tão-somente o interesse que tem o Estado de proteger necessidades e interesses individuais — será, então, uma regra de direito privado.

Distinção semelhante é feita por Stahl, que também procura caracterizar as regras de direito público e de direito privado segundo o fim que umas e outras têm em vista. As relações jurídicas que têm por fim a satisfação das necessidades individuais são relações de direito privado, mesmo que haja, de permoço, um interesse público em satisfazê-las. Ao contrário, as relações jurídicas que têm por fim estabelecer a união dos homens sob um mesmo governo e fazê-los viver nessa unidade, são relações de direito público.

Contra o critério de Savigny e Stahl também se levantam objeções razoáveis. Em primeiro lugar, é falso que o Estado, quando procura satisfazer as necessidades individuais, apareça como um elemento secundário, como simples

meio de alcançar um fim. Na realidade, todo direito, seja público, seja privado, emana do Estado, pois é este que detem a força de coação indispensável a todo direito. Demais, todos os direitos e garantias individuais, que constituem a base das relações jurídicas de ordem privada, são sempre determinados pelo Estado numa lei constitucional — e não há lei mais caracteristicamente de direito público do que uma constituição política. Ora, se entre os preceitos constitucionais há muitos que têm por fim essencialmente fixar os direitos e garantias individuais; e se, por outro lado, as regras constitucionais são inquestionavelmente regras de direito público, como sustentar o conceito de que o característico das regras de direito privado é terem por fim a proteção dos interesses individuais?

Em segundo lugar, pode ainda objetar-se, contra a distinção de Savigny e Stahl, que há muitas relações jurídicas que têm por fim satisfazer os interesses do Estado e que não são relações de direito público. O Estado também exerce atividades privadas: compra e vende, aluga e aliena, possui indústrias, financia empresas bancárias e de transportes, possui bens móveis e imóveis, administra-os como o faria qualquer indivíduo. Todas as relações jurídicas derivadas dessas atividades, evidentemente, têm por fim a proteção dos interesses do Estado; entretanto, não são relações de direito público e sim de direito privado.

5. Critério patrimonial; Mayer, Oumoff e Kaweline. — Para contornar essas dificuldades, procuraram outros autores assentar a distinção entre direito público e direito privado no conceito de patrimônio. É o critério de Mayer, de Oumoff e sobretudo de Kaweline. As regras jurídicas que se destinam a proteger os bens patrimoniais, isto é, os bens que têm um valor econômico, são regras de direito privado — pouco importando que o sujeito desses bens seja um indivíduo ou seja o próprio Estado. Ao contrário, todas as demais regras jurídicas que não se referem a bens patrimoniais são regras de direito público. Assim, quando o Estado age na defesa dos seus bens patrimoniais, age como qualquer indivíduo e entra na esfera do direito privado. Por outro lado, quando se estabelecem entre indivíduos relações que não têm caráter patrimonial — como, por exemplo, relações de família —, estas entram na esfera do direito público.

O principal defeito desse critério é a sua artificialidade. A têrmos de aceitá-lo, seria preciso reformar toda a arquitetura do direito, transportando para a esfera do direito privado uma multidão de relações jurídicas que sempre foram consideradas como de direito público — como, por exemplo, as leis sobre impostos, a legislação fiscal e aduaneira, as leis de pensões e aposentadorias dos funcionários públicos, que se referem a bens patrimoniais, mas que sempre foram estudadas no direito administrativo, que é um ramo do direito público. Ao mesmo tempo, teríamos que levar para o campo do direito público relações jurídicas que sempre estiveram no terreno do direito privado e até hoje se estudam no direito civil — como, por exemplo, as relações de família, maioridade, pátrio poder, parentesco, as relações pessoais entre cônjuges etc.

Ressalta, portanto, à primeira vista, que semelhante classificação é destituída de importância prática. Tomar o caráter patrimonial das regras jurídicas como critério para distinguir as regras de direito privado das regras de direito público equivale a lançar a desordem em nossos estudos, sem qualquer outra vantagem que não seja a defesa de um conceito abstrato.

Há, além disso, uma dificuldade maior na adoção desse critério: é a própria distinção entre direitos patrimoniais e direitos não-patrimoniais. Sabemos hoje que os próprios direitos pessoais, na esfera das relações civis, podem ter um valor econômico e abranger, portanto, interesses que afetam o patrimônio. Discutem os civilistas se o dano moral é economicamente ressarcível. E, na prática hodierna, o mais pessoal de todos os direitos — o direito à vida, à saúde e à conservação individual — tem, por força de lei, um valor econômico, expresso quer pela instituição do seguro social, quer pela obrigação — a que estão sujeitas, por exemplo, as empresas de transportes — de indenizar pecuniariamente a perda de uma vida humana. Mais difícil ainda é essa discriminação na esfera da vida pública. Se o Estado exerce funções de governo e de dominação que, aparentemente, não têm caráter patrimonial, na realidade elas afetam sempre o patrimônio do Estado: pois não há função de governo que não dependa de recursos materiais, econômicos, e que não esteja sujeita a dotações orçamentárias. Para agir na defesa dos seus interesses mais caracteristicamente políticos, o Estado precisa de pessoal, de funcionários que exercem funções remuneradas, que são pagos para servi-lo; precisa ainda de material, de armas ou instrumentos técnicos, que são também adquiridos à custa dos seus bens patrimoniais. E a maior prova de que os interesses mais caracteristicamente políticos afetam o patrimônio do Estado e dependem dos recursos deste, é que as atividades políticas dos Estados modernos estão na mais estrita dependência dos seus recursos econômicos, do montante da riqueza pública.

Por aí se vê quão arbitrária e quão pouco prática é a distinção entre direito público e privado que se baseia no caráter patrimonial do segundo e no caráter não-patrimonial do primeiro. Na realidade, quaisquer relações jurídicas, sejam públicas ou privadas, podem afetar o patrimônio e ter valor econômico.

6. Critério de Puchta: distinção entre o "indivíduo em si" e o indivíduo "membro da sociedade organizada". — Todos os critérios que acima foram expostos se baseiam sobre a matéria ou conteúdo das regras jurídicas. Outros, porém, foram sugeridos, procurando distinguir o direito público do privado pelo aspecto formal. Segundo esses critérios, as relações de direito público e as de direito privado têm essencialmente o mesmo conteúdo material; distinguem-se tão-somente pela forma sob a qual se apresentam.

A primeira distinção formal que podemos considerar é a de Puchta. Todo direito visa a proteger interesses humanos; mas, como sujeito de direito, o homem pode ser considerado sob dois aspectos: quer como indivíduo em si, quer como cidadão ou membro de uma sociedade politicamente organizada. As regras jurídicas que dizem respeito ao indivíduo considerado como tal, e que presidem as relações entre indivíduos, diz Puchta, são de direito privado. Ao contrário, as regras jurídicas que dizem respeito ao cidadão, isto é, ao indivíduo considerado como membro de uma sociedade organizada, e que presidem as relações entre os indivíduos e o Estado e entre os vários órgãos estatais, são regras de direito público. Portanto, segundo Puchta, quando quisermos saber se uma regra jurídica é de direito público ou de direito privado, cumpre-nos indagar apenas o aspecto pelo qual o indivíduo é considerado nessa regra; se o é como indivíduo em si e em suas relações com os outros indivíduos, independentemente das exigências da ordem social, temos uma regra de direito privado; mas, se o indivíduo é considerado como membro de uma sociedade politicamente organizada e em suas relações com o Estado, temos uma regra de direito público.

Alguns discípulos de Puchta acrescentam um esclarecimento importante a essa classificação. Dizem que devemos incluir no direito público tôdas aquelas regras que supõem necessariamente a existência de uma sociedade organizada e que sem esta não existiriam; incluem-se, ao contrário, no direito privado, tôdas aquelas regras que supõem unicamente relações entre indivíduos e que poderiam existir mesmo abstraindo da existência do Estado. Assim, as relações de família, de propriedade, as relações contratuais etc. poderiam existir mesmo onde não houvesse um Estado organizado: são relações de direito privado. Mas as relações decorrentes de uma função pública, a nacionalidade, a cidadania, os direitos de eleger e ser eleito, as relações entre funcionários e órgãos do Estado etc. pressupõem necessariamente uma sociedade organizada e não poderiam existir fora do Estado: são relações de direito público.

A inconsistência dêsse critério transparece ao primeiro exame. Baseia-se êle numa das mais perniciosas abstrações que têm surgido no campo dos estudos políticos: a concepção do indivíduo independentemente da sociedade organizada a que pertence. Na realidade, não há regra jurídica nenhuma que possa ter existência fora de uma ordem social definida. Se fôssemos aprofundar o critério de Puchta, chegaríamos à conclusão de que tôdas as regras jurídicas são de direito público e que não existem regras jurídicas de direito privado: porque tôdas elas só existem em função de uma sociedade organizada e não poderiam subsistir fora ou independentemente desta.

7. Crítica: qualquer regra jurídica é produto de uma sociedade organizada. — O critério de Puchta se aproxima da concepção do "Contrato Social" de Jean-Jacques Rousseau — fonte de tantos erros políticos e históricos. Essa abstração, que pode conceber o "indivíduo em si" como algo separado da sociedade organizada, trai ainda os preconceitos filosóficos da Revolução Francesa. O fato é que tôda regra jurídica, seja de direito público, seja de direito privado, pressupõe uma sociedade organizada e só existe em virtude desta. O homem é um produto da herança e do meio. Todo indivíduo tem uma formação social inseparável da sua personalidade. Todos os direitos do indivíduo resultam da concepção que esta ou aquela sociedade organizada tem acêrca do direito e da justiça. Sem uma organização social, sem um Estado politicamente constituído, não há direito possível. O direito é sempre um produto social, um reflexo positivo da organização social dêste ou daquele povo — e os direitos privados variam conforme a mentalidade social onde se geram.

Tôdas as relações de ordem privada, para terem caráter jurídico, pressupõem uma obrigatoriedade que só um Estado organizado será capaz de lhes dar. Fora de uma sociedade organizada em Estado não há direito de nenhuma espécie. Demais, para que o Estado reconheça o caráter imperativo de uma relação privada, e a converta, pela sanção legal, em relação jurídica, é preciso que o espírito social, a mentalidade social estejam preparadas para aceitá-la como tal. Conseqüentemente, tôda relação de ordem privada, para converter-se em relação jurídica de direito privado, já pressupõe — tanto quanto o direito público — uma sociedade organizada, um espírito social mais ou menos amadurecido. Se não se pode conceber o homem fora da sociedade, não há direito que seja independente de uma organização social e de um Estado politicamente constituído. Tal critério não pode, portanto, servir de base para a distinção entre direito público e direito privado.

8. **Crítério de Thon: as conseqüências da violação da norma jurídica.** — Um outro critério formal foi proposto por Thon. Baseia-se na apreciação das conseqüências da violação da norma jurídica. Se a violação do direito só pode ser reparada por iniciativa de quem a sofreu, temos um direito privado; mas se a violação dá lugar a uma **intervenção não solicitada da autoridade pública**, temos um direito público. Por outras palavras: as normas de direito privado são aquelas para cuja sanção é necessária a iniciativa particular, enquanto as normas de direito público são garantidas pelo Estado independentemente de qualquer iniciativa particular.

Esse critério parece melhor que qualquer dos anteriores. Ainda veremos, mais adiante, que êle tem muita coisa de aproveitável, que se deverá reter. É indubitável que a apreciação das conseqüências da violação da norma jurídica deve entrar no critério distintivo entre direito público e privado. A iniciativa individual é um dos característicos do direito privado; a intervenção direta do Estado está sempre implícita em tôdas as normas de direito público. E cada dia que se amplia a intervenção do Estado na vida privada, vemos passar para a órbita do direito público relações e obrigações que, anteriormente, eram meras relações de direito privado.

Mas, como ainda mostraremos nas páginas seguintes, êsse critério meramente formal de Thon não é suficiente. Não basta apreciar o grau maior ou menor de intervenção do Estado, a amplitude maior ou menor da iniciativa privada para a realização da norma de direito; é preciso também estudar as causas sociais e políticas dessa diferença. Se o Estado resolve intervir em certas relações jurídicas e se deixa outras ao arbítrio individual, temos aí uma diversidade de atitudes cuja importância não pode ser menosprezada. Mais importante ainda, todavia, é indagar as causas econômicas, políticas e sociais que ora aconselham o simples apoio à iniciativa individual, ora impõem a intervenção direta e não solicitada do Estado na realização do direito. E a apreciação dessas causas é outro elemento essencial, que forçosamente deve entrar no critério diferencial entre direito público e direito privado.

9. **Crítério de Duguit: o conceito de "poder de dominação" do Estado.** — Diante dessa disparidade de critérios, muitos juristas reconhecem a necessidade de suprimir, de uma vez por tôdas, a linha divisória entre direito público e direito privado. Um dêstes é Léon Duguit. Não obstante isso, porém, e depois de haver admitido que a dualidade entre direito público e privado era incompatível com o progresso do direito — Duguit propõe outro critério. As regras de direito público e as de direito privado, diz êle, têm os mesmos elementos, os mesmos fins, o mesmo conteúdo. Apenas se diferenciam no modo como se exerce a sanção de umas e de outras. As regras de direito privado são impostas pelo Estado, que promulga suas leis no exercício do **poder de dominação** que lhe incumbe manter sobre os indivíduos; ao passo que as regras de direito público são aquelas que **o Estado dita para si mesmo** e para as quais, conseqüentemente, não há sanção tão rigorosa e direta, visto que o Estado não pode obrigar-se coativamente a si próprio.

Como se vê, Duguit inverte as situações, baseado no conceito de um "poder de dominação" do Estado sobre os indivíduos. Justamente as regras jurídicas que têm obrigatoriedade mais imperativa, aquelas cuja violação acarreta a intervenção imediata e não solicitada do Estado — as regras de direito público — são as que Duguit reputa terem sanção menos rigorosa, porquanto são obrigações que o Estado impõe a si próprio. Duas idéias perigosas estão implícitas

nesse conceito: a idéia de que o direito é algo **impôsto pelo Estado** e, como consequência desta, a idéia de que o Estado pode tolerar a inobservância das regras jurídicas por parte d'ele mesmo, enquanto as impõe com coactiva intolerância aos indivíduos. É que, muito embora tenha orientado t'oda a sua doutrina no sentido de combater a tendência germânica que considera o poder como fonte do direito e de buscar, na ordem natural das relações sociais, algo capaz de submeter o Estado ao direito — Duguit não conseguiu libertar-se do ponto de vista das doutrinas que pretende combater e, insensivelmente, recorre a idéias que estão contidas na teoria alemã da **Herrschaft**: o Estado como poder de **dominação**, a oposição entre **governantes e governados**, e assim por diante. Sua distinção entre direito público e privado assenta nessa base. Ela nos vai conduzir a outro campo mais vasto, onde pululam hoje muitas doutrinas reacionárias, postas, a serviço da causa dos Estados totalitários.

10. Critério dos doutrinadores alemães e fascistas: a oposição entre governantes e governados. — Foi nos juristas alemães que Duguit foi buscar sua orientação inicial. O conceito do "poder de dominação" do Estado, a oposição entre **governantes e governados**, uns que mandam, outros que obedecem — esteve sempre presente nas doutrinas germânicas. O clima político da Alemanha, após a vitória do movimento nazista, favoreceu ainda mais a expansão dessa tendência. É natural que, tendo que distinguir as relações de ordem pública das de ordem privada, os doutrinadores alemães hajam recorrido a essa concepção da sociedade dividida em dois blocos antagônicos: de um lado o Estado soberano e poderoso que comanda; de outro lado os indivíduos, os governados que obedecem. É o que vemos, por exemplo, em Radbruch. Para Radbruch, o que distingue as relações de direito público das de direito privado é o fato de a obrigação jurídica, que elas criam, depender ora do comando de outrem, ora da auto-submissão do próprio obrigado. Se o dever jurídico é impôsto pelo poder de dominação de outrem — do Estado, portanto — temos uma relação de direito público; mas se êle resulta de condições voluntariamente aceitas por aquêle que tem de cumpri-lo, é uma relação de direito privado. O dever de pagar impostos, por exemplo, não depende da vontade do obrigado: é uma obrigação de direito público. Mas o dever de pagar uma dívida decorre unicamente do ato voluntário em virtude do qual alguém a contraiu: é uma obrigação de direito privado.

Os doutrinadores do Estado fascista italiano preconizaram critério semelhante. Vêem êles entre a sociedade organizada em Estado e os indivíduos que a compõem uma relação entre **governantes e governados**. Os governantes são os que detêm o **poder de dominação**. Quando agem em nome d'esse poder, criam relações de direito público. Ao contrário, quando os governados agem em virtude dos seus interesses particulares, estabelecem-se relações de direito privado. O direito público é, portanto, para os doutrinadores fascistas, a expressão de uma vontade pública ou de uma vontade de govêrno, posta em ação pelos governantes e dirigida aos governados. Ou, como o define Carlo Costamagna: **o direito público é o complexo das regras jurídicas da vontade pública, operando por força de sua supremacia e segundo as condições da sua competência.**

11. Crítica: o poder político é um "serviço social" e não uma vontade pública de "comando". — Fundar o direito público no poder de dominação do Estado é como que transformar o Estado numa espécie de criador do direito; é, sobretudo, esquecer que o direito tem uma origem e um fundamento social, uma

causa e uma finalidade humanas, que se superpõem ao Estado. Transformar as regras de direito público em simples emanções da vontade de governo dos que detêm o poder político é violar esse princípio fundamental e eterno de que **acima dos interesses e da vontade dos governantes está o bem comum**, a felicidade social, a felicidade humana e os fins humanos a que todo Estado deve servir. Não é justo supor que uma regra de direito público retire o seu valor e a sua força da vontade dos governantes e do poder de dominação do Estado. Não é justo, repetimos — e a idéia de justiça jamais se deve separar da idéia do direito. Se a vontade dos governantes se torna fonte criadora de normas jurídicas, é tão-somente porque essa vontade serve ao bem comum, aos interesses gerais da sociedade. E, realmente, só enquanto ela serve a esse fim social merece ter em seu apoio a força do direito. Desde o momento que o poder de dominação dos governantes deixe de servir ao bem comum, cessa, pelo mesmo motivo, de ser uma fonte de direitos — e o seu exercício passa a constituir um **abuso do direito**. Isso equivale a reconhecer que todo direito, seja público ou privado, tem a sua origem em alguma coisa que transcende o Estado e a vontade dos governantes. **Governar não é dominar; governar é servir**. Servir à sociedade, servir ao bem comum. O Estado não é um fim em si: é apenas um meio de realizar o bem comum, um sistema de funções e de serviços organizados em benefício da coletividade. Portanto, **o poder político é, antes de mais nada, um serviço social**. Dêsse caráter e dessa finalidade é que êle retira tôda a sua força, tôda a sua razão de ser. Nenhum direito pode emanar da vontade dos governantes por força dessa vontade mesma. Nenhum direito pode ser direito apenas em virtude de exprimir um “poder de dominação do Estado”. Não é possível, conseguintemente, caracterizar o direito público e diferenciá-lo do privado pelo fato de traduzir o primeiro a vontade de comando dos governantes.

Em segundo lugar, a própria oposição entre governantes e governados, que é o pressuposto desse critério, exprime um desvirtuamento das verdadeiras relações entre o Estado e os indivíduos. As funções de mando e dominação só são tais em aparência; na realidade, as coletividades só aceitam os governos quando reconhecem a justiça, a conveniência ou a oportunidade das suas ações. Em última análise, é da aceitação coletiva, expressa ou tácita, que todos os governos retiram a sua força de domínio; portanto, é sempre o povo que se governa a si mesmo pela voz dos chamados “governantes”.

Não há, na vida pública, oposição real e definitiva entre governantes e governados; a oposição que há é puramente exterior, aparente.

O Estado existe para o povo e pelo povo. **Os governantes detêm o poder, não para realizar as suas vontades e impor os seus desígnios, mas unicamente para servir ao povo e interpretar as suas necessidades e aspirações.**

Em resumo, não há, não pode haver nenhum direito que emane da vontade dos “governantes” e do “poder de dominação” do Estado como tal. Não é possível, portanto, utilizar essa idéia como critério distintivo entre regras de direito público e regras de direito privado. Não há um direito dos governantes e outro direito dos governados. Todos os direitos nascem de causas sociais e têm fins sociais. Todos os direitos, sejam públicos ou privados, visam a defender interesses humanos, dentro de uma sociedade organizada.

12. A distinção entre o direito público e o direito privado é uma conveniência de ordem política. — Onde, pois, a distinção entre regras de direito público e regras de direito privado? Na realidade, parece não existir oposição entre umas

e outras. Direito público e direito privado se integram num só corpo. Em essência, como salienta Hans Kelsen, só há **um direito**. Em vez de opor-se, as regras de direito público e as de direito privado se completam umas às outras, constituindo antes dois aspectos particulares por que podemos considerar o fenômeno jurídico. Qualquer delimitação entre o campo do direito público e o do direito privado será necessariamente imprecisa e convencional.

O que decide se tal ou qual regra jurídica entrará na esfera do direito público ou permanecerá na do direito privado são, apenas, **conveniências de ordem política**. Não há maior prova disso do que a ampliação extraordinária que vem tendo, hoje em dia, o campo do direito público, com a intervenção cada vez maior do Estado na vida privada. Normas de direito privado passam gradativamente a constituir normas de direito público — só porque o Estado reconhece a conveniência de lhes dar maior força e obrigatoriedade mais imperativa. Pouca a pouca as constituições modernas vão incluindo entre os seus dispositivos normas reguladoras de interesses, até então considerados como de direito privado: interesses de família, de educação e cultura, proteção ao trabalho e ao trabalhador, proteção à mulher e à criança, regulamentação da vida econômica etc. Esses interesses, outrora protegidos apenas na órbita do direito privado, são transportados para o campo do direito público, consagrados na lei constitucional, defendidos pela intervenção direta do Estado. Conveniências de natureza política — econômica, social —, eis o único móvel dessas modificações. São conveniências de natureza política que conduzem o Estado a distribuir em dois círculos — o público e o privado — os interesses humanos, a fim de melhor garantir a realização do direito. Pois é evidente que a intervenção direta e não solicitada do Estado constitui maior garantia do que a simples iniciativa privada, na qual o indivíduo pode se ver envolvido em situações de dependência moral ou econômica que o impeçam de fazer valer os seus direitos — como vinha sucedendo, por exemplo, com a grande massa do proletariado, antes do progresso da legislação trabalhista.

Todavia, qual o critério que orienta o Estado na apreciação dessas conveniências de natureza política? Qual o critério em que êle se inspira, para decidir se tais ou quais interesses devem permanecer na esfera das relações privadas ou ser levados para o campo do direito público? Por que, em suma, tais ou quais interesses jurídicos necessitam de maior garantia e de mais eficiente proteção do que outros?

13. O direito, a justiça e o bem comum — Talvez possamos encontrar, na lição do velho direito romano, alguns esclarecimentos úteis. Acabamos de ver que é imprecisa a delimitação dos dois campos de interesses — públicos e privados. Toda distinção aqui é convencional e deriva de conveniências políticas. Ora, a diferenciação que entre êles faziam os juristas romanos também era imprecisa — e por isso mesmo foi criticada. Contudo, é quiçá nessa imprecisão que reside o seu maior mérito. O direito romano não foi construído teoricamente, deduzido de conceitos abstratos, como o foram muitas das instituições jurídicas dos povos modernos; formou-se empiricamente, em contato com a vida, como fruto da experiência de um povo prático e realista. Por isso, na época de realismo político em que vivemos, talvez nos sintamos muitas vezes mais próximos do espírito prático do direito romano do que do espírito teorizador e muita vez romântico dos juristas dos últimos dois séculos. No direito romano, também o **jus publicum** e o **jus privatum** não se opunham. Eram duas posições do homem em face do direito. O direito podia abranger os interesses públicos ou

os interesses individuais; as normas reguladoras de uns e de outros tinham, entretanto, a mesma essência, posto que umas e outras visavam sempre a realização do direito e da justiça.

Que é o direito? Definiram-no os romanos: uma regra de bem viver; um meio de assegurar os interesses de todos, sem prejuízo de ninguém. Todo direito, seja público ou privado, tem como característica primordial a realização de uma triplíce finalidade: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Viver honestamente; não prejudicar a ninguém; dar a cada um o que é seu. Por outras palavras, exprimindo a mesma idéia num conceito moderno: todo direito tem por fim a realização do bem comum, dentro dos limites da equidade e da justiça.

E que é a justiça? Definiram-na também os romanos com uma clareza e uma simplicidade que desafiam a ação do tempo: é a vontade firme e constante de dar a cada um o que é seu. *Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Insistiam sempre os juristas romanos nessa necessidade de "dar a cada um o que é seu", como a finalidade suprema do direito.

Ainda veremos que não é senão isso o que procuram os povos modernos, nas grandes lutas políticas de classes e de nações em que se debate o mundo. Dar a cada um o que lhe pertence; assegurar os interesses de todos, sem prejuízo de ninguém; distribuir os bens terrenos de forma que todos os homens tenham igual oportunidade na luta pela vida e que cada qual receba o que merece pela sua capacidade e segundo as suas necessidades — poderíamos resumir nessas fórmulas todo o sentido das lutas sociais dos últimos três séculos, sob o lema de palavras sonoras como "democracia", "liberdade" "igualdade", "fraternidade".

14. Interesses públicos e interesses privados: sua diferenciação. — Quer na esfera dos interesses públicos, quer na dos interesses privados, a finalidade do direito e a finalidade do Estado como órgão do direito são, portanto, as mesmas: realizar o bem comum, garantir pela lei e pela força da autoridade o *suum cuique tribuere*. Ora, essa garantia pode fazer-se de dois modos: ou se concede ao indivíduo a *facultas agendi*, a faculdade de agir, amparada pela lei, a fim de que ele possa, por iniciativa própria, garantir o seu direito; ou então é o próprio Estado que assume o patrocínio da realização do direito, interessando-se diretamente nessa realização, a fim de que o *suum cuique tribuere* possa operar-se mesmo nas situações em que a iniciativa individual fôr impotente para conseguí-lo.

Aos interesses jurídicos cuja defesa pode ser feita cabalmente pelo uso da *facultas agendi* individual, podemos chamar **interesses privados**. Casos há, porém, em que a iniciativa individual ou não basta para a realização do direito, ou é prejudicial a essa realização. Há situações econômicas e sociais em que o uso da *facultas agendi* pode ser ou ineficaz para quem a possui, ou nocivo a outrem. Impõe-se, nesse caso, a intervenção direta do Estado, que assume o patrocínio dos interesses em jôgo. A estes podemos chamar **interesses públicos**.

Uns e outros, interesses públicos e interesses privados, são **interesses sociais** — pois o direito só protege interesses individuais quando estes têm certa dose de generalidade, isto é, quando a sociedade precisa que eles sejam satisfeitos. O direito é um fenômeno essencialmente social e tudo o que é jurídico exprime necessidades e interesses sociais. A diferença entre eles está unicamente na

discriminação dos interesses cuja defesa a sociedade pode confiar eficazmente ao indivíduo e dos interesses cuja defesa exige a intervenção direta e não-solicitada do Estado. Os interesses sociais que ultrapassam o âmbito da ação individual são interesses públicos; os que estão contidos no âmbito da ação individual são interesses privados. A qualquer momento, obedecendo a conveniências políticas, pode o Estado retirar certos interesses da órbita privada e transferi-los para a órbita pública, arrogando-se o direito de intervir para a eficácia de sua realização. Fá-lo tôdas as vèzes que a experiência dos fatos lhe demonstrar que êsses interesses não serão devidamente assegurados pela *facultas agendi individual* — ou porque seja esta impotente para defendê-los, ou porque seja ela capaz de exceder-se e burlar a realização do direito em detrimento de terceiros que se encontrem em situação econômica e social inferior.

15. O deslocamento dos interesses da órbita privada para a órbita pública; a intervenção do Estado na vida social. — Numerosos exemplos dêsse deslocamento dos interesses juridicamente protegidos da órbita privada para a órbita pública se encontram nas legislações modernas. Relações primitivamente de ordem privada — como, por exemplo, as relações entre patrões e empregados — vão sendo transformadas em relações de ordem pública, alegando o Estado ter um interesse direto, isto é, um **interesse público** em patrociná-las, desde que verificou que as condições econômicas, profissionais da sociedade não permitiam a eficaz realização do *suum cuique tribuere* na órbita das iniciativas privadas.

Até bem poucos anos atrás — e até hoje em muitos países — imperava na ordem econômica o princípio do *laissez faire, laissez passer*. Conseqüentemente, o campo dos interesses privados alcançava o máximo de extensão. O Estado recusava-se a intervir nas relações econômicas; concedia apenas aos indivíduos a *facultas agendi* para lutar em defesa dos seus interesses, sob o amparo da lei. Mas que lhes adiantava essa faculdade jurídica de agir e êsse amparo da lei, se, na realidade, a sociedade estava dividida em grupos de pobres e privilegiados, uns detendo a força econômica de ouro e os outros apenas o preço humilde do trabalho? A realidade econômica destruía a eficiência da organização jurídica e tornava irrealizável, na prática, o *jus suum cuique tribuendi*.

Para remediar as misérias resultantes dêsse estado de coisas, o poder público resolveu intervir diretamente, para assegurar a justiça social e a equitativa distribuição da riqueza segundo as capacidades e necessidades de cada um. Conseqüentemente, maior número de relações foram sendo deslocadas para a esfera do interesse público. Hoje, há no Estado uma tendência nitidamente **socializadora**, que amplia cada vez mais o âmbito dos interesses públicos. Conhecemos, por experiência, os males do individualismo; sabemos que a iniciativa individual tende, mais cedo ou mais tarde, a criar privilégios econômicos, sociais e políticos em benefício de alguns e em detrimento da maioria. Como órgão do direito, o Estado não pode tolerar essa situação. A vontade firme e constante de dar a cada um o que é seu — o velho e sempre vivo preceito da justiça romana — obrigou o Estado moderno a intervir na ordem privada, a **socializar a ordem privada em benefício do bem comum**. Com isso se amplia cada vez mais a esfera dos interesses públicos.

16. Distinção entre direito público e direito privado; critério prático e realista. — Sobre a distinção, acima esboçada, entre interesses públicos e interesses privados, podemos assentar também o critério diferencial entre direito público

e direito privado. Tôdas as regras jurídicas que visam a defender os interesses privados, isto é, os interesses que estão contidos no âmbito da ação individual e para cuja garantia é necessário e suficiente o uso da *facultas agendi* amparadas pela lei, são regras de direito privado. Por outro lado, tôdas as regras jurídicas que visam a defender os interesses públicos, ou seja, os interesses que ultrapassam o âmbito da ação individual e para cuja garantia não basta o uso da *facultas agendi*, exigindo, antes, a intervenção direta e não solicitada do Estado, são regras de direito público.

Uns e outros, repetimos, interesses públicos e privados, são interesses sociais, porque, como fenômeno essencialmente social, o direito não reconhece interesses individuais senão na medida em que eles envolvem uma necessidade sentida por muitos indivíduos. O que os diferencia é o fato de, nos interesses privados, ser confiada aos próprios indivíduos a defesa ou a iniciativa de sanção dos interesses que a sociedade reconhece como legítimos, ao passo que, no campo dos interesses públicos, essa defesa ou iniciativa de sanção é patrocinada pelo Estado, que se superpõe a todos os indivíduos e promove a realização do direito, sem ser solicitado, e mesmo contra a solicitação de ambas as partes contendoras. Em resumo:

Direito público é o conjunto de regras protetoras dos interesses sociais que ultrapassam o âmbito da ação individual e cuja sanção pode efetuar-se pela intervenção direta e não-solicitada do Estado.

Direito privado é o conjunto de regras protetoras dos interesses sociais que se contém no âmbito da ação individual e cuja sanção só pode efetuar-se por iniciativa dos indivíduos interessados.

17. Essa distinção não prejudica a unidade do fenômeno jurídico. — O critério que preconizamos tem algo de comum com o critério de Thon: o fato de incluir na distinção entre direito público e privado a apreciação das conseqüências da violação da regra jurídica. No direito privado é a iniciativa individual que promove a reparação da norma jurídica violada; no direito público há intervenção direta e não solicitada do Estado. Mas, para Thon, nisto residia toda a distinção — donde a insuficiência do seu método. No critério que adotamos, as conseqüências da violação da regra jurídica aparecem apenas como um dos elementos de diferenciação entre direito público e privado; é um aspecto formal que se não deve desprezar, mas que, por si mesmo, não basta. É preciso ainda buscar as causas políticas e humanas dessa diferenciação: as causas sociais, econômicas, históricas, que ora aconselham ao Estado o simples apoio à iniciativa individual, ora o compelem a intervir diretamente para a garantia do direito.

Com razão assinala Hans Kelsen que o dualismo direito público-direito privado traduz uma invasão da política nos domínios do direito. Realmente, como acentuamos, é sempre por conveniências de ordem política que o Estado transfere ora uns, ora outros grupos de interesses sociais da órbita privada para a órbita pública. E essas conveniências políticas antecedem a violação do direito; elas criam entre os direitos público e privado uma distinção de matéria e de conteúdo, que independe das conseqüências de sua violação. Por isso, há mister incluir na definição de direito público, assim como na de direito privado, esse elemento material que também os distingue: o interesse público de um lado e o interesse privado de outro, ou seja, o interesse que exorbita da esfera de ação individual e o que se contém nessa esfera de ação.

O critério que escolhemos é, pois, ao mesmo tempo, material e formal: distingue as regras de direito público das de direito privado, simultaneamente, pelo seu conteúdo e pela sua forma.

Não esqueçamos, todavia, que se trata de uma diferenciação puramente convencional, fruto de conveniências de ordem política. Há, inevitavelmente, uma interpenetração constante dos dois campos de interesses; e cada dia maior número de interesses privados são transferidos para a órbita dos interesses públicos, a fim de obter uma garantia melhor e mais eficiente. No fundo, o fenômeno jurídico conserva a sua unidade e a identidade substancial da sua natureza.

18. Os interesses protegidos pelo direito constitucional são interesses públicos. — Definido o direito público, e o direito constitucional como um ramo dêle, daí decorrem, desde logo, várias conseqüências. Como parte do direito público, o direito constitucional visa a interesses sociais supra-individuais, protege interesses que ultrapassam o âmbito da *facultas agendi* individual; numa palavra, protege interesses públicos. As regras de direito constitucional, sendo regras de direito público, têm a sua sanção regulada pela intervenção direta e não-solicitada do Estado. Os preceitos contidos na lei constitucional precisam ser mantidos de qualquer maneira, porque êles interessam diretamente à organização do Estado, são elementos básicos da ordem social de determinado país, num determinado momento histórico.

Nem todos os interesses públicos, todavia, estão contidos na esfera do direito constitucional. A êle dizem respeito unicamente os interesses públicos relativos aos fundamentos da **organização jurídica do Estado e à delimitação do campo de suas atividades**. E salientamos, inicialmente, que para o esclarecimento completo da noção de direito constitucional seria preciso examinar, não só o conceito de direito público, como também os conceitos de **organização jurídica** e de **atividade limitada** do Estado. É o que vamos tentar nos parágrafos que se seguem.

19. O direito constitucional como fundamento da ordem jurídica. — O Estado é um corpo social e político, antes de ser um organismo jurídico. Se não há direito sem organização social, nem tudo na organização social depende do direito ou se converte em regra de direito. Jellinek distingue, no Estado, duas ordens de atividades opostas, mas complementares: a **atividade livre** e a **atividade regulamentada**. A atividade livre decorre do interesse geral e não se concretiza em nenhuma regra de direito; ao contrário, a atividade regulamentada é a que tende à realização de uma obrigação de direito. O campo da atividade livre é imenso; êle exorbita da ordem jurídica. Pela atividade livre, acentua ainda Jellinek, é que o Estado provê à sua própria existência, realiza as suas necessidades fundamentais, orienta-se para os seus próprios fins, vive a sua própria história. Essa atividade livre se desenvolve à margem do direito constitucional e se pauta por fins meramente políticos, sociais, econômicos, etc. O direito constitucional constitui o fundamento tão-sòmente da atividade regulamentada do Estado, ou seja, de tudo aquilo que diz respeito à ordem jurídica.

A ordem jurídica pressupõe a existência de interesses sociais protegidos pela sanção da autoridade pública e regulamentados em lei. Quaisquer interesses que não recebam essa proteção nem essa regulamentação estão excluídos

da ordem jurídica. O organismo estatal tem vida própria, espontaneidade e elasticidade, que independem das prescrições do direito constitucional. Estudar, portanto, o direito constitucional de uma nação não é, de maneira nenhuma, estudar-lhe toda a vida nem mesmo toda a vida política: porque, mesmo na vida política, há um campo enorme para o desenvolvimento da **atividade livre** do Estado, que não decorre de preceitos constitucionais, nem se consubstancia em normas constitucionais.

Entretanto, tudo aquilo que, dentro do Estado, está subordinado ao direito ou se cristaliza em direito; tudo aquilo que se traduz pela **ordem jurídica** — está, em última análise, na dependência do direito constitucional, que estabelece os **fundamentos** dessa ordem. A ordem jurídica tem uma esfera muito mais ampla que o direito constitucional; este é apenas **uma parte** da ordem jurídica. Mas é uma parte fundamental. Nenhuma lei, qualquer que seja o seu conteúdo, pode ir contra a lei constitucional. Esta última **organiza** juridicamente o Estado, imprime uma direção e um espírito a toda a sua atividade regulamentada. A lei constitucional — a Constituição — é a lei básica, com a qual todas as demais leis deverão conformar-se.

20. Os elementos da ordem jurídica. — A ordem jurídica, como dissemos, presuppõe a lei ou **norma jurídica**. Nem todas as normas jurídicas têm, entretanto, o mesmo caráter. Tanto na esfera do direito privado, como na do direito público, encontramos várias espécies de normas jurídicas, que poderiam ser assim discriminadas: **I) normas cogentes ou impositivas:** são as que ordenam que se faça ou não se faça alguma coisa; **II) Normas interpretativas:** são as que estabelecem um critério autêntico de interpretação de outras normas já prescritas, mandando que se entendam as mesmas desta ou daquela maneira; **III) normas dispositivas:** são as que, não especificando uma obrigação taxativa de fazer ou de não fazer, dispõem, entretanto, que, faltando prescrição legal sobre determinada matéria, se proceda ou se entenda deste ou daquele modo; **IV) normas bastantes em si (self-executing, self-acting):** são aquelas que trazem em si mesmas todos os elementos necessários à execução de suas prescrições; **V) normas não-bastantes em si:** são as que dependem de regulamentação ulterior para a sua cabal realização; **VI) normas programáticas:** são as que traçam linhas diretoras, exprimem o espírito de uma organização jurídica, definem uma tendência de ordem geral, susceptível de aplicar-se a muitas situações diferentes.

21. O direito constitucional como princípio-limite das atividades do Estado. — Vimos que o direito constitucional não contém senão uma parte da vida do Estado; que o Estado tem uma atividade livre que se desenrola independentemente do direito constitucional e mesmo de qualquer outro ramo do direito. Não obstante, toda essa atividade livre do Estado está sob a vigilância dos preceitos constitucionais; ela não precisa deles para manifestar-se; mas não pode, de maneira nenhuma, infringi-los. Embora não contenha em si toda a vida do Estado, o direito constitucional traça os limites além dos quais o Estado não pode ir, sem ferir as bases da sua própria organização.

Nesse sentido, o direito constitucional é um princípio-limite das atividades do Estado. Tudo o Estado pode fazer, para realização das suas necessidades de toda espécie e para consecução de todos os seus fins; só o que ele não pode é violar a Constituição, é ir de encontro às normas básicas e ao espírito do direito constitucional.

Isso importa, evidentemente, em reconhecer no direito algo superior ao Estado. O Estado pode agir livremente em todos os campos que necessite, fora da órbita do direito; mas não pode, de maneira nenhuma, ir contra o direito. O direito constitucional, estabelecendo as bases da organização jurídica do Estado, é um critério superior de orientação de toda a vida pública, é um ponto de referência a que o Estado deve sempre recorrer para inteirar-se dos limites além dos quais lhe é defeso passar e para recordar-se dos quadros de valores essenciais que presidem à sua organização.

22. Função social e política do direito constitucional. — Se o direito constitucional é um critério superior de orientação de toda a vida pública, esse caráter lhe advém da sua própria significação e do seu próprio fundamento social e político. As constituições políticas cristalizam sempre necessidades e tendências sociais de determinado país, em determinada época. Elas traduzem o espírito de uma organização social, exprimem tudo aquilo que determinada sociedade concebe como fundamentalmente necessário à realização do bem comum, da equidade e da justiça. Por isso, as constituições políticas são o espelho das sociedades que as promulgam. Por isso também elas se modificam constantemente, acompanham o ritmo da evolução social e lhe refletem todas as transformações e revoluções.

Em primeiro lugar, o direito constitucional está intimamente unido à tradição. Nenhuma nação pode desprender-se do passado. Cada povo tem a sua formação histórica e cultural, de que depende a sua mentalidade, a sua concepção da vida e da justiça das relações humanas, a sua idéia do direito. Esse passado se imprime sempre vigorosamente na organização jurídica do Estado, plasmando o direito constitucional em determinada época.

Em segundo lugar, o direito constitucional se une estreitamente ao espírito popular, à composição étnica da sociedade, ao temperamento predominante nos homens, às idéias e sentimentos coletivos. As necessidades econômicas da sociedade também influem diretamente na organização constitucional: as relações entre o capital e o trabalho determinam uma série importante de preceitos constitucionais; a distribuição geográfica das populações humanas, a maior ou menor facilidade dos meios de comunicação e de transporte decidem da organização do Estado e da distribuição do poder político sob um regime de maior ou menor centralização ou descentralização administrativa.

Sempre que um interesse qualquer é consagrado ou excluído de um dispositivo constitucional, teremos que procurar a causa dessa consagração ou dessa exclusão dentro da própria sociedade, no sentido atual das suas tendências, aspirações e necessidades. Os preceitos constitucionais — como, aliás, quaisquer outras normas de direito — não se improvisam. Eles refletem sempre algo de mais profundo que está por debaixo. Em suas raízes achamos sempre alguma coisa que a sociedade precisa, impõe ou sugere para a solução dos seus problemas e satisfação de suas necessidades. O direito nasce da vida. A ordem jurídica — e, conseqüentemente, o direito constitucional, que lhe estabelece os fundamentos — é um organismo vivo, que tem sempre uma base social, econômica ou moral, à qual será sempre preciso reportarmo-nos, se quisermos compreender o sentido e a finalidade das instituições.

23. Conceito de Constituição. — Todas as regras de direito constitucional se cristalizam numa lei básica, que é a Constituição. Ou então, como sucede em alguns países onde predomina a tradição e sucedia na Idade Média, elas se

distribuem por uma série de leis, que se completam umas às outras, ou de preceitos costumeiros e princípios gerais, pelos quais se rege a organização do Estado.

O que prevalece, entretanto, na maioria dos países civilizados de hoje, é a reunião de tôdas as normas do direito constitucional numa só lei fundamental — Carta Magna, Constituição.

Sob êsse aspecto, a Constituição pode ser definida pelos mesmos tѐrmos que já analisamos na definição do direito constitucional. Ela é a lei que estabelece os fundamentos da organização jurídica do Estado e delimita o campo em que êste deve exercer as suas atividades.

24. Lei constitucional e lei ordinária. — Quis-se muito tempo estabelecer uma diferença de natureza entre a lei constitucional e a lei ordinária. A primeira diria respeito essencialmente à organização política do Estado, à definição da competência dos seus órgãos, à regulamentação dos direitos políticos do cidadão. Modernamente, qualquer critério que discrimine uma diferença de natureza, de matéria e conteúdo, entre a Constituição e a lei ordinária, é absolutamente insustentável. Pois as Constituições modernas vão ampliando cada vez mais a sua esfera de ação, incluindo em seus dispositivos numerosas relações jurídicas que, anteriormente, eram apenas objeto de lei ordinária. A medida que o Estado intensifica a sua intervenção na vida privada, **socializa** maior número de direitos e deveres, vão ingressando na lei constitucional princípios e normas jurídicas que antes não costumavam figurar nas Constituições: relações de família, relações de trabalho e de comércio, educação e cultura etc. E não sabemos, com segurança, até onde poderá chegar essa tendência açambarcadora das leis constitucionais modernas; não sabemos até que ponto poderão elas despojar as leis ordinárias de matérias que eram peculiares a essas, a fim de incorporá-las nos artigos e parágrafos da Constituição. São unicamente conveniências de natureza política — já o salientamos — que estabelecem aqui os prós e os contras, que decidem do que deve ficar como objeto de leis ordinárias e do que deve ser fixado no texto constitucional.

É impossível, por isso mesmo, separar as matérias que sejam objeto de leis constitucionais e matérias que sejam objeto de leis ordinárias. De modo geral, qualquer ordem de relações jurídicas, regulada nas leis ordinárias, pode, do dia para a noite, passar para os artigos de uma lei constitucional. Basta, para tanto, que o Estado comece a julgar essas relações como sendo de capital importância para a fundamentação da vida jurídica do Estado e para o espírito da sua organização social.

Entre a lei constitucional e a lei ordinária só há, pois, uma diferença **formal**. Distingue-se a primeira da segunda por ter uma **estrutura mais rígida**, uma **resistência maior às reformas**, ou, em certo sentido, uma **obrigatoriedade mais imperativa**. Desde que uma relação jurídica qualquer é consagrada na Constituição, escapa ao arbítrio do poder legislativo ordinário e se cristaliza em princípios e normas dotados de **durabilidade maior**. Essa a única diferença que o jurista moderno pode estabelecer. Quer quanto à matéria de que tratam, quer quanto à generalidade dos princípios que consagram (tôdas as leis regulam interesses gerais), a lei constitucional e a lei ordinária se confundem. É sempre, e unicamente, no intuito de consolidar melhor uma relação jurídica, comunicarlhe maior resistência às inovações, tornar mais durável a sua obrigatoriedade, que o legislador a retira das leis ordinárias e a inclui no texto constitucional.

BIBLIOGRAFIA

- N. M. KORKOUNOV, *Cours de Théorie Générale du Droit*, trad. de M. J. Tchernoff, V. Giard & E. Brière edits., Paris, 1931.
- GEORG JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, trad. de Georges Fardis, V. Giard & E. Brière edits., Paris, 1911, 2 vols.
- R. M. MACIVER, *O Estado*, trad. de Mauro Brandão Lopes & Asdrubal Mendes Gonçalves, Livr. Martins edit., São Paulo, 1945.
- LÉON DUGUIT, *Manual de Derecho Constitucional*, trad. de José G. Acuña, Francisco Beltrán edit., Madrid, 1926 (2.ª edição).
- OSKAR GEORG FISCHBACH, *Teoría general del Estado*, trad. de Rafael Luengo Tapia, Editorial Labor, 2.ª ed., Barcelona, 1934.
- HANS KELSEN, *Teoría general del Estado*, trad. de Luiz Legaz Lacambra, Editorial Labor, Barcelona, 1934.
- BERTRAND DE JOUVENEL, *Du Pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*, Constant Bourquin edit., Genève, 1945.
- MARCEL DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *Traité général de l'État: essai d'une théorie réaliste de droit politique*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1931.
- HAROLD J. LASKI, *La Libertad en el Estado Moderno*, trad. de Eduardo Warshaver, Editorial Abril, Buenos Aires, 1946.
- AMARO CAVALCANTI, *Regimen Federativo e a República Brasileira*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1900.
- A. HAMILTON & J. JAY & J. MADISON, *Le Fédéraliste: commentaire de la Constitution des États Unis*, trad. de Gaston Jèze, V. Giard & E. Brière edits., Paris, 1902.
- CARLOS COSSIO, *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1944.
- MICHEL DENDIAS, *Le Renforcement des Pouvoirs du Chef de l'État dans la Démocratie Parlementaire*, E. Bocard edit., Paris, 1932.
- EMILE GIRAUD, *La Crise de la Démocratie et le renforcement du Pouvoir Exécutif*, Libr. du Recueil Sirey, Paris, 1938.
- Sir COURTENAY P. ILBERT, *El Parlamento: sua historia, constitución y práctica*, trad. de Julio Calvo Alfaro, Editorial Labor, 2.ª ed., Barcelona, 1930.
- J. F. DE ASSIS BRASIL, *Do Govêrno Presidencial na República Brasileira*, Cia. Nacional Editôra, Lisboa, 1896.
- OLIVEIRA VIANNA, *Instituições Políticas Brasileiras*, Livr. José Olympio edit., Rio de Janeiro, 1949, 2 vols.
- J. A. PIMENTA BUENO, *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*, Typographia de J. Villeneuve, Rio de Janeiro, 1857.
- CARLO COSTAMAGNA, *Elementi di diritto publico fascista*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1934.
- THEODOR MOMMSEN, *Compendio del Derecho Público Romano*, Editorial Impulso, Buenos Aires, 1942.
- L. R. DE SALIS, *Le Droit Fédéral Suisse*, trad. de Eugène Borel, K. J. Wyss edit., Berne, 1892-1894, 4 vols.
- THOMAS PAINE, *Los Derechos del Hombre*, trad. de José Antônio Fernández de Castro & Tomás Nuñez Molina, Fondo de Cultura Económica, México, 1944.
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, nouv. edit., Libr. Garnier, Paris, 1922, 2 vols.
- G. W. Fr. HEGEL, *System der Sittlichkeit*, in *Hegels Schriften zur Politik und Rechtsphilosophie*, herausg. von Georg Lasson, Felix Meiner Verlag, Leipzig, 1913.
- THEODOR STERNBERG, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Editorial Labor, 2.ª ed., Barcelona, 1940.
- PONTES DE MIRANDA, *Introdução á Política Científica*, Livr. Garnier, Rio de Janeiro, 1924.
- PONTES DE MIRANDA, *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, Jacintho Ribeiro dos Santos edit., Rio de Janeiro, 1922, 2 vols.
- TOBIAS BARRETO, *Estudos de Direito (Obras completas, VI-VII)*, publ. pelo Estado de Sergipe, Aracaju, 1926, 2 vols.
- JEAN CRUET, *La Vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion edit., 5.º mil.º, Paris, 1918.
- THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*, Livr. Freitas Bastos edit., 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1938, 2 vols.
- PEDRO CALMON, *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, Livr. Freitas Bastos edit., Rio de Janeiro, 1937.
- CARLOS MAXIMILIANO, *Commentarios á Constituição Brasileira*, Jacintho Ribeiro dos Santos edit., Rio de Janeiro, 1918.

- A. V. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, The Macmillan Co., London, 9th. ed., 1941.
- OSKAR GEORG FISCHBACH, *Derecho político general y constitucional comparado*, trad. de W. Roces & Luís Legaz, Editorial Labor, 2.ª ed., Barcelona, s/d.
- MAURICE HAURIUO, *Précis de Droit Constitutionnel*, Libr. du Recueil Sirey, 2me. Paris, 1929.
- JOSEPH-BARTELEMY & PAUL DUEZ, *Traité de Droit Constitutionnel*, Libr. Dalloz edit., nouv. ed., Paris, 1933.
- PAULO M. de LACERDA, *Princípios de Direito Constitucional Brasileiro*, Livr. Azevedo edit., Rio de Janeiro, s/d., 2 vols.
- JOSE SORIANO DE SOUSA, *Princípios geraes de Direito Público e Constitucional*, Empreza d'A Provincia edit., Recife, 1893.
- ALFREDO VARELA, *Direito Constitucional Brasileiro*, 2.ª ed., Livr. Garnier edit., Rio de Janeiro, 1902.
- ALIOMAR BALEIRO, *Alguns andaimes da Constituição*, Livr. Principal, Rio de Janeiro, 1950.
- JOAQUIM RODRIGUES DE SOUSA, *Analyse e comentario da Constituição Política do Imperio do Brazil*, ed. do autor, São Luiz do Maranhão, 1867-1870, 2 vols.
- CARL SCHMITT, *La Defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Editorial Labor, Barcelona, 1931.
- CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934.
- R. R. & P. DARESTE, *Les Constitutions Modernes: recueil des constitutions en vigueur dans les divers Etat d'Europe, d'Amérique et du Monde Civilisé*, Augustin Challamel edit., 2me. ed., Paris, 1891, 2 vols.
- MIRKINE-GUÉTZEVITCH, *Les Constitutions de l'Europe Nouvelle*, Libr. Delagrave edit., Paris, 1928.
- MIRKINE-GUÉTZEVITCH, *Les Constitutions des Nations Américaines*, Libr. Delagrave, Paris 1932.
- HOMER CAREY HOCKETT, *The Constitutional History of the United States*, The Macmillan Co., New York, 1948.
- HERMAN G. JAMES, *The Constitutional System of Brazil*, Carnegie Institution, Washington, 1923.
- OTTMAR BÜHLER, *La Constitución Alemana de 11 de Agosto 1919: texto completo, comentarios, introducción histórica y juicio general*, trad. de José Rovira Argenmol, Editorial Labor, Barcelona, 1931.
- JOHN MABRY MATHEWS, *Essentials of American Government*, Ginn & Co. edits., Boston-New York, s/d.
- B. PERLEY POORE, *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters and other Organic Laws of the United States; compiled under an order of the U.S. Senate*, Government Printing Office, 2d.ed., Washington, 1878, 2 vols.
- THOMAS ERSKINE MAY, *Histoire Constitutionnelle de l'Angleterre depuis l'avènement de George III*, trad. de Cornelis de Witt, Michel Lévy edit., Paris, 1865-1866, 2 vols.
- ANNIBAL FREIRE DA FONSECA, *Do Poder Executivo na Republica Brasileira*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1916.
- PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*, Livr. Francisco Alves edit., Rio de Janeiro, 1915.
- MIRKINE GUÉTZEVITCH, *As Novas Tendências do Direito Constitucional*, trad. de Cândido Motta Filho, Cia. Editora Nacional, São Paulo, 1933.
- AFFONSO CELSO, *Oito Annos de Parlamento. Poder Pessoal de D. Pedro II. Reminiscencias e notas*, nov. ed., Cia. Melhoramentos de São Paulo, São Paulo, s/d.
- MELCHOR FERNÁNDEZ ALMAGRO, *Origenes del régimen constitucional en España*, Editorial Labor, Barcelona, s/d.
- BENJAMIN CONSTANT, *Cours de Politique Constitutionnelle*, Libr. de Guillaumin & Cie. edits., 2me.ed., Paris, 1872, 2 vols.
- ORLANDO M. DE CARVALHO, *O Mecanismo do Governo Britânico*, Os Amigos do Livro edit., Belo Horizonte, 1943.
- JAMES BRYCE, *The American Commonwealth*, 3d.ed., The Macmillan Co., New York, 1897, 2 vols.
- DAVID G. RITCHIE, *Natural Rights: a criticism of some political and ethical conceptions*, George Allen & Unwin edit., 4th.ed., London-New York, 1924.
- JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principes do Droit Politique*, nouv. edit. E. Flammarion, Paris, s/d.
- GILBERTO AMADO, *Eleição e Representação: curso de direito político*, Irmãos Pongetti edits., 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1946.
- RODOLPHE LAUN, *La Démocratie: essai sociologique, juridique et de politique morale*, Libr. Delagrave, Paris, 1933.
- EUSEBIO DE QUEIROZ LIMA, *Theoria do Estado*, Livr. Jacintho, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1939.