

Também não discrepou o Tribunal Federal de Recursos, ao julgar o Mandado de Segurança n.º 437:

“A proibição constitucional da delegação de poderes é princípio que *cede em determinadas circunstâncias* quando o órgão executor da lei deve apurar fatos de *natureza técnica* dos quais depende a incidência ou aplicação da mesma lei” (in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 25, pág. 148).

CONCLUSÕES

1 — O caráter social do direito de propriedade justifica, cada vez mais, a prevalência do interesse público sobre o privado;

2 — A propriedade privada sofre, conseqüentemente, as limitações e restrições impostas pela necessidade e pela conveniência coletivas;

3 — A restrição, todavia, cinge-se aos limites do razoável, procedendo-se, pelo controle jurisdicional, a censura dos abusos;

4 — Conseqüentemente, a limitação ao direito de propriedade não pode ir ao ponto de anular-lhes os efeitos;

5 — O regulamento edilício, ainda que guardando uma natureza jurídica de direito público, pela proteção ao interesse coletivo, não se despe de seu caráter de direito civil, força da delegação constante do art. 572 do Código Civil;

6 — A competência para a regulamentação edilícia é deferida ao Executivo Municipal;

7 — A fiscalização das normas regulamentares edilícias, baixadas sob a orientação da técnica do urbanismo e da engenharia, é exercida pelo Poder de Polícia;

8 — O Código de Obras do Distrito Federal, embora lei, é alterável por via de decretos do Executivo (art. 818).

CONTEÚDO JURÍDICO DO PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO E PERENIDADE DA SUA PROPOSIÇÃO FUNDAMENTAL

ALCINO PINTO FALCÃO

Juiz no Distrito Federal

1. *O texto positivo brasileiro.* — Antecede o texto da Constituição brasileira, de 18 de setembro de 1946, o seguinte ato de promulgação:

“A Mesa da Assembléia Constituinte promulga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos termos dos seus arts. 218 e 36, respectivamente, e manda a todas as autoridades, às quais couber o conhecimento e a execução desses atos, que os executem e façam executar e observar fiel e inteiramente como nêles se contém.

Publique-se e cumpra-se em todo o território nacional.”

O corpo da Constituição, por sua vez, é precedido do seguinte preâmbulo:

“Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição dos Estados Unidos do Brasil.”

2. *Referências de direito comparado.*

a) *Quanto à promulgação.*

A atual Constituição francesa (de 27 de outubro de 1946) tem o seu preâmbulo precedido do ato de promulgação, por parte do

Presidente do Governo provisório, a quem a Constituição (art. 106), dando a redação do ato de promulgação e marcando prazo para ela, incumbiu de fazê-lo.

Igual processo, de promulgação pelo Chefe Provisório do Estado, foi adotado em relação à Constituição italiana, que entrou em vigor em primeiro de janeiro de 1948.

A vigente Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha (Alemanha Ocidental; Constituição de Bonn), promulgada a 23 de maio de 1949, o foi pelo Conselho parlamentar, em razão do que diz o seu art. 145, alínea primeira. A Constituição de 7 de outubro de 1949 da República Democrática Alemã (Alemanha Oriental), em razão de sua preceituação final, segue igual expediente, de reservar-se ao próprio órgão constituinte a promulgação. Assim também a recentíssima Constituição de 13 de janeiro de 1953 da República Federativa Popular da Iugoslávia (art. 115).

A nova Constituição do Uruguai de 1951 foi submetida a plebiscito de ratificação. A Constituição norte-americana de 1789, que também ficou sujeita à ratificação de Estados membros para a vigência, independe de ato posterior de promulgação. (1)

b) *Quanto ao preâmbulo.*

A Constituição norte-americana de 1789, ainda em vigor, veio precedida de um preâmbulo. Essa prática foi imitada pelos franceses, ao darem corpo à sempre viva Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que começa por um expressivo preâmbulo. É que, virem os atos legislativos importantes precedidos de preâmbulo, era técnica com raízes nos séculos vividos.

Embora a grande cópia das leis fundamentais passassem a ser antecipadas por tais proposições, houve-as sem preâmbulo; entre as recentes, que contêm essa omissão, sobressaem a italiana e a iugoslava, acima citadas e a da Albânia populista, entrada em vigor aos 15 de março de 1946.

3. *A natureza e efeitos da promulgação.* — Tecnicamente, a promulgação é o ato posterior à perfeição da lei, esta última dando-se

(1) O processo foi complicado, dadas as circunstâncias locais da época. O presidente da Convenção Constitucional, com carta de 17 de setembro de 1787, encaminhou o texto da nova Constituição ao Presidente do Congresso e, por resolução da mesma data, a Convenção fixou o expediente a seguir para a entrada em vigor da nova constituição. Texto de ambos os documentos às págs. 1234 a 1235 do vol. II de *Politics and the Constitution*, por WILLIAM WINSLOW CROSSKEY, Chicago, 1958.

com o término da votação concorde, e que faz a lei executória. (2) Implica a promulgação num ato de verificação da adequada conformidade do texto promulgado com o vencido e normas processuais para a elaboração da lei; é o que já acentuava ANSCHÜTZ (“Ube-reinstimmung der Gesetzesurkunde mit dem vom Gesetzgeber sanktionierten Gesetzesinhalt, andererseits die Formrichtigkeit des Gesetzgebungsverfahrens”). Há opinião (CARRÉ DE MALBERG) que sustenta que carrega a promulgação uma presunção *juris et de jure*; outros, porém, admitem-na *juris tantum*. Entre os últimos o professor JULIEN LAFERRIÈRE, (3) o que parece mais aceitável, uma vez que a lição contrária conduziria ao absurdo de fazer valer definitivamente como lei aquilo que não fôra o votado ou que fôra votado irregularmente. A ser assim, bem poderia acontecer viesse a ser estuprada a deliberação legislativa regularmente votada ou, então, a promulgação transformar-se em sanatória de uma deliberação irregularmente tomada. Sobre a presunção decorrente da promulgação deve prevalecer a realidade constante das atas.

No que diz respeito à promulgação do texto constitucional, o haver ficado, como se deu com a nossa Constituição, a cargo do próprio órgão constituinte, diminuiu a possibilidade da referida desconformidade e, ao mesmo tempo, manteve a tradição, pois assim já dispusera a primeira constituição republicana, que em seu fecho continha a promulgação. A atual, porém, foi redundante, uma vez que o seu art. 218 mandou fazer a promulgação por ato da Mesa e, no entanto, já o próprio preâmbulo fazia a promulgação, como nêle está expresso. E que bastava já consignar o preâmbulo a promulgação não pode sofrer dúvida; um especialista espanhol recente, o professor PABLO LUCAS VERDÚ (4) sustenta: “o preâmbulo contém, ao demais, a fórmula de promulgação”.

4. *O preâmbulo.* — No latim, *preambulare*, preceder, ir adiante. Conforme o *Wharton's Law Lexicon* (5): o início de um ato legislativo, servindo para focalizar os intentos dos seus elaboradores e os males a remediar; um bom meio para achar o sentido da lei e uma chave para encontrar o seu conteúdo; mas só se devendo re-

(2) ORESTES RANELLETTI, pág. 136, n.º 265, vol. II de *Istituzioni di diritto pubblico*, Milão, 1949.

(3) *Travaux de L'Association Henri Capitant*, vol. V, Paris, 1950, pág. 36.

(4) *Nueva enciclopedia jurídica*, vol. V, Barcelona, 1953, pág. 229.

(5) *Wharton's Law Lexicon*, edição de 1938, pág. 787.

correr ao preâmbulo nos casos em que, dentro do texto da lei, deparar em ambigüidades a resolver.

Discute-se, porém, se o preâmbulo é ou não parte integrante da Constituição. Entre nós, CARLOS MAXIMILIANO (6) assevera que "o preâmbulo não é parte integrante da lei básica", embora lhe reconheça idoneidade para determinar os fins para os quais foi elaborada, indicando rumo para a interpretação de pontos duvidosos.

Essa afirmativa de que o preâmbulo não é parte integrante da Constituição não pode ser aceita; o monografista LAURO NOGUEIRA, (7) com abundância de lições, esclarece que faz parte. Transcreve a recente lição de JULIEN LAFARRIÈRE, no sentido de que, materialmente, o preâmbulo faz parte integrante da Constituição.

É parte integrante, mas não é de existência imprescindível. Muitas constituições não são precedidas de preâmbulo, o que demonstra sua não essencialidade; mas há constituições que também não incluem em seu bojo as declarações de direitos individuais, mas nem por isso dirá que, quando as trazem, estas não fazem parte integrante da constituição.

O que há que realçar é que o preâmbulo, por vèzes, contém afirmativas em manifesta contradição com o dado histórico. Os atuais constitucionalistas alemães fazem, em geral, essa observação a respeito da vigente Lei Fundamental de Bonn, cujo preâmbulo diz que ela é obra do povo alemão de determinados países (Estados-membros). A realidade foi outra, pois a Convenção foi integrada por representantes enviados pelas Câmaras estaduais e não eleitos para êsse fim pelo povo, que também não concedera êsse poder constituinte às mesmas. Por isso, o professor HANS NAWIASKY (8) diz: "O preâmbulo de um ato legislativo tem o caráter de explicação documentária. Ela possui fôrça probante, até prova em contrário. Aqui aparece *a priori* claro que o conteúdo da atestação é falso". (Die Praeambel eines gesetzgebenden Aktes hat den Charakter einer urkundlichen Erklarung. Eine solche besitzt Beweiskraft bis zum Nachweis des Gegenteils. Hier ist es von vornherein klar, dass die Beurkundung inhaltlich falsch ist").

(6) *Comentários à Constituição Brasileira*, edição de 1948, vol. I, pág. 162.

(7) "O preâmbulo das constituições", tese, Ceará, 1948, pág. 21. O professor GEORGES BURDEAU, à pág. 131 do tomo III do *Traité de Science Politique*, Paris, 1950, diz lhe parecer indiscutível valer regra jurídica o teor do preâmbulo.

(8) *Die Grundgedanken des Grundgesetzes*, Stuttgart, 1950, pág. 79.

5. *As três proposições do preâmbulo.* — O preâmbulo da atual Constituição contém apenas três enunciados destacáveis. O que se refere ao povo brasileiro, o que fala em proteção de Deus e o que avança que o regime é democrático.

A referência ao povo quer dizer que os constituintes representavam o povo e não qualquer outra entidade ou categoria social e que o povo brasileiro é que é o titular do poder constituinte. Evidentemente nem todos os componentes do povo concorreram ativamente na eleição dos representantes; só os que eram eleitores e votaram o fizeram. Mas nem por isso a afirmativa do preâmbulo deixa de ser verdadeira, eis que a eleição foi realizada sob sufrágio universal, direto e secreto e, assim, lícita a *fictio juris* de que os eleitos se supõem representar todo o povo, ainda que escolhidos por um eleitorado que não correspondeu numéricamente à totalidade que constitui o povo. (9) Esta suposição só é inadmissível quando o sufrágio se baseou puramente em distinções artificiais de classe, o que não se deu entre nós. Essa teoria que implica em dar validade a uma ficção não é aceita por HANS Kelsen (10) que afirma que... "só em sentido político e não em sentido jurídico pode declarar-se que o povo é a fonte da Constituição. Por outra parte, é óbvio que os indivíduos que realmente criaram a Constituição só representavam uma parte mínima da totalidade do povo, inclusive se se leva em conta a que os elegeram". Também o professor belga JEAN DABIN (11) acha que se deve repelir a ficção: "mais vale reconhecer

(9) WESTEL W. WILLOUGHBY e LINDSAY ROGERS, *An Introduction to the problem of government*, Nova Iorque, 1921, pág. 157: "It has already been said that, under a republican form of government, those who are elected are supposed to represent the whole people, even through chosen by a limited electorate. This supposition becomes a violent one if the suffrage is based upon purely artificial class distinctions." EMILIO GROSA, *Diritto costituzionale*, edição de 1951, pág. 219. "... dell'intero elemento popolo, che teoricamente coincide con el corpo elettorale".

(10) *Teoria general del derecho y del Estado*, tradução, México, 1950, pág. 274. Em razão do seu normativismo geométrico, também acha que o preâmbulo não se apresenta sob a forma de norma e, assim, tem caráter mais ideológico do que jurídico. Diz que o preâmbulo "carece de um conteúdo juridicamente importante." A ser assim, as normas de hermenêutica, as de competência, etc., cairiam no mesmo ponto. Com razão, o prof. PAOLO BISCAZZI DI RUFFIA, à pág. 97 do vol. I, Nápoles, 1949, de *Diritto Costituzionale* ("Lo Stato Democratico Moderno") observa que a enunciação do preâmbulo, posto que inicialmente se apresente com um conceito puramente político, êste passa a ter relevância também jurídica, uma vez que as tendências programáticas podem penetrar-se na própria estrutura das várias instituições estatais, traduzindo-se em diretivas claras para a atividade de todos os órgãos do Estado.

(11) *Doctrine générale de l'État*, Bruxelles, 1939, págs. 214 a 215.

a realidade de que a democracia, sob esse ponto como em muitos outros, não é integral, pois que uma fração apenas do povo é chamada a exercer a soberania por meio do sufrágio”.

Assim, de fato, ocorre. Não é possível, porém, fugir a essa contingência, não havendo outro expediente mais idôneo para evitar o inconveniente. É de desejar que sempre que possível se afaste do direito a *fictio juris*; mas nem sempre isso é possível. (12) No pertinente, há que invocar a justa observação do professor GEORGES BURDEAU: “Não cabe admiração, pois que a nação ou o povo soberano não podem, de fato, expressar-se a não ser por intermédio de indivíduos agindo em seu nome. Uma presunção é indispensável para fundar a concordância entre a vontade destes indivíduos e a do conjunto do Grupo”. (13)

5 bis — *A referência à proteção de Deus.* — Esta referência não significa de modo algum que o fator teológico haja predominado na Constituição. Trata-se de *vox mortua*, sem conseqüências especiais; foi incluída sem quebra do princípio democrático, mera homenagem à crença da maioria do povo brasileiro. Aliás, pode o preâmbulo de uma Constituição, como a nossa, fazer menção à divindade e não ser teocrática, como não é; pode deixar de fazê-lo e o ser, como ocorre com a Constituição do Vaticano de 7 de junho de 1929, (14) cujo preâmbulo nenhuma alusão faz a Deus, dizendo apenas: “De notre propre mouvement et de science certaine, dans la plénitude de Notre autorité souveraine, Nous avons ordonné et ordonnons d’observer comme loi de l’État ce que suit”. Já a atual Constituição populista tchecoslovaca de 1948 vem precedida de

(12) Nas “Journés de Droit civil de Liège”, realizadas aos 24 e 25 de novembro de 1947, o problema das “*fictio juris*” foi profundamente discutido e concluiu-se pela respectiva sobrevivência. Disse então o prof. SIMONIUS, decano da Fac. de Direito de Basileia: “... si par fiction on entend la méconnaissance de la réalité, cette fiction, bien loin d’être une méconnaissance de la réalité, est un hommage rendu à la vérité scientifique.” (ver, *Travaux de L’Association Henri Capitant*, tomo III, ano de 1948, pág. 290).

(13) *Traité de Science Politique*, tomo III, Paris, 1950, pág. 218, nota 1. Referindo-se à nossa primeira constituição republicana, de 1891, cujo preâmbulo também dizia “nós, os representantes do povo brasileiro”, JOÃO BARBALHO (“Constituição Federal Brasileira, edição de 1924, pág. 3), sustentava que com isso se quis por de manifesto que eles não eram representantes dos Estados-membros, mas do povo e que só este e não aqueles poderiam vir a emendar a Constituição. Não parece aceitável essa explicação; no regime federativo próprio seria que os Estados-membros tivessem legitimidade para tal.

(14) Página 801 do tomo II de *Les constitutions européennes*, por E. MIRKINE-GUETZEVITCH, Paris, 1951. Sobre o preâmbulo tcheco-eslovaco, adiante referido, *ibidem*, pág. 741.

uma longa declaração, em que expressamente (14) se proclama que a criação suprema da civilização de certa época foi o *Cristianismo* e, no entanto, seria absurdo esperar encontrar traços de religiosidade nesse diploma filiado ao movimento marxista.

5 tris. — *O enunciado referente ao regime democrático.* — Assevera, solene e claramente, o preâmbulo que o regime é democrático. (15) Não define, nem o diz o que constitui esse regime; o corpo da Constituição é que deverá fornecer o material para a suplementação dêsse vasio de singela afirmativa preambular, em cotejo com a doutrina da Democracia.

Não cabia mesmo ao preâmbulo fazer a definição. A definição, o conhecimento do conteúdo e das múltiplas modalidades que podem figurar-se como democráticas não são fáceis de fazer e é um estudo mais apropriado ao campo da ciência política do que ao direito constitucional. Este deve precipuamente pesquisar o fato democrático dentro de uma ordenação positiva em estudo, isto é, extrair da Constituição em exame o que a pode caracterizar como democrática e indagar o que os constituintes podiam ter entendido como regime

(15) Afastou-se o preâmbulo da doutrina clássica. Para ela não cabe dizer “regime democrático” mas “forma de Estado democrático”. Assim, com precisão ANTONIO PARRIÑA RODRIGUEZ (transcrito por PABLO LUCAS VERDÚ, à pág. 780, nota 78 do volume VI de *Nuova Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1954): “a democracia não é uma forma de governo, mas uma forma de Estado; não indica o modo de se exercerem os poderes políticos, porém a maneira de se estabelecerem estes, o modo de atribuir-se a soberania. Isto é, a democracia é uma forma imperii e não uma forma regiminis”. O citado professor VERDÚ, catedrático em Salamanca, opta, por motivos dinâmicos, pela nova nomenclatura, pela qual se dirá regime político democrático. Não lhe parece lícito separar (loc. cit., pág. 781) as instituições democráticas da sua dogmática inspiradora, uma vez que quem harmoniza as instituições jurídicas previstas na Constituição é o regime político. Mas pode opor-se-lhe que então se estará batizando o “ser” em homenagem a um “dever ser”, a uma prevista, mas incerta, dinâmica política. A distinção entre regime político e forma de Estado é feita com clareza por VINCENZO GUELLI, em seu opúsculo *O regime político*, tradução, Coimbra, 1951. Diz êle à página 43: “Regime — diz, acertadamente CHIMIENTI — quer dizer governo. Mas quem diz governo diz Estado; e quem diz Estado diz ordenamento jurídico”. E à página 46, nota 1: “A tripartição clássica em Monarquia, Aristocracia e Democracia, referida ao Estado moderno, não se refere, pois, à forma de Estado em si, mas exprime outras tantas formas de governo. Invéz, deve a conclusão ser diversa se esta distinção se refere a um tipo de Estado, em que se conceba a soberania como poder não do Estado mas, conforme os casos, do monarca, de uma classe de privilegiados ou do povo; se têm então outros tantos modos de organização da relação política e, portanto, outras tantas formas de Estado”. Esta última hipótese é a que cabe em relação à Constituição brasileira, que atribui o poder (artigo 1.º) ao povo, informando-se na teoria da soberania nacional porém, e não na popular, como se verá. Atribuir a soberania ao Estado e não ao povo foi concepção surta para servir ao nazi-fascismo, justificando-o.

democrático, na época em que se reuniram para elaborar a Constituição, uma vez que é o próprio preâmbulo que assevera que a reunião foi “para organizar um regime democrático”. Também, do ângulo jurídico, há que perquirir que efeitos se podem extrair da categórica afirmativa de que o regime é democrático. A êsse respeito há que ponderar que a afirmativa pretende impor-se com carácter de perenidade, isto é, a afirmativa do preâmbulo foi feita de molde a excluir que, juridicamente, possa a vir a ser excluído, através de reforma ou emenda, o regime democrático; isso decorre da certificação contida no preâmbulo, de que os constituintes foram convocados com o mandato certo de organizar um regime democrático. Havendo, inicialmente, o corpo eleitoral impôsto êsse organizar e não prevendo a Constituição possibilidade de nova convocatória do eleitorado para, originariamente, conceder nova instrução a respeito, parece de concluir que a subsistência do regime democrático não pode ser objeto de reforma ou emenda à Constituição, para a sua exclusão. Poderia argumentar-se em contrário que o art. 217, § 6.º, da Constituição apenas não admite projetos tendentes a abolir a Federação ou a República, nada prevendo sôbre a permanência do regime democrático. Não procede o argumento; êsse silêncio não tem a menor significação desfavorável ao que acima se disse. Não caberia qualquer referência no citado parágrafo à sobrevivência do regime democrático por motivo evidente. É que a ressalva do parágrafo, no que tange à Federação e à República, era de mister; caso não a houvesse, poderia por emenda ser suprimida, quer a República, quer a Federação, eis que o preâmbulo não diz que tivesse havido qualquer instrução imperativa à reunião, para se resguardar o princípio republicano ou federativo. Os constituintes, a respeito, tiveram, ao menos teoricamente, a maior liberdade; poderiam ter adotado o princípio unitário ou abandonado a forma republicana. Não o fizeram e acharam, dentro do poder de apreciação discricionária que possuíam, que o princípio federativo e o republicano mereciam ser resguardados de futura supressão; daí, o citado parágrafo. No que concerne ao regime democrático eles não tinham essa liberdade de opção por outro regime, segundo se infere do próprio preâmbulo. Se eles não o podiam postergar, com mais razão isso não caberia fazer por emenda. Incluir o tema como ressalva no parágrafo referido seria, implícita mas necessariamente, admitir que, sem a ressalva, o regime democrático pudesse ser afastado por emenda, o que

seria *ultra vires* em relação aos poderes de que se consideravam portadores os constituintes. Daí, compreender-se a omissão a respeito no citado § 6.º do art. 217 da Constituição.

Ao se reunirem, não ignoravam os constituintes a clássica fórmula (16) pela qual se define a democracia como o governo “do povo, pelo povo e para o povo”. Realizando-se o Conclave após a vitória das democracias na Guerra Global, não ignoravam os constituintes que o ideal democrático, na ocasião, era anseio geral de todos os povos, com expansão generalizada, há muito reclamada pela evolução das relações sociais. (17) Mas, por outro lado, não podiam desconhecer que havia dois figurinos de democracia que, terminada a Guerra Global, poderiam servir para a modelação de um regime democrático, isto é, o das democracias tradicionais e o das marxistas, um se contentando com a democracia política e o outro propugnando para a econômica. As primeiras (18) pretendendo ser o domínio da maioria no respeito dos direitos da minoria, ou, no vocabulário de MONTESQUIEU, casando o poder do povo com a liberdade dos cidadãos; as últimas, considerando que, estabelecendo-se uma comunidade sem classes, a democracia será uma comunhão, não um combate, ou, no léxico ROUSSEAU, “numa sociedade de iguais, oprimir outrem, seria oprimir-se a si próprio”. Adotar uma ou outra concepção democrática traria profundas conseqüências na estruturação do regime; os constituintes de 1946, sem sombra de dúvida, se filiaram à democracia clássica ou tradicional. Mas tiveram que fazer transigências, pois que não ignoravam que a democracia, mesmo a clássica de estritamente liberal, tende cada vez mais a tornar-se em social; como muito bem assinala o professor GEORGES BURDEAU (19): “A uma democracia tradicionalmente compreendida como resistência ao Poder superpôs-se uma democracia fundada sôbre a exploração do Poder. Enquanto na primeira se exprime o ideal de um povo subordinado ávido de obter garantias contra os governantes e, por

(16) A frase é de ABRAHAM LINCOLN.

(17) Até para a vida ultraterrena se transportou o princípio democrático. O “Dia de Todas as Almas”, devido a Santo Odilo de Cluny, significa para o prof. ROSENSTOCK-HUENESSY a proclamação da democracia cristã para o dia de julgamento final. Diz êle: “The first universal democracy on the world was a democracy of sinners, united by their common confession of sins in expectation of the Last Judgement.” A citação encontra-se em A. D. LINDSAY, às págs. 256 a 257 de *The modern democratic state*, Londres, 1943.

(18) A lição é de GEORGES VEDEL, *Droit Constitutionnel*, Paris, 1949, págs. 186 e 234 e segs.

(19) *Traité de science politique*, tomo V, Paris, 1953, pág. 44, nota 2.

conseqüente, aspirando em primeiro lugar à liberdade, a segunda revela as aspirações de um povo que se apropriou do Poder e que acha de utilizar a fundo os recursos, não obstante as resistências da minoria”.

Não há dúvida de que os constituintes optaram pela democracia tradicional. Um dos valores absolutos desta é o reconhecimento e garantia da pluralidade partidária; é o que diz WALTER ECKHARDT, (20) que acrescenta que por isso ou o Governo se formará através de uma coligação partidária ou terá o partido que estiver no governo de enfrentar uma oposição, como se dá na Inglaterra. A existência de pluralidade partidária, segundo esse ponto de vista, é essencial para oferecer à minoria uma proteção, sem aquela se tornando, não outorgada esta, ou impossível, o aparecimento público da minoria. Em face dessa teoria, recebida pelos constituintes, é que a pluralidade partidária na Constituição passou a ter valor de um dos *essentialia* da forma de Estado democrático adotada; por isso é que o § 13 do art. 141 passou a comandar: “É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o *regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos* e na garantia dos direitos fundamentais do homem”. Esse parágrafo traduz o que, segundo o exposto positivamente, caracteriza na Constituição o *Regime democrático*, a que se refere o preâmbulo. Esses dois pontos previstos no parágrafo constituem o essencial; a doutrina abunda em outros pontos, que diz serem também essenciais. Mas a ordenação positiva se contentou com êsses dois. É claro que os outros característicos do Estado democrático do modelo clássico, reconhecidos pela doutrina, não foram repudiados pela Constituição; ela os contempla, em vários dos seus artigos. Assim, a separação de Poderes, (21) que deflui

(20) *Allgemeine Staatslehre*, edição de 1953, pág. 29. Aí reside um ponto de conflito entre a democracia tradicional, pluripartidária, e, a marxista, de partido único, que justificam com a explicação de que numa sociedade sem classes não há terreno para a luta política, mas sim apenas lugar a divergências técnicas sobre a maneira de melhor atingir o fim comum, em que todos, por serem iguais e terem o mesmo interesse, comungam.

(21) A famosa declaração francesa de 1789 (“Declaração de Direitos do Homem”) dizia em seu artigo 16: “Tôda sociedade em que a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação de poderes determinada, carece de constituição”. Foi a máxima consagração do ponto de vista desenvolvido e divulgado por MONTESQUIEU, que supunha traduzir com fidelidade a lição de LOCKE e a prática inglesa, que, no entanto, tinha uma fisionomia própria particular. Hoje, porém, não se pode negar ser possível uma democracia (p. ex., do tipo soviético) em que essa separação *qualitativa* de poderes seja despre-

em termos amplos e expressos do art. 36 e seus parágrafos da Constituição. Mas a diferença reside nisso; enquanto os direitos fundamentais e a pluralidade de partidos, pela letra do citado § 13, integram o conteúdo essencial e definidor do regime democrático a que se refere o preâmbulo, os demais princípios que a doutrina atribui à democracia tradicional não foram incluídos na previsão do parágrafo. A inclusão de uns e o silêncio do parágrafo, quanto aos demais, faz com que os últimos não recebam tutela contra possível emenda supressiva. Só o que está ressalvado no § 6.º do art. 127, já mencionado e o que constitui o essencial para o regime democrático referido no preâmbulo e individualizado no § 13 do art. 141 é que não podem ser objeto de emenda supressiva. É evidente que o que consta do § 13 é para gozar de perpetuidade, segundo a intenção dos constituintes; se é proibida a simples existência de partidos contra, com mais evidência o será a supressão. (22)

Melhor seria, quicá, que o citado § 13 do art. 141 expressamente houvesse lembrado os dois pontos salientes, segundo a doutrina, que caracterizam a Democracia: o princípio do governo da maioria e o da igualdade. Mas força é convir que ambos estão incluídos no parágrafo: o do governo da maioria como pressuposto lógico e inevitável da existência de pluralidade partidária. Perderia a finalidade a existência desta se não fôsse servir de instrumento para ensejar tal manifestação; o princípio da igualdade está incluído e é o primeiro dos direitos fundamentais, que explicitamente são tutelados no mencionado § 13 do art. 141 da Constituição. Poder-se-á, com mais elegância e expressividade, ao invés de dizer que a igualdade é o primeiro dos direitos fundamentais, literariamente dizer com o professor A. SAMPAIO DÓRIA (23) que ela é uma con-

zada, substituindo-se pela chamada teoria dimensional dos poderes, que implica numa repartição *quantitativa* do exercício de todos os poderes. Ver, VIRGILIO FEROCI, pág. 70, nota 35 de *Istituzioni di diritto pubblico*, segunda edição.

(22) O professor de Recife, Dr. LUIZ PINTO FERREIRA, à pág. 180 do volume I de *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, edição de 1951, baseado na teoria de CARL SCHMITT sobre as decisões políticas fundamentais, inclui a separação de poderes como matéria intangível. Não pensamos que se possa fazer a afirmativa, que seria válida não houvesse a precisão do parágrafo 13 aludido. Em face desse parágrafo, nada impede que por emenda se adote a teoria dimensional dos poderes, com quebra da tradição republicana brasileira.

(23) *Direito Constitucional*, tomo I, pág. 202, edição de 1953. No que, “*data venia*”, não podemos acompanhar ao insigne mestre paulista é quando afirma (pág. 201) que o preâmbulo envolve... “noção de ... 1.º regime

dição prévia ao regime democrático, essencial como, para a vida, o oxigênio na atmosfera que se respira.

Respeito à proibição de partidos que propugnem a queda do Estado democrático constitui uma contradição com os princípios históricos da democracia liberal. No século passado seria havida como heresia, frente aos princípios liberais, tal proibição. Então só a repressão à perturbação da ordem pública seria legítima; a simples atividade de propaganda seria indiferente ao Estado liberal, que confiava na vitalidade da própria doutrina que o informava. Após a Guerra Global é que a tese liberal foi repensada e o liberalismo passou a exigir reciprocidade. Lê-se em PIERRE DUCLOS (24): "Em outras palavras, o Estado liberal não deve mais dizer aos que ameaçam o liberalismo: "Concedo-vos em nome dos meus princípios a liberdade que me recusaríeis em nome dos vossos", mas sim: "Nego-vos em nome dos vossos princípios a liberdade que me solicitais em nome dos meus". O assunto, porém, é controvertido e pode levar, pela exagerada negação, a uma ditadura, com destruição dos próprios valores liberais. Com muito bom senso, o professor HUGH A. BONE (25) impugna isso, por considerar que essa atitude negativa não é o caminho da democracia e o seu uso, ainda que por razões de peso, constitui uma ameaça aos valores que ela deve preservar. O atual direito federal alemão (Lei Fundamental de Bonn, art. 21, alínea 2), objetivando impedir a volta do nazismo, também veda, prevendo processo judicial idôneo, a ação de partidos antidemocráticos. Segundo os comentadores, o Tribunal não fica adstrito ao exame do programa do partido, podendo apreciar outros indícios.

representativo, em vez de governo direto, na frase: nós os representantes do povo brasileiro". Que a Constituição haja adotado o modelo representativo decorre do corpo (artigo primeiro, que mantém o regime representativo) e não do preâmbulo. A referência no preâmbulo ao "nós, etc." não se refere ao governo a ser admitido no corpo da Constituição, mas sim para precisar quem era o titular do poder constituinte. A distinção tem interesse prático. Pelo nosso ponto de vista, por emenda se poderá adotar a democracia semi-direta, por exemplo. A estar certa a lição de que osamos divergir, não seria isso autorizado, por se tratar então de uma das *decisões fundamentais* da Constituição; na verdade não prevista no parágrafo 13 do artigo 141, nem n.º 6 do artigo 217, mas que estaria a coberto de emenda pelos motivos que anteriormente aduzimos, ao encarmos essa impossibilidade em relação ao regime democrático, previsto no preâmbulo.

(24) *L'évolution des rapports politiques*, Paris, 1950, pág. 113.

(25) *American Politics and the Party System*, Nova Iorque, 1949, página 745. No entanto, a Corte Suprema americana, em 1951, por seis votos contra dois, adotou a concepção criticada por BONE, admitindo que a simples doutrinação possa constituir crime (ver JOHN P. FRANK, *Cases on the Constitution*, Nova Iorque, 1951, pág. 221 a 227).

É o que observa WERNER MATZ. (26) Impedir a volta do fascismo também foi decisão dos constituintes italianos; estes, no inciso XII das Disposições Transitórias e Finais da Constituição de 1947, foram até expressos "A reorganização, não importa sob qual forma, do antigo partido fascista, fica proibida". (27)

Procurou-se, nas linhas antecedentes, dar-se o que constitui os traços salientes, no regime constitucional brasileiro, do "regime democrático" anunciado no preâmbulo. Evitou-se oferecer qualquer definição descritiva de democracia, lembrando-se apenas a fórmula sugestiva de ABRAHAM LINCOLN, pois que tôdas as definições no pertinente sofrem do vício de dizeres mais ou menos do que deflui do ordenamento positivo, quando não ficam no terreno puramente especulativo, sem amparo no direito válido do país. Recentemente, em tese de concurso (28) se propôs a definição seguinte de democracia: "é a forma de governo constitucional que garante, com base na liberdade e na igualdade, o funcionamento ativo da vontade popular, através do domínio da maioria em favor do bem público, sob fiscalização e crítica da minoria atuante".

É bem de ver que, do que acima se expôs, não corresponde essa definição ao que deflui da nossa Constituição; está em divórcio tal definição com o tipo de democracia marxista, que qualquer definição honesta não pode ignorar (a menos que previamente se demonstre não lhe pertencer o qualificativo democrático) e que não tolera o que diz a parte final da transcrita definição, sendo que esta incluiu um elemento finalístico ("em favor do bem público"), que servirá para apontar um "dever ser" e não o que "é" e este é que pode ser

(26) Na coletânea *Die politischen Parteien in Verfassungsrecht*, Tuebingen, 1950, página 46: "Schon in der 11. Sitzung am 7/10/48 des Org. A. war darauf hingewiesen worden, dass gerade die Art der Taetigkeit einer Partei, nicht nur das Parteiprogramm, das eigentlich Indiz fuer das BVH, in einem solchen Verfahren sei". Não se discute que a proibição constitucional teve em mente impedir a ação dos inimigos da Democracia, os seus presuntivos co-veiros (NAWIASKY e LEUSSER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, vol. I, edição de 1948, pág. 91: ... "die grundsuetzlichen aktiven Gegner der Demokratie, ihre praesumptiven "Totengraeber" ...).

(27) Evidentemente, nas democracias a partido único não teria sentido a proibição de organização de partidos antidemocráticos. Seria uma redundância. A Alemanha Oriental, que está na órbita das democracias populares, admite a pluralidade partidária. Por isso, sua Constituição de 1949 ("ut" artigo 18 e art. 144, n.º 2) só autoriza a existência de partidos que consagrem uma organização democrática da vida pública, mantida em vigor a legislação tendente a vencer o nazismo e o militarismo.

(28) ADERSON DE MENEZES, *Do mandato político na democracia representativa*, tese, Manaus, 1954, pág. 33.

objeto de definição; aliás, esse elemento teleológico não é exclusivo da democracia, mas sim constante em qualquer organização política do Estado, tôdas se pretendendo cobrir com esse alto propósito. (29) (30).

(29) Convém, também, lembrar que a democracia comporta outras divisões. Assim, pode ela ser *imediate* (quando o povo em comício é que diretamente governa, tomando diretamente as decisões políticas, nomeando os funcionários e servindo como tribunal). Impossível esta modalidade no Estado moderno populoso e territorialmente extenso. Em alguns pequenos cantões suíços ainda atualmente se depara exemplo disso. Embora a chamada democracia grega não se possa confundir com o conceito moderno de democracia (lá havia escravos e o número de cidadãos era reduzido em relação ao que integrava a população), com essa ressalva se pode dizer que na civilização helênica, em certos períodos, dominou a democracia. E no tempo de Péricles, afirma WALTER ECKHARDT (*Allgemeine Staatslehre*, edição de 1953, pág. 25) teria sido realizada a democracia direta ("Das perikleische Athen war eine unmittelbare Demokratie"). Mas esse exemplo histórico carece de um esclarecimento corretivo, o de que a lei não obrigava Péricles a convocar a Assembléia, o que o levava, muitas vezes, a não fazê-lo, apesar de solicitado, por temer a inconstância popular, como observa PAUL CLOCHÉ (pág. 112 de *La démocratie Athénienne*, Paris, 1951). Também democracia direta (com a mesma ressalva acima feita quanto ao número dos cidadãos) teria sido aplicada entre os antigos germânicos, aos quais se referia Tácito: "De minoribus rebus principes consultant". É que assim tinham que fazer os príncipes, pois que o poder do Estado competia à Assembléia, que decidia sobre tôdas as questões de interesse comum (ver, J. WIEFELS, pág. 11 de *Deutsche Verfassungsgeschichte*, edição de 1949). Nos tempos modernos a democracia se revela sob a modalidade indireta, em que a democracia passa a ser representativa, isto é, os eleitores elegem os governantes, não governando diretamente como na democracia mediata acima referida. Os constituintes elegeram a democracia mediata ou indireta; só no caso especial do artigo 2.º, que regula a divisão e incorporação entre si dos Estados-membros, é que se previu a moralidade de democracia direta sob a forma de plebiscito. Esse expediente de democracia direta, bem como outros ("referendum", iniciativa de leis, revogação de mandato) podem ser objeto de emenda incorporadora.

(30) Na referência de direito comparado não se incluíram os Estados Unidos entre os países que proíbem a existência de partidos contrários ao tipo de Estado modelado na respectiva constituição, que ignora a existência de partidos. É certo que lá recente lei de 24 de agosto de 1954 pôr fora da lei o partido comunista e suas organizações subsidiárias, sob o fundamento de que o mesmo pretendia mudar a forma de governo pela força e violência. Mas isto é uma lei que não encontra arrimo em disposição expressa da referida constituição e que parece assás difícil ligar a algum artigo da mesma, que não previu a existência de partidos e, muito menos, a sua dissolução "*ope legis*". Essa lei, aliás, está em desacôrdo com o princípio da separação qualitativa de poderes, que se diz informar a constituição norte-americana, pois só uma sentença é que deve poder declarar que determinada associação pretende agir violentamente; a lei pode proibir a existência de associação com esse objetivo, mas só o juiz é que tem atribuição para declarar a ocorrência de estado de fato previsto na lei. No caso, a lei estatuiu a vedação e declarou, em relação a uma entidade concreta a existência do estado de fato previsto na lei. Com essa técnica, nada impedirá uma lei estabelecer um tipo de crime que e ao mesmo tempo condene determinados infratores, subtraindo-se a jurisdição dos tribunais e abolindo o direito de defesa. Verifica-se que o alôncio da consti-

tuição norte-americana está sendo conduzido muito mais em divórcio com os postulados clássicos do liberalismo do que nos países em que, como o nosso e a República Federal Alemã, há dispositivo constitucional expresso, mas em que o partido só pode ser atingido através de procedimento judiciário. Na Alemanha Ocidental, embora o dispositivo da sua lei fundamental tivesse sido justificado para servir de obstáculo a partidos neo-nazistas, veio a ser invocado pelo Governo de Bonn contra o partido comunista, havendo sido iniciado o processo (em curso) perante a Corte Constitucional de Karlsruhe. As conseqüências práticas, entre um-sistema e outro, são assaz diferentes. Na América do Norte, além de se desconsiderar a separação de poderes, o partido minoritário fica suprimido sem defesa, sujeito ao arbítrio da maioria legislativa; fica irremediavelmente perdido. No outro, não; poderá produzir defesa e provas e sempre será possível obter revisão e voltar à vida legal feita a prova necessária.