

Não tem sentido transferir para órgãos do Poder Judiciário encargos de legislar que o Poder Legislativo não cumpra, nos prazos que o próprio Poder Legislativo estabeleceu.

21. Dez propostas revisionais pretendem atribuir nova redação ao inc. XII; quatro outras propostas, ao inc. XIV do art. 5.º.

Têm essas disposições a relevantíssima função de garantir o sigilo, já dos dados, já da fonte, quando necessária ao exercício profissional.

O mais das vezes, a intenção das propostas é restringir a garantia ao sigilo.

O dever de sigilo dos advogados, essencial ao munus da profissão e ao seu conteúdo ético, rege-se por leis expressas que o asseguram, notadamente normas do próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Mas as pretendidas restrições da tutela constitucional do sigilo iria também afetá-los.

22. Em sua maior parte, as restrições pretendidas se opõem ao sigilo bancário, ora pretendendo que possa ser violado por mera pretensão de Delegado de Polícia, ora excluindo das garantias do sigilo todos os que ocupem cargo público.

Mas o dever de sigilo a que se vinculam os Bancos repousa em costume imemorial, que universalmente se integra na prática

contratual dos Bancos; informa-se em condições profissionais necessárias à boa estrutura das instituições financeiras e no caráter fiduciário da relação entre Banco e Cliente; ilumina-se por considerações do indispensável respeito às liberdades individuais, implícito na organização democrática e no exercício da democracia; lastreia-se no alto interesse social em que possa desenvolver-se a atividade econômica; obedece a limites que outros interesses sociais significativos condicionam.

Como Geraldo Facó Vidigal tem acentuado, a atual legislação vem permitindo, com todas as garantias do estado de direito, do regime democrático, a prestação de informações bancárias, e face de razões que as reclamam: até mesmo a cassação do mandato de um Presidente da República instrumenta-se em informações legitimamente obtidas.

CPI se têm valido das faculdades que a constituição lhes assegura.

A própria secretaria da Receita Federal, em relação àqueles contra os quais instaura processo, tem o direito e tem recebido informações bancárias, nos termos da Lei.

A história recente do País patenteia que o instrumental existente, tanto judicial, como parlamentar, ou fiscal, possibilita a obtenção das informações, sem sacrifício do princípio do sigilo.

LIMITES DA REVISÃO: CLÁUSULAS PÉTREAS OU GARANTIAS DE ETERNIDADE — POSSIBILIDADE JURÍDICA DE SUA SUPERAÇÃO

GILMAR FERREIRA MENDES

Procurador da República — Mestre em Direito pela UnB — Doutor em Direito pela Universidade da Münster — RFA. Professor da Universidade de Brasília.

1. Introdução — 2. Possibilidade de superação das cláusulas pétreas.

1. Introdução

Tem sido intensa a discussão, entre nós, sobre a aplicação das chamadas *cláusulas pétreas*. Muitos afirmam que determinado princípio ou disposição não pode ser alterado sem afronta às cláusulas pétreas. Outros sustentam que determinada proposta afrontaria uma decisão fundamental do constituinte e não poderia, por isso, ser admitida.

Uma concepção conseqüente da idéia de soberania popular deveria admitir que a Constituição pudesse ser alterada a qualquer tempo por decisão do povo ou de seus representantes (Maunz-Dürig, *Kommentar zum Grundgesetz*, art. 79, III, n.º 21).

Evidentemente, tal entendimento levaria a uma instabilidade da Constituição, a despeito das cautelas formais estabelecidas para uma eventual mudança. Resta evidenciada aqui a permanente contradição entre o poder constituinte originário, que outorga ao povo o direito de alterar a Constituição, ou a vocação de permanência desta, que repugna mudanças substanciais. (Cf., sobre o assunto, Jorge, Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, p. 151 s.).

Do prisma teórico, a questão foi seriamente contemplada por Carl Schmitt, no seu *Verfassungslehre* (Doutrina Constitu-

cional). A problemática assentar-se-ia, segundo Schmitt, na distinção entre *constituente* (*Verfassungsgeber = Schöpfer der Verfassung*) e *legislador constituinte* (*Verfassungsgezetzegeber = Gesetzgeber über die Verfassung*). Schmitt enfatizava que a modificação de uma constituição não se confunde com sua abolição, acrescentando com base no exemplo colhido do art. 2.º da Lei Constitucional francesa, de 14.8.1884 (*La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de revision*):

“Se una determinata modifica della costituzione è vietata da un' espressa disposizione legislativa costituzionale, si tratta solo di una conferma di questa distinzione di revisione e abolizione della costituzione” (*Dottrina della Costituzione*, trad. de Antonio Caracciolo, Milão, 1984, p. 148).

Portanto, para Schmitt, não se fazia mister que a Constituição declarasse a imutabilidade de determinados princípios. É que a revisão não poderia, de modo de algum, afetar a *continuidade* e a *identidade* da Constituição:

“I limiti del potere di revisione dalle costituzione risultano dal concetto esattamente inteso di revisione. Un potere di “modificare la costituzione”, concesso con normativa legislativa costituzionale, signifi-

fica che sigole o più discipline legislativa costituzionali possono essere sostituite da altre, ma solo nel presupposto che l'identità e la continuità della costituzione nella sua intezza rimangano garantite. Il potere di revisione della costituzione contiene quindi solo il potere — ferma restando la costituzione nelle disposizioni legislative costituzionali — di apportare modifiche, aggiunte, complementi, cancellazioni, ecc., ma non il potere di dare una nuova costituzione, e nemmeno il potere di modificare, ampliare o sostituire il fondamento proprio di questa competenza alle revisioni della costituzione, overossia modificare l'art. 76 cost con il procedimento dell'art. 76 così che modifiche legislative costituzionali vengano fatte con un'ordinaria votazione di maggioranza del Reichstag" (*Dottrina della Costituzione*, p. 145).

A alteração de elementos essenciais da Constituição configuraria, assim, não uma simples revisão, mas, verdadeiramente, a sua própria supressão (Cf., também, Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 233).

A concepção de Schmitt relativiza um pouco o valor exclusivo da declaração do constituinte originário sobre a imutabilidade de determinados princípios ou disposições, atribuindo-lhe quase conteúdo declaratório.

Tais cláusulas devem impedir, todavia, não só a supressão da ordem constitucional (*BVerfGE*, 30:1(24), mas também qualquer reforma que altere os elementos fundamentais de sua identidade histórica (Konard, Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1982, cit., p. 262). É verdade que importantes autores consideram risíveis os resultados práticos de tais cláusulas, diante de sua falta de eficácia em face de eventos históricos como os golpes e as revoluções (Cf., Karl, Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, trad. esp., 2.ª ed., Barcelona, 1976, p. 192).

Isto não deve impedir, porém, que o constituinte e os órgãos constitucionais procurem evitar a ocorrência de tais gol-

pes. Certo é que tais proibições dirigidas ao poder de revisão constituem um dos instrumentos de proteção da Constituição (Otto-Brun, Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1982, p. 227).

Bryde destaca que as idéias de *limites materiais de revisão* e *cláusulas pétreas* expressamente consagradas na Constituição podem estar muito próximas. Se o constituinte considerou determinados elementos de sua obra tão fundamentais que os gravou com cláusulas de imutabilidade, é legítimo supor que nelas foram contemplados os princípios fundamentais (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 236). Nesse sentido, a disposição contida no art. 79, III, da Lei Fundamental, poderia ser considerada, em grande parte, de caráter declaratório.

Em qualquer hipótese, os limites do poder de revisão não se restringem, necessariamente, aos casos expressamente elencados nas *garantias de eternidade*. Tal como observado por Bryde, a decisão sobre a imutabilidade de determinado princípio não significa que outros postulados fundamentais estejam submetidos ao poder de revisão (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 237).

O efetivo significado dessas cláusulas de imutabilidade na práxis constitucional não está imune a controvérsias. Se se entender que elas contêm uma "proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais" (*Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot*), tem-se de admitir que o seu significado é bem mais amplo do que uma proibição de revolução ou de destruição da própria Constituição (*Revolutions-und Verfassungsbeseitigungsverbot*).

É que, nesse caso, a proibição atinge emendas constitucionais que, sem suprimir princípios fundamentais, acabam por lesá-los topicamente, deflagrando um processo de erosão da própria Constituição (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 242).

A Corte Constitucional Alemã foi confrontada com esta questão na controvérsia sobre a constitucionalidade de emenda que introduzia restrição à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas e telegráficas, à revelia do eventual atingido, vedando, nesses casos, o recurso ao Poder Judiciário (Lei Fundamental, art. 10, II, c/c o art. 19, IV). A questão foi submetida ao *Bundesverfassungsgericht*, em processo de controle abstrato, pelo Governo do Estado de Hessen, e em *recurso constitucional* (*Verfassungsbeschwerde*), formulado, dentre outros, por advogados e juízes, sob a alegação de que a restrição à garantia judicial (arts. 10, § 2.º, e 19, § 4.º não se mostrava compatível com o princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*)).

Nessa decisão do *Bundesverfassungsgericht*, de 1970, sustentou-se que a disposição contida no art. 79, III, da Lei Fundamental, visa a impedir que "a ordem constitucional vigente seja destruída, na sua substância ou nos seus fundamentos, mediante a utilização de mecanismos formais, permitindo a posterior legalização de regime totalitário" (*BVerfGE*, 30:1(24); *BVerfGE*, 34:9(19); Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., pp. 262-4).

Essa interpretação *minimalista* das *garantias de eternidade* foi amplamente criticada na doutrina, uma vez que, na prática, o Tribunal acabou por consagrar uma atitude demissionária, que retira quase toda a eficácia daquelas disposições. A propósito dessa decisão, vale registrar a observação de Bryde:

"Enquanto a ordem constitucional subsistir, não será necessário que o *Bundesverfassungsgericht* suspenda decisões dos órgãos de representação popular tomadas por 2/3 de votos. Já não terá relevância a opinião do Tribunal numa situação política em que princípios fundamentais contidos no art. 79, III sejam derogados" (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 240).

Não há dúvida, outrossim, de que a tese que vislumbra nas *garantias de eternidade*

uma "proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais" (*Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot*) não parece merecer reparos do prisma estritamente teórico. Não se cuida de uma autovinculação (*Selbstbindung*) do constituinte, até porque esta somente poderia ser admitida no caso de identidade entre o constituinte e o legislador constituinte ou, em outros termos, entre o detentor do poder constituinte originário e derivado. Ao revés, é a distinção entre os poderes constituintes originário e derivado que permite afirmar a legitimidade do estabelecimento dessa proibição (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 242).

Não se pode negar, porém, que a aplicação ortodoxa dessas cláusulas, ao invés de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar a sua ruptura, permitindo que o desenvolvimento constitucional se realize fora de eventual camisa de força do regime da imutabilidade.

2. Possibilidade de Superação das cláusulas pétreas

As *cláusulas pétreas* ou as *garantias de eternidade* não asseguram, de forma infalível, a continuidade ou permanência de determinada ordem constitucional nem excluem a possibilidade de que essa ordem contenha uma cláusula de transição para outro regime ou modelo. A própria Constituição alemã de 1949 prevê, no seu art. 146, a possibilidade de dissolução de ordem fundada pela Lei Fundamental de Bonn em decorrência de decisão a ser tomada após o processo de reunificação.

Em outros termos, o limite da revisão não reside, necessariamente, na fronteira entre a legitimidade e revolução (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 233).

É possível, pois, proceder-se à transição de uma Constituição para outra em um processo ordenado e sem quebra da legitimidade.

Por isso, observa Bryde que se pode substituir a tradicional dicotomia entre

poder constituinte originário e poder de revisão por uma fórmula tricotômica, que conceba a revisão total como modelo intermediário.

Convém registrar, a propósito, o seu magistério:

“A substituição da democracia parlamentar, na França, por um sistema presidencial-parlamentar misto, em 1958, não representou uma revolução se se entender esta expressão não só no seu sentido natural, mas também no sentido de uma diferenciação entre o desenvolvimento legítimo e ilegítimo da comunidade. Isso significa que nós podemos substituir a tradicional dicotomia entre processo constituinte originário (*Verfahrensungebunden*; *pouvoir constituant*) e o processo de revisão (*verfasster Revisionsgewalt*) por um modelo tricotômico no qual a possibilidade da legítima substituição da ordem constitucional por outra (*revisão total: Totalrevision*) seja contemplada como uma forma intermediária. A revisão total pode ser disciplinada juridicamente, de modo a ampliar os limites dos métodos ordenados e regulados de desenvolvimento constitucional (*Verfassungsentwicklung*) à custa da “Revolução”.

Esse problema foi resolvido de forma particularmente feliz em algumas constituições estrangeiras, que distinguem expressamente a revisão parcial da revisão total. Isto se aplica, v.g., à Constituição suíça (arts. 118-123) e à Constituição austríaca (art. 44). Além disso, os pressupostos da revisão total são mais restritivos do que aqueles aplicáveis à revisão parcial. Tal fato resulta mais evidente na Constituição austríaca, que exige um referendo para a revisão total (*Gesamtänderung*) (art. 44, II). Portanto, não se afigura possível uma revisão total sem a participação do titular do poder constituinte. A Constituição suíça exige a participação do povo e de seus representantes tanto para a revisão parcial, quanto para a revisão total. (...) Se nesse processo se der a substituição de uma Constituição por outra, já não se terá,

certamente, do ponto de vista conceitual, simples revisão constitucional, mas, tendo em vista a identidade entre o titular do poder constituinte originário e derivado, dever-se-á considerar tal processo como legítimo processo constituinte sob a roupagem de um processo de revisão” (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 234).

Mais recentemente, a Constituição espanhola de 1978 consagrou expressa previsão de revisão total da Constituição ou de revisão parcial que afete as cláusulas pétreas:

“Art. 168, 1 — Quando for proposta a revisão total da Constituição ou uma revisão parcial que afere o título preliminar, a seção I do capítulo II do título I ou título II, proceder-se-á à aprovação do princípio da revisão por maioria de dois terços de cada Câmara e à dissolução das Cortes. 2 — As Cortes que vierem a ser eleitas deverão ratificar a decisão e proceder ao estudo do novo texto constitucional, que deverá ser aprovado por maioria de dois terços de ambas as Câmaras. 3 — Aprovada a reforma pelas Cortes Gerais, será submetida a referendo para ratificação.”

Portanto, parece constituir apanágio do processo de revisão total da Constituição não só a fixação de procedimento mais restritivo, em relação ao processo de emenda, como também a necessidade de participação do efetivo titular do poder constituinte, o povo, seja mediante plebiscito, seja mediante referendo.

Essa abordagem teórica permite introduzir reflexão sobre a adoção, no processo de revisão, de uma ressalva expressa às cláusulas pétreas, contemplando não só a eventual alteração dos princípios gravados com as chamadas *garantias de eternidade*, mas também a possibilidade de transição ordenada da ordem vigente para outro sistema constitucional (revisão total).

Se se entendesse — o que pareceria bastante razoável — que a revisão total ou a revisão parcial das cláusulas pétreas está implícita na própria Constituição, poder-

se-ia cogitar — mediante a utilização de um processo especial que contasse com a participação do Povo — até mesmo de alteração das disposições constitucionais referentes ao processo de emenda constitucional com o escopo de explicitar a idéia

de revisão total ou de revisão específica das cláusulas pétreas, permitindo, assim, que se disciplinasse, juridicamente, a alteração das cláusulas pétreas ou mesmo a substituição ou a superação da ordem constitucional vigente por outra.