

**JORGE MAURICIO KLANOVICZ**

# **CLÁUSULAS PÉTREAS INSTITUCIONAIS**

**UMA PROPOSTA TEÓRICA  
SOBRE PODER DE REFORMA  
CONSTITUCIONAL, DIREITOS  
FUNDAMENTAIS E INSTITUIÇÕES**

2022

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# 1. A problemática da rigidez constitucional

---

## 1.1 Tensões do projeto constitucional: permanência e adaptabilidade, constitucionalismo e democracia

A tensão entre as pretensões de *permanência* do projeto constitucional e a necessidade de sua *adaptabilidade* é questão que, há séculos, angustia atores políticos e estudiosos do Direito Constitucional.

A Constituição francesa de 1793 estabelecia que “um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar sua constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras”. Em linha similar, Thomas Jefferson, nos debates que precederam a promulgação da Constituição norte-americana, chegou a sustentar que deveria haver uma convenção para revisão constitucional a cada dezenove anos, a fim de “evitar um governo dos mortos sobre os vivos”.

Por outro lado, se é verdade que Constituições limitam o conteúdo de deliberações futuras, criando problemas de legitimidade intergeracional, não é menos certo que são elas que

asseguram direitos – como o direito ao voto e a liberdade de expressão – e definem normas – como regras de competência e de procedimento legislativo – que viabilizam as próprias deliberações, permitindo a continuidade da jornada democrática. Qualquer deliberação restaria inviabilizada sem normas dessa natureza.

Além disso, é preciso sempre considerar a advertência de Madison – formulada em resposta à proposta de Jefferson de uma revisão constitucional a cada dezenove anos - no sentido de que o reiterado apelo ao poder constituinte originário abalaria a estabilidade das instituições políticas.<sup>1</sup> De fato, não é possível conceber um sistema político minimamente estável caso sujeito a constantes chamamentos à soberania popular para elaboração de uma nova Constituição.

Vale observar, ainda, que, pelo menos entre o que a teoria política até hoje inventou, as Constituições são os instrumentos mais vocacionados à tutela de direitos fundamentais contra a vontade ocasional de maiorias hostis.<sup>2</sup> Elas têm, portanto, função que vai além da proteção de institutos relacionados à deliberação democrática e à estabilidade política.

Também em favor das pretensões de permanência de um projeto constitucional, convém notar que nem sempre a convocação do poder constituinte – seja para elaborar nova Constituição, seja para alterar uma Constituição em vigor – é

- 
1. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 251.
  2. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 24-25.

garantia de qualidade superior do processo deliberativo ou de prestígio da soberania popular e de valores democráticos. Citados por Rodrigo Brandão, Cass Sustein e Stephen Holmes lembram que, antes de ser deposto do governo russo por Boris Yeltsin, Ruslan Khasbulatov tinha em sua assessoria um grupo cuja função era apontar quando projetos de lei conflitavam com a Constituição. Percebido o conflito, o projeto de lei era transformado em projeto de emenda constitucional. O poder constituinte era invocado, pois, não para assegurar uma deliberação com qualidade superior, mas para combater inimigos políticos. A falta de rigidez constitucional, num caso como esse, torna a Constituição mero instrumento de ação política de grupos majoritários de ocasião.<sup>3</sup>

Enfim, tanto as pretensões de permanência do projeto constitucional quanto a necessidade de sua adaptabilidade têm em seu favor diversos argumentos.

Na verdade, associado a essa tensão - entre permanência e adaptabilidade - existe outro conflito. Trata-se do conflito entre *constitucionalismo* e *democracia*.

O constitucionalismo é um ideário que preconiza a limitação do poder político em favor dos direitos dos cidadãos. Evidentemente, o conceito e os arranjos institucionais a ele correspondentes têm variações. Mas alguns institutos têm se tornado hegemônicos mundo afora como meios de promoção do constitucionalismo. São exemplos notáveis a noção

---

3. BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 164.

de separação de poderes, as cláusulas pétreas e o controle de constitucionalidade.

Ocorre que, por vezes, institutos como as cláusulas pétreas – por meio das quais uma geração limita o conteúdo das deliberações de uma geração futura – e o controle de constitucionalidade – que atribui a indivíduos não eleitos o poder de invalidar decisões tomadas por representantes eleitos – se chocam com a noção de democracia. É certo que democracia não é um conceito que se esgota numa simples aritmética de maioria e minoria. Mas as noções de *vontade da maioria*, *sobrerania popular* e *governo do povo* são dela inseparáveis. As ordens políticas democráticas fundam-se no “ideal de autodeterminação coletiva, no sentido de que, sendo o povo soberano, as decisões coletivas de caráter coercitivo devem ser tomadas por todos aqueles que estão sujeitos aos seus ditames”.<sup>4</sup> Qualquer instituto que tensione essa máxima – como os institutos típicos do constitucionalismo fazem - precisa de pesada justificação.

Para tal justificação, já não é possível recorrer ao Direito Natural. O Direito Natural tem como pressuposto a imutabilidade de certos princípios, que escapam à História, e a universalidade de tais princípios, que escapam à Geografia. A esses princípios – que são dados, e não decorrentes de uma convenção – os homens têm acesso por meio da razão comum a todos.<sup>5</sup> O pensamento contemporâneo, porém, já não admite essa ideia de que a lei – ou a Constituição - é algo previamente

---

4. BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 36.

5. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 15.

existente, inscrito em alguma espécie de Direito Natural, apenas revelado ou descoberto pela razão humana. A Constituição decorre da vontade humana. É preciso, portanto, explicar por que o ato de vontade que resulta numa Constituição deve ter supremacia sobre a vontade de uma maioria e de uma geração futura.

Não é fácil, enfim, conciliar as tensões que se apresentam – entre permanência e adaptabilidade, entre constitucionalismo e democracia. Em busca de uma solução conciliatória, convém analisar algumas experiências constitucionais específicas.

Lafer analisa a irrupção do totalitarismo por meio de um *juízo retrospectivo* que guia e conduz um *juízo prospectivo* sobre a reconstrução dos direitos humanos. Edifica um *argumento fundado no exemplo*, que se baseia no *princípio da semelhança* e adquire autoridade quando revestido de uma *dimensão paradigmática*.<sup>6</sup>

Trata-se de algo similar ao que se busca fazer em seguida. Por meio de um juízo retrospectivo de certas trajetórias constitucionais, tenta-se apresentar um juízo prospectivo sobre rigidez constitucional e promoção do constitucionalismo e da democracia.

Nessa medida, o modelo inglês, por exemplo, ao enfatizar as noções de direitos historicamente fundados imunes aos poderes constituídos, prestigiou o ideal constitucionalista mais do que o ideal democrata. Já o modelo francês, ao atribuir aos

---

6. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 308.

seus constituintes um poder soberano e originário, valorizou o ideal democrata mais do que o ideal constitucionalista.<sup>7</sup>

A seguir, são analisadas mais detalhadamente duas experiências: a norte-americana e a alemã de Weimar. Nessa análise, merecem especial atenção as cláusulas pétreas, institutos indissociáveis da aferição do grau de rigidez de uma Constituição.

## **1.2 A experiência norte-americana**

### *1.2.1 Filadélfia e a primeira ruptura*

A Constituição norte-americana é um caso paradigmático dos problemas que a rigidez constitucional extrema pode gerar.

A Convenção da Filadélfia, em 1787, costuma ser apontada como o marco inaugural da história constitucional norte-americana. Na verdade, entretanto, essa história tem início antes.

Os Estados Unidos da América declararam sua independência em 1776. No ano seguinte, com o fim de estabelecer normas básicas de convivência e de defesa mútua dos interesses comuns das treze colônias britânicas recém independentes, o segundo Congresso Continental aprovou os denominados Artigos da Confederação. O art. XII desse documento dispôs que “os artigos são perpétuos e só podem ser alterados com a aprovação do Congresso e a ratificação de todos os órgãos legislativos locais”. Ou seja, qualquer alteração dos artigos somente seria admitida por meio da decisão unânime de todas as treze colônias.

---

7. BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 78-79.

A unanimidade imposta para qualquer modificação não demoraria a criar dificuldades, que suscitaram diversos debates por ocasião da Convenção da Filadélfia. Esses debates tiveram como resultado a aprovação de uma nova Constituição, cuja vigência ficava condicionada ao estabelecido em seu art. VII: “A ratificação por Convenções de nove Estados deve ser suficiente para o estabelecimento desta Constituição entre os Estados que a ratificarem”. Dito de outro modo, a suplantação dos Artigos da Confederação por uma Constituição, contrariando o que aqueles exigiam, ocorreu não por meio da unanimidade, mas por deliberação de nove dos treze estados. Trata-se de uma situação de ruptura, motivada pela rigidez extrema dos Artigos.

Essa rigidez levou os convencionais da Filadélfia a buscarem um mecanismo mais simples de alteração da Constituição que nascia. George Mason, representante da Virgínia, alertou que “o plano que está agora sendo formulado será certamente defeituoso, como o foi a Confederação. Emendas serão, portanto, certamente necessárias, sendo melhor autorizar a sua existência de forma fácil, regular e constitucional do que confiar na sorte ou na violência”. George Washington, presidente da convenção, em linha semelhante, sustentava que a Constituição não era livre de imperfeições e que deveria haver uma “porta constitucional aberta”.<sup>8</sup>

A possibilidade de emenda constitucional foi aprovada não sem polêmica. Para os federalistas, o processo de emenda deveria estar concentrado na União, por meio do Congresso Nacional. Para os antifederalistas, o processo deveria passar pela

---

8. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 61-62.

decisão dos estados. Além disso, desde então estados do norte e do sul divergiam sobre uma questão decisiva: a escravidão. A solução conciliatória a que se chegou foi estabelecer um procedimento de emenda que passa necessariamente pela União e pelos estados. O art. V da Constituição norte-americana dispôs que emendas podem ser propostas por dois terços do Congresso ou dos legislativos estaduais; no primeiro caso, precisam da aprovação de três quartos dos legislativos estaduais; no segundo, necessitam de aprovação de convenções especialmente convocadas para esse fim, também por três quartos. Ainda, estabeleceu-se que nenhum estado poderia ter sua representação no Senado reduzida sem seu próprio consentimento, bem como que até o ano de 1808 não poderia ser instituída norma proibindo a importação de escravos. Essa última regra configurou uma espécie de cláusula pétrea temporária.

Como se percebe, embora tenha estabelecido a possibilidade de sua própria alteração e não tenha previsto cláusulas pétreas em sentido estrito, a Constituição norte-americana é de modificação extremamente difícil. Trata-se de uma das Constituições mais rígidas hoje em vigor no mundo. Tal rigidez, ao dificultar alterações formais, levou a Suprema Corte a assumir um papel proeminente de atualização do texto, o que suscita sérios problemas e questionamentos à legitimidade de juízes - não eleitos - para promover a mudança de documento oriundo da vontade popular. Essa rigidez, além disso, não demoraria a provocar uma nova situação de ruptura.<sup>9</sup>

---

9. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 62-64 e 68.

### 1.2.2 Guerra Civil, Reconstrução e a segunda ruptura

A nova ruptura está associada à já mencionada questão da escravidão. Esse tema era o principal motivo de tensão entre estados do sul – conservadores e escravistas – e do norte – mais progressistas.

A escravidão foi assegurada na Constituição norte-americana por três dispositivos. Além da cláusula que vedava que até 1808 fosse instituída norma proibindo a importação de escravos (art. I, seção 9), um dispositivo estabelecia que o número de representantes de cada estado na Câmara seria fixado conforme o seu número de “pessoas livres” e “três quintos de todas as outras pessoas” (art. I, seção 2); outra cláusula determinava que os estados devolvessem qualquer escravo eventualmente fugido à pessoa “à que estiver submetido” (art. IV, seção 2).<sup>10</sup>

Esse arcabouço normativo encontrou forte apoio na Suprema Corte norte-americana, que desenvolveu orientação no sentido de vedar que a União legislasse para enfraquecer o instituto da escravidão. É paradigmático no tema o caso *Scott vs. Sandford*, de 1857, quando, pela segunda vez em sua história, o tribunal declarou inconstitucional um ato normativo (a primeira vez ocorrera em 1803, no notável caso *Marbury vs. Madison*). Dred Scott, escravo, em 1837, mudou-se, com seu proprietário, do Missouri para Illinois e, em seguida, para Minnessota, então parte do território federal da Louisiana. Tanto em Illinois, por força de sua Constituição, quanto em Minnessota, por força de lei federal (o *Missouri Compromise Act*), a escravidão havia sido

---

10. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 69.

proibida. Após retornar ao Missouri, Dred Scott reivindicou sua liberdade, com amparo no período em que permaneceu em território onde a escravidão fora abolida e no princípio *once free, always free*, acolhido em precedentes do Judiciário local. A Suprema Corte, porém, ao se deparar com o caso em grau de recurso, por maioria de 7 a 2, seguindo a *opinion* do Justice Taney, entendeu que Dred Scott não podia ser considerado um cidadão, o que implicava sua falta de legitimidade para postular em juízo. Acrescentou que o Congresso não tinha poderes para abolir a escravidão, mesmo em território federal, e que escravos eram propriedade privada protegida pela Constituição.<sup>11</sup>

Apesar da posição conservadora da Suprema Corte, era grande o receio dos estados do sul em face do aumento da pressão contra os institutos que amparavam a escravidão. O temor fundava-se, em síntese, nas diferenças entre os sistemas econômicos do norte e do sul e na incorporação de novos territórios não-escravistas pela União.<sup>12</sup> Perceba-se que, em meados do século XIX, estava em curso uma forte expansão territorial dos Estados Unidos da América em direção ao oeste. As novas terras anexadas eram convertidas em territórios federais, livres da escravidão, segundo o *Missouri Compromise Act*.<sup>13</sup>

- 
11. *Scott vs. Sandford*, 60 US 393 (1857). EHRlich, Walter. *Scott vs. Sandford*. In: HALL, Kermit L; ELY JR., James W. *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 322-324; SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. São Paulo: Atlas, 2015. 2a ed. p. 53-59.
  12. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 71.
  13. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. São Paulo: Atlas, 2015. 2a ed. p. 55.

Esse temor alcançou seu nível mais alto em 1860, com a eleição de Abraham Lincoln, antiescravista e crítico da posição adotada no caso *Dred Scott* pela Suprema Corte, um dos últimos redutos oficiais simpáticos aos interesses do sul. Em dezembro de 1860, a Carolina do Sul rompeu o laço federativo, sendo logo seguida por vários outros estados sulistas. Algumas medidas ainda foram adotadas com o fim de tentar atraí-los de volta para a União. A mais relevante foi a chamada *emenda Corwin*, de autoria do congressista Thomas Corwin, que passaria a impossibilitar a interferência do Poder Legislativo federal em questões domésticas dos estados – entre as quais a principal era, claro, a escravidão. A emenda, porém, embora aprovada pela Câmara e pelo Senado, foi ratificada apenas por três estados, não chegando a ter vigência. O quadro, enfim, não demoraria a evoluir para um conflito militar de grandes proporções, que causaria a morte de mais norte-americanos do que as duas guerras mundiais somadas às guerras da Coreia e do Vietnã.<sup>14</sup>

Em 1864, com o conflito militar já em seu fim e uma clara vitória dos estados do norte, foi aprovada pelo Senado e pela Câmara a XIII Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, abolindo a escravidão. A emenda apenas foi aprovada no Congresso em razão da ausência de representantes dos estados sulistas, autodenominados Estados Confederados, que, como visto, haviam rompido os laços com o norte. Em seguida, a ratificação por três quartos dos estados somente foi obtida em função da presença militar da União nos estados do

---

14. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 71-72.

sul e da imposição da ratificação da emenda como um requisito para a reintegração à União.<sup>15</sup>

A XIV e XV emendas, que asseguraram a cidadania e o direito de voto aos antigos escravos, foram aprovadas no mesmo contexto. A propósito, o presidente Andrew Johnson, sucessor de Abraham Lincoln, chegou a sofrer um processo de *impeachment* em razão de bloqueio que tentou impor à XIV emenda. O *impeachment* foi evitado no Senado por apenas um voto.<sup>16</sup>

Enfim, como se vê, as chamadas *emendas de reconstrução* – que aboliram a escravidão, levaram a cidadania da população negra a um novo patamar e reconfiguraram o federalismo norte-americano – somente foram aprovadas num contexto muito peculiar, de guerra e imposição. Pela segunda vez na história dos Estados Unidos da América, transformações políticas exigiram uma ruptura com o padrão de rigidez constitucional estabelecido.<sup>17</sup>

### 1.2.3 *Lochner, New Deal e a terceira ruptura*

Finalmente, é possível apontar um terceiro momento de ruptura na trajetória constitucional norte-americana. Em 1933, Franklin Delano Roosevelt assumiu a presidência do país em meio a uma crise econômica sem precedentes. Imediatamente, apresentou ao Congresso Nacional um pacote de mudanças

---

15. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 72-74.

16. ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: The Belknap Press, 1991. v. 1. p. 47-48.

17. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 75-76.

legais – conhecido como *New Deal* – que impactava o direito de propriedade e as relações entre estados e União. O governo optou pela via das mudanças legislativas, e não constitucionais, em razão das dificuldades que a Constituição estabeleceu para emendas. O Congresso Nacional não ofereceu oposição ao pacote, que, todavia, acabou encontrando forte resistência na Suprema Corte.<sup>18</sup>

A Suprema Corte vivia a assim chamada *era Lochner*, cujo nome tem origem no caso *Lochner vs. New York*, de 1905. Em tal caso, seguindo a *opinion* do *Justice* Peckham, por escassa maioria de 5 a 4, o Tribunal invalidou uma lei do estado de Nova York (*The Bakershop Act*) que limitava a jornada de trabalho dos padeiros a dez horas diárias e sessenta horas semanais. De acordo com o entendimento que prevaleceu, a lei violava a dimensão substantiva do devido processo legal, a liberdade contratual e, por conseguinte, a XIV emenda à Constituição.<sup>19</sup>

Em linha similar, em 1935, no caso *Schechter Poultry Corp. vs United States*, a Suprema Corte julgou inconstitucional o *National Industrial Recovery Act*. Em 1936, no caso *Carter vs. Carter Coal Co.*, declarou inconstitucional o *Bituminous Coal Conservation Act*. As competências legislativas da União são previstas taxativamente na Constituição dos Estados Unidos e não contemplam a intervenção nas relações de trabalho e na economia. Exceção é a autorização constitucional para a União

---

18. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 77.

19. *Lochner vs. New York*, 198 US 45 (1905). KENS, Paul. *Lochner vs. New York*. In: HALL, Kermit L; ELY JR., James W. *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 189-192.

“regular o comércio com nações estrangeiras, entre os diversos estados, e com as tribos indígenas” (art. I, seção 8, cláusula 3). As medidas legislativas adotadas no contexto do *New Deal* baseavam-se nesse dispositivo, chamado *Commerce Clause*. A Suprema Corte, porém, entendeu que o *Industrial Recovery Act* e o *Bituminous Coal Conservation Act* transgrediam a cláusula. Para o Tribunal, a União estava se utilizando de um falso pretexto – comércio entre estados - para legislar, na verdade, sobre liberdade contratual e relações de trabalho, o que exorbitava suas competências.<sup>20</sup> De outra parte, como se observou no caso *Lochner vs. New York*, a Suprema Corte resistia a que mesmo os estados pudessem regular a propriedade e a liberdade contratual, sob pena de ofensa à dimensão substantiva do devido processo legal.

Esse quadro levou Roosevelt, fortalecido com um resultado eleitoral muito favorável em 1936, a partir para um ataque à Suprema Corte. Em 1937, o governo apresentou um projeto de alteração da composição do Tribunal (*Court Packing Plan*), segundo o qual para cada juiz que completasse setenta anos e não se aposentasse o presidente poderia indicar um novo magistrado. O objetivo indisfarçável era formar maioria judicial favorável ao *New Deal*. No discurso em que apresentou o projeto, Roosevelt assinalou: “Desde que surgiu o movimento

---

20. *Schechter Poultry Corp. vs United States*, 249 US 495 (1935). PRITCHETT, C. Herman. *Schechter Poultry Corp. vs United States*. In: HALL, Kermit L; ELY JR., James W. *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 320-321; *Carter vs. Carter Coal Co.*, 298 US 238 (1936). MALESON, Diane C. *Carter vs. Carter Coal Co.* In: HALL, Kermit L; ELY JR., James W. *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 55-56.