

**FUNDAMENTAÇÃO DA PRESERVAÇÃO DO NÚCLEO  
ESSENCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

**FUNDAMENTACIÓN DE LA TUTELA DEL CONTENIDO  
ESENCIAL EN CONSTITUCIÓN DE 1988**

**Paulo Ricardo Schier\***

Resumo: Pensadores de variadas tendências como Alexy, Hesse, Pulido e Peres-Luño, têm sustentado a necessidade de construção de uma teoria constitucional concreta, voltada à implementação de uma dogmática adaptada a dada realidade constitucional específica. Nesta linha o presente texto busca encontrar uma possível fundamentação para o princípio da preservação do núcleo essencial do direito restringido na Constituição de 1988. Referido limite do limite, que se mostra como verdadeira barreira à atuação do legislador democrático, ao contrário de Constituições como a alemã, a portuguesa e a espanhola, não possui previsão expressa em nosso sistema. Assim, a investigação relativa à sua fundamentação pode contribuir para a sensibilização de novas dimensões ao limites de atuação do legislador no Brasil e do controle de constitucionalidade.

Palavras-chaves: Núcleo essencial – Limites dos limites – Cláusulas pétreas.

Resumen: Pensadores de variadas concepciones como Alexy, Hesse, Pulido e Perez-Luño, defienden la necesidad de construcción de una teoría constitucional concreta, intencionada a la densificación de una dogmática adaptada a cierta realidad constitucional específica. Lo presente estudio busca encontrar una fundamentación del principio de la tutela del contenido esencial en Constitución de 1988. Tal limite del limite, que es un verdadero obstáculo a la actuación del legislador democrático, al contrario de Constituciones como la germánica, la portuguesa e la española, non tiene previsión expresa em nuestro sistema. Entonces la investigación relativa a la fundamentación concreta puede contribuir a la sensibilización de nuevas dimensiones a las barreras de actuación del legislador en Brasil y de la fiscalización de la constitucionalidad.

Palabras-clave: Contenido esencial – Limites de los limites – Clausulas de intangibilidad.

**INTRODUÇÃO**

Robert Alexy, ao buscar esclarecer o objeto e a tarefa de uma teoria dos direitos fundamentais, salienta que muitas podem ser as abordagens em relação a eles, sendo que “no existe casi ninguna disciplina en el ámbito de las ciencias sociales que no esté en condiciones de aportar algo a la problemática de los derechos fundamentales desde su

\* Doutor em Direito Constitucional pela UFPr. Professor do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia das Faculdades Integradas do Brasil. Pesquisador do NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional (CNPq).

## FUNDAMENTAÇÃO DA PRESERVAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

ponto de vista y con sus metodos”<sup>1</sup>.

Certamente todas essas abordagens acerca do estudo dos direitos fundamentais têm sua dose de legitimidade e seu campo próprio de validade. Nada obstante, se há um dado ontológico, praticamente inquestionável no Direito, ele está centrado em sua normatividade, o que impõe não qualquer leitura sobre o direito, mas uma leitura determinada, adequada.

Assim, uma leitura da constituição e dos direitos fundamentais não pode se abstrair dos elementos específicos que compõem uma determinada ordem jurídica. Uma adequada compreensão do sistema constitucional pressupõe um ponto de partida: uma teoria construída a partir do direito positivo<sup>2</sup>. O direito, afinal, ainda guarda a importante função de ser uma técnica de resolução de conflitos e regulação de condutas cujo conteúdo somente pode ser determinado à luz de um Estado específico, de uma ordem jurídica específica e de um contexto histórico-cultural também específico.

É de se compreender, então, porque Konrad Hesse, ao tentar buscar estabelecer um conceito de Constituição, vai sustentar a necessidade de uma abordagem individual-concreta deste fenômeno:

“A questão sobre um conceito de constituição abstrato, no qual deve ser compreendido o comum de todas as constituições ou, então, de numerosas históricas sob descuido de particularidades temporais e espaciais, pode ser conveniente para a Teoria da Constituição. Para a doutrina do Direito Constitucional um tal conceito seria inadequado para fundamentar uma compreensão que estivesse em condições de dirigir o vencimento de problemas jurídico-constitucionais práticos, colocados *hic et nunc*. Como a normatividade da Constituição vigente é a de uma ordem histórico-concreta, e a vida, que ela deve ordenar, é vida histórico-concreta, pode, no quadro da tarefa de uma exposição dos elementos fundamentais do Direito Constitucional vigente, somente ser perguntado pela Constituição atual, individual-concreta”<sup>3</sup>.

Neste contexto o presente estudo busca encontrar uma fundamentação jurídico-constitucional adequada, no quadro da Constituição de 1988, para uma das manifestações da teoria dos limites dos limites: a exigência de preservação do núcleo essencial do direito restringido através de atuação legislativa.

A questão é importante pois a especificação e explicitação desta barreira à atividade do legislador democrático enseja, como salienta Gavara de Cara, novas dimensões ao controle de constitucionalidade das leis<sup>4</sup>.

O debate assume aqui, não se esconda, também uma função pedagógica. Na

<sup>1</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 27.

<sup>2</sup> O que não significa, necessariamente, a assunção de uma perspectiva positivista do direito e nem legitima o descarte das abordagens interdisciplinares em relação ao fenômeno normativo.

<sup>3</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direitos constitucional da República federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1998, p. 25-6.

<sup>4</sup> CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 130 e ss.

medida em que a Constituição brasileira de 1988 não prevê, expressamente, o princípio da preservação do núcleo essencial, a sua explicitação pode desempenhar uma possibilidade de juizes contaminados ainda por uma cultura “positivista estreita” manejarem esta categoria com maior segurança. Afinal, o reconhecimento deste princípio, em nossa jurisprudência, ainda é tímido, decorrendo mais de uma “construção intuitiva” do que de uma fundamentação teórica e sólida segura.

## 1 NECESSIDADE DOS LIMITES DOS LIMITES

Os direitos fundamentais desempenham papel central no quadro dos Estados Democráticos de Direito. Carlos Bernal Pulido, reconhecendo este fato, leciona que “los derechos fundamentales representan, sin lugar de dudas, la columna vertebral del estado constitucional. Al igual que su antecesor, el estado liberal, el estado constitucional no se propone como un fin en si mismo, sino como un instrumento para que los individuos disfruten de sus derechos en la mayor medida posible. Por eso los derechos fundamentales son la base del estado constitucional, el motor de su acción y también su freno”<sup>5</sup>. Sua importância é tal que Hans Peter Schneider chega ao ponto de se sustentar que sem uma tutela adequada dos direitos fundamentais não existe democracia. Para este autor, “la democracia (...) presupone los derechos fundamentales de la misma forma que, al contrario, los derechos fundamentales solo pueden adquirir su plena efectividad em condiciones democráticas”<sup>6</sup>.

Nada obstante, como lembra Peres-Luño, é exatamente nos países em que a democracia se mostra ainda cambaleante, e que demandam um reforço especial no que tange com a implementação dos direitos fundamentais, onde existem quadros mais alarmantes de desrespeito a esses direitos. Com efeito, de acordo com Perez-Luño,

“quanto mais intensa se revela a operatividade do Estado de Direito, maior é o nível de tutela dos direitos fundamentais. De igual modo que na medida em que se produz uma vivência dos direitos fundamentais se reforça a implementação do Estado de Direito. Esta observação conduz ao paradoxo de que precisamente nos países onde maior urgência necessita o reconhecimento dos direitos fundamentais isto não se consegue porque neles não existe um Estado de Direito...”<sup>7</sup>.

Impõe-se, logo, encontrar, em quadros como esses, limites mais fortes aos diversos setores que possam representar ameaças aos direitos fundamentais.

<sup>5</sup>. PULIDO, Carlos Bernal. *Prefácio à obra Três escritos sobre los derechos Fundamentales*, In: ALEXY, Robert. *Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 13.

<sup>6</sup>. SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitucion*. Trad. Luis López Guerra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 18-9.

<sup>7</sup>. PEREZ-LUÑO, Antonio E.. *Los derechos fundamentales*. 3° ed., Madrid: Tecnos S.A., 1988, p. 26-7.

## FUNDAMENTAÇÃO DA PRESERVAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Nesta linha não se pode olvidar que o legislador democrático, em grande medida, pode representar, por mais contraditório que tal pareça, uma ameaça à realização e implementação dos direitos fundamentais. Afinal, na medida em que a intervenção legislativa no campo desses direitos pode assumir uma configuração restritiva, sob o pretexto de explicitar limites iminentes pode o legislador, ainda que virtualmente, vilipendia-los. Há que se admitir, logo, a “necessidade de se impor limites à atividade legislativa no âmbito dos direitos fundamentais para justamente salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual ação erosiva do legislador ordinário”<sup>8</sup>.

Não é sem razão que Peter Häberle observou que, ao lado dos indivíduos, o legislador é um clássico inimigo potencial e real do direito e da liberdade<sup>9</sup>. Aqui, portanto, que emerge o primeiro sentido de justificação para a existência de limites à atividade de limitação dos direitos fundamentais:

“Já se afirmou que a possibilidade de limitar um direito fundamental mediante intervenções em sua área de proteção não é ilimitada. Se fosse reservado ao legislador o poder de concretizar as reservas legais conforme seu entendimento e avaliação política, os direitos fundamentais abstratamente garantidos poderiam perder qualquer significado prático. A garantia constitucional restaria, em última instância, inócua, abandonando-se, na prática, o princípio da supremacia constitucional. (...) A doutrina exprime essa constatação afirmando que a limitação dos direitos fundamentais conhece suas próprias limitações. Isso significa que é proibido proibir o exercício do direito além do necessário”<sup>10</sup>.

Não se intenta defender, com tais observações, uma leitura pessimista do papel do legislador diante dos direitos fundamentais. Ao contrário, pressupõe-se que o desenvolvimento legislativo dos direitos fundamentais é uma tarefa essencial à realização do sistema jurídico<sup>11</sup>. Não sem razão, aliás, Canotilho e Vital Moreira têm insistido na idéia de multifuncionalidade da lei em relação aos direitos fundamentais. Deveras, pode a lei (i) definir o âmbito constitucional de cada direito fundamental, (ii) definir as restrições nos casos constitucionalmente autorizados, (iii) definir garantias e dispor condições de exercício, (iv) satisfazer o cumprimento de direitos fundamentais específicos quando tal consistir na criação de instituições ou prestações públicas (como no caso da generalidade dos direitos sociais), (v) definir meios de defesa e (vi) alargar o seu âmbito de incidência<sup>12</sup>.

O sentido, portanto, de atribuir-se destaque maior ao papel restritivo do legislador decorre mais de uma opção metodológica.

<sup>8</sup> BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2005, p. 74.

<sup>9</sup> HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquim Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, p. 62.

<sup>10</sup> DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 167.

<sup>11</sup> CARA, Juan Carlos Gavara de. Op. cit., p. 158 e ss.

<sup>12</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 142-3..

Então, como bem lembrou Dimitri Dimoulis na passagem anteriormente citada, se é certo que os direitos fundamentais não são absolutos ou ilimitáveis<sup>13</sup>, demandando intervenção restritiva densificadora de ponderações de direitos e bens constitucionais; também é certo que esta atividade de restrição igualmente não é absoluta<sup>14</sup>, devendo, também, encontrar limitações no âmbito do Estado Constitucional<sup>15</sup>. Afinal, os direitos fundamentais não podem ficar à disposição da boa vontade do legislador sob pena de transformar-se o Estado Democrático de Direito em mero Estado de Legalidade<sup>16</sup>.

Destarte as diversas constituições, mormente as do período pós-guerras, têm desenvolvido, ora de forma sistematizada ora de forma difusa, inúmeros limites à intervenção legislativa restritiva no sítio dos direitos fundamentais. Vê-se, aqui, uma manifestação de desconfiança em relação a atividade do legislador, durante longo período detentor de uma presunção quase irrestrita de justiça em sua conduta e agora fortemente desprestigiado, levando a um deslocamento da questão da justiça do campo da lei para o campo da Constituição<sup>17</sup>.

Este quadro tem permitido o desenvolvimento de não poucas teorias em relação ao papel dos limites dos limites e à sua identificação, bem como indagações em relação ao próprio conteúdo e valor do “conteúdo essencial”.

Com efeito, diversas são as sistematizações dos limites dos limites. Em todas elas encontra-se a contemplação do princípio da preservação do núcleo essencial do direito restringido como limite intransponível. É este princípio que impõe ao legislador uma barreira não superável no que tange com sua atividade restritiva de direitos fundamentais, evitando que ocorra um processo de dessubstancialização da Constituição<sup>18</sup>.

Considerando-se este princípio, uma vez que a lei não respeite o conteúdo essencial do direito restringido, ela restará caracterizada como inconstitucional, deflagrando controle de constitucionalidade.

---

<sup>13</sup>. Interessante quadro sobre a necessidade de existência de limites dos direitos fundamentais, demonstram o como, em essência por opção normativa, tratam-se de direitos limitáveis, encontra-se em: STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, capítulo 1.

<sup>14</sup>. Por isso Landelino Lavilla Alsina lembra que não se pode permitir que alguém converta seu acesso democrático ao poder em um título legitimador de um voluntarismo normativo (in: LOPEZ PINA, Antonio. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, Espana, Francia e Italia*. Madrid: Civitas, 1991, p. 30.

<sup>15</sup>. Do contrário, caso inexistissem tais limites à atuação do legislador na limitação dos direitos fundamentais, estes perderiam seu sentido de existência.

<sup>16</sup>. Sobre o conceito de Estado Democrático de Direito e Estado de Legalidade e a obrigatória vinculação daquele a determinado núcleo de direitos fundamentais, confira-se: NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito – do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Coimbra, 1987, terceiro capítulo.

<sup>17</sup>. Sobre o deslocamento do eixo da justiça do campo da lei para o campo da constituição, movimento inerente ao designado *neoconstitucionalismo*, confira-se: SANCHIS, Luis Prieto. *Justicia constitucional u derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 101 e ss.

<sup>18</sup>. RODRIGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Granada: Editorial Comares, 1996, p. 74 e ss.

## FUNDAMENTAÇÃO DA PRESERVAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Uma vez, portanto, que suscita fiscalização de constitucionalidade, referido princípio, mormente em outros sistemas, tem servido como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade.

Insta indagar se, no Brasil, a preservação do núcleo essencial também pode ser invocada como parâmetro para o controle de constitucionalidade.

### 2 FUNDAMENTAÇÃO E PARAMETRICIDADE DO CONTEÚDO ESSENCIAL NO BRASIL

A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais encontra ampla aceitação doutrinária e positivamente constitucional.

O surgimento desta garantia, como lembra Jorge Reis Novais, “está estreitamente ligado à história da Constituição de Weimar, onde às normas constitucionais de direitos fundamentais se atribuía um carácter meramente programático, não se reconhecendo à garantia por eles proporcionada mais que aquilo que já decorria do princípio da legalidade da Administração, com os corolários da reserva e preferência de lei”<sup>19</sup>.

Tratava-se, logo, quando da construção da Constituição de Bonn, de uma busca por limitação, como se viu, da margem de que dispunha o legislador democrático<sup>20</sup>.

De acordo com a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em seu art 19.2: “*em caso algum pode um direito fundamental ser afetado no seu conteúdo essencial*”. Dispositivos similares são encontrados nas Constituições de Portugal, Espanha e Itália.

No Brasil, embora a doutrina faça referência a este princípio da preservação do núcleo essencial<sup>21</sup>, inexistente uma previsão constitucional explícita.

Consoante lembra Gilmar Mendes, a ordem constitucional brasileira não contemplou a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais<sup>22</sup>. Mas esta situação, todavia, não implica reconhecer que, no país, inexistente um dever de preservação do núcleo essencial, afinal, “embora o texto não tenha consagrado expressamente a idéia de núcleo

<sup>19</sup>. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 779.

<sup>20</sup>. Idem, *ibidem*.

<sup>21</sup>. Consulte-se, exemplificativamente: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, p. 304 e ss.; STEINMETZ, Wilson Antonio. Op. cit., cap. 2; BIAGI, Cláudia Perotto. Op. cit., parte 2; FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais – limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 236p; SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais – proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 152 p.; MORAES, Guilherme Pena de. *Direitos fundamentais – conflitos e colisões*. Niterói: Labor Júris, 2000, 114p.; FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2000, 208 p. e DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 167-170.

<sup>22</sup>. MENDES, Gilmar Ferreira et alii. Op. cit., p. 309.

essencial, afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte<sup>23</sup>.

Nada obstante parece que a fundamentação do referido princípio, para além de um apelo a certa filosofia garantista “assumida” pela Constituição, pode ser desenvolvida de outra maneira.

Com efeito, defende-se, neste estudo, que a fundamentação da preservação do núcleo essencial está vinculada, no Brasil, de forma direta, à compreensão da extensão das cláusulas pétreas.

Deveras, de acordo com a locução do art. 60, § 4º, da Lei Fundamental: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda *tendende* a abolir (...)”.

Note-se que as cláusulas pétreas são verdadeiras barreiras de proteção contra a ação do poder constituinte revisor, buscando resguardar um determinado núcleo de bens constitucionais e direitos com o fim da manutenção de dada identidade constitucional.

Referida proteção, por certo, alcança a eventual atividade erosiva da Constituição por parte dos poderes constituídos, tanto direta quanto virtual. Afinal, não serão inconstitucionais apenas as emendas que, diretamente, afrontarem as cláusulas pétreas, mas também aquelas que, mesmo tendencialmente, as afetem.

Nesta seara, portanto, qualquer intervenção do poder reformador que direta ou indiretamente atinja a existência de um direito fundamental consagrado como pétrea será, inequivocamente, inconstitucional.

Neste quadro, então, é possível caminhar no sentido de defender-se que são as cláusulas de intangibilidade que albergam a recepção, no Brasil, do princípio da preservação do núcleo essencial do direito restringido.

Isto porque se a afetação, ainda que virtual, ainda que indireta, dos direitos fundamentais é vedada ao poder constituinte derivado, por certo referida afetação alcança também a atividade do legislador infraconstitucional.

Se, afinal, o poder de emenda não pode atingir de forma seminal os direitos fundamentais, menos ainda isto poderá ocorrer pela ação do legislador ordinário. Aqui, portanto, pode-se raciocinar com a idéia de que, se não pode o mais – que é poder de emenda –, também não pode o menos – que é a margem de atuação do legislador ordinário. O que está vedado aos instrumentos de modificação jurídica qualificados está também vedado aos ordinários.

Trata-se, logo, de uma leitura que em certa medida busca evitar certa espécie de fraude à Constituição.

Com isso tem-se que, uma vez reconhecida a legitimidade do legislador ordinário no sítio da afetação restritiva dos direitos fundamentais, esta autorização não configura, sob hipótese alguma, um “cheque em branco”. Ao realizar sua atividade, evidentemente legítima no plano constitucional, de restrição e delimitação do campo eficaz dos direitos fundamentais, não estará o legislador autorizado a tudo, eis que, se diretamente ou

<sup>23</sup>. Idem, *ibidem*.

## FUNDAMENTAÇÃO DA PRESERVAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

indiretamente, mesmo que sob o pretexto de realização de ponderação constitucional autorizada explícita ou implicitamente, mesmo que imbuído das melhores intenções, abolir (restrição excessiva) direitos fundamentais, restará configurada a inconstitucionalidade.

Logo, a tutela do núcleo essencial, na Constituição de 1988, encontra fundamentação na proteção das cláusulas pétreas, sendo dela uma decorrência. Este é o sustentáculo de aplicação do referido princípio em nosso sistema.

O que se observa, portanto, é que no quadro da Lei Fundamental da República do Brasil a exigência de preservação do núcleo essencial não possui uma proteção autônoma. Manifesta-se apenas como uma dimensão da tutela das cláusulas de intangibilidade.

Isto não significa, nada obstante, que a referência a esta categoria seja destituída de sentido ou de importância em nossa dogmática, eis que já está contemplada em outra categoria amplamente conhecida e desenvolvida pelo constitucionalismo brasileiro. Existe um sentido para a sua referência e invocação.

Aparentemente pode parecer despiendo o manejo da idéia de preservação do núcleo essencial eis que bastaria ao intérprete, no controle de constitucionalidade, invocar a parametricidade das cláusulas pétreas.

Tome-se em consideração, neste sentido, que muitos autores defendem a absoluta desnecessidade do princípio da preservação do núcleo essencial eis que, ou já estaria englobado pela proteção das cláusulas pétreas ou seria uma dimensão do princípio da proibição do excesso, imposta pelo dever de respeito à proporcionalidade. São as teses da inexistência de autonomia da preservação do núcleo essencial no sistema. Compreende-se, assim, a constatação de Jorge Reis Novais:

“Há, porém, como veremos, um desfasamento notório entre o enorme sucesso que a fórmula encontrou e o reduzido sentido jurídico útil e autônomo – se é que algum existe – que, decorrido meio século sobre a sua primeira consagração positiva, é possível atribuir a esta garantia constitucional do *conteúdo essencial*”<sup>24</sup>.

No mesmo sentido e de forma mais explícita, Dimoulis e Martins argumentam:

“No debate brasileiro, a necessidade de preservar o conteúdo o conteúdo essencial (ou núcleo do direito) é indicada por muitos doutrinadores. Contudo, a ausência de disposição expressa, assim como a particular dificuldade em estabelecer o conteúdo nuclear de um direito leva à conclusão de que inexistente tal requisito limitador das intervenções legislativas. Como se verá, todas as limitações impostas ao direito pelo legislador devem satisfazer o critério da proporcionalidade que tutelar os conteúdos essenciais do direito limitado. Mas a isso não deve ser acrescentado um dever autônomo de preservar um suposto núcleo que aumentaria o risco de avaliações subjetivas da constitucionalidade de leis regulamentadoras”<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 779.

<sup>25</sup> DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 168.



Em que pese existirem razões suficientes para a defesa desta tese de inexistência de um dever autônomo de preservação do núcleo essencial, razões de ordem político-jurídica poderiam, eventualmente, legitimar a defesa de pensamento diverso. Partindo do pressuposto de que a dogmática constitucional é instrumental construído para viabilizar a aplicação e realização da Constituição<sup>26</sup>, e que este instrumental pode desempenhar um papel pedagógico na luta pela efetivação dos direitos fundamentais, crê-se que a explicitação da existência de um dever autônomo de preservação do núcleo essencial do direito restringido guarda sim, um certo sentido.

Isto porque a jurisdição constitucional, no Brasil, nada obstante encontrar-se em amplo desenvolvimento no âmbito dos tribunais superiores, ainda é bastante díspar. A percepção global que o intérprete constitucional tem em relação à dogmática dos direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal é, sem dúvida, ainda muito distante daquela globalmente prevalecente no âmbito da jurisdição constitucional exercida pelos tribunais estaduais e no primeiro grau de jurisdição. Neste sítio o que, empiricamente, se constata, é uma maior dificuldade de manipulação de categorias da dogmática dos direitos fundamentais foram do âmbito dos tribunais superiores. Muitas vezes ainda contaminados por uma leitura positivista mais estreita, os aplicadores ordinários da constituição ainda relutam em reconhecer direitos fundamentais implícitos, ainda resistem à aplicação do princípio da proporcionalidade, ainda impedem o reconhecimento do acesso direto à constituição e sobre-valorizam o papel da lei em detrimento da Constituição.

Num quadro desses, a defesa de existência de um dever de tutela do núcleo essencial do direito restringido, ainda que se manifestando como uma dimensão da tutela das cláusulas pétreas, pode encorajar o aplicador do direito a reconhecer situações de inconstitucionalidades que, não fosse a possibilidade de referência direta, jamais reconheceria. Para além de uma utilidade dogmática, realmente de todo questionável, a defesa de existência do princípio sob estudo possui uma sustentação, portanto, de caráter eminentemente pedagógico. Serviria, no mínimo, para alertar o intérprete de que a barreira das cláusulas pétreas vai além de uma proteção exclusiva contra emendas, atingindo também o controle do legislador ordinário. Funcionaria, logo, como um lembrete de que a atividade de restrição legislativa, ainda quando autorizada constitucionalmente, não é um cheque em branco.

Por certo este sentido invocado para legitimar a defesa da existência do princípio da proteção do núcleo essencial em nosso sistema não é usual. Mas nem por isso deixa de ser importante. Recorde-se, nesta seara, que há não muito tempo o intérprete, no Brasil, relutava em reconhecer a recepção do princípio da proporcionalidade eis que ele não estava albergado explicitamente na Constituição. Foi apenas um cuidadoso trabalho pedagógico, desenvolvido pela doutrina nos últimos anos, que tem conseguido reverter este quadro. Espera-se que o mesmo ocorra em relação ao princípio estudado, trazendo à

<sup>26</sup>. Papel este questionado, como se sabe, por aqueles que defendem a compreensão do fenômeno jurídico pelo viés da filosofia hermenêutica, para a qual o método parece ser absolutamente desnecessário.

## FUNDAMENTAÇÃO DA PRESERVAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

lume, a partir daí, no mínimo uma série de reflexões que estão vinculadas à idéia de preservação do núcleo essencial.

### REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2000.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais – limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquim Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1998.
- LOPEZ PINA, Antonio. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid: Civitas, 1991.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007-09-30
- MORAES, Guilherme Pena de. *Direitos fundamentais – conflitos e colisões*. Niterói: Labor Jurídico, 2000.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Contributo para uma teoria do estado de direito – do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Coimbra, 1987.
- PEREZ-LUÑO, Antonio E.. *Los derechos fundamentales*. 3º ed., Madrid: Tecnos S.A., 1988.
- RODRIGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. *Análisis del contenido esencial de los*

PAULO RICARDO SCHIER

*derechos fundamentales*. Granada: Editorial Comares, 1996.

SANCHIS, Luis Prieto. *Justicia constitucional u derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais – proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitucion*. Trad. Luis López Guerra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.