

Artigo retirado de:

ARANHA, M. I. *Conteúdo essencial das cláusulas pétreas*. In: **Revista Notícia do Direito Brasileiro** 7: 389-402, 2000.

CONTEÚDO ESSENCIAL DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Márcio Iorio Aranha

Sumário

| | |
|--|---|
| 1. Cláusulas pétreas | 1 |
| 1.1. Razão de surgimento das cláusulas pétreas e sua importância | 1 |
| 1.2. Alcance de proteção das cláusulas pétreas | 3 |
| 2. Conteúdo essencial | 4 |
| 2.1. Terminologia | 4 |
| 2.2. Continente, conteúdo, limites internos e externos | 5 |
| 2.3. Função dos núcleos essenciais | 5 |
| 2.4. Definição | 6 |
| BIBLIOGRAFIA | 9 |

1. Cláusulas pétreas

1.1. Razão de surgimento das cláusulas pétreas e sua importância

Com a evolução histórica do conceito de constituição, passando-se por concepções como a sociológica, a política, a formalista, a normativista e a material, identificou-se o aspecto elementar das constituições modernas no traço de seu conteúdo objetivo. Tal conteúdo não se expressa na tendência objetivista que menospreza o aspecto *humano criativo*, relegando o homem a um *plano secundário*, apontando para uma “coletividade próspera e feliz formada por criaturas infelizes e miseráveis”¹, mas, ao contrário, fala-se de um conteúdo objetivo, que deriva da constatação de que uma constituição, embora historicamente surgida da necessidade de estruturação estatal para o fim de limitação e de preservação do *poder político*², passou a refletir, com o tempo, valores básicos a serem protegidos até mesmo contra o querer democrático.

¹RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. Vol.I, 4ªed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 40. Eis um trecho significativo do autor (p. 43): “E juntando-se as três correntes, o objetivismo sociológico, a publicização do Direito e a planificação da vida, resta à criatura humana só e unicamente a sobra de algum descuido do Estado, isto é, algum mísero e recôndito recanto da vida que, por acaso, haja escapado das garras deste monstro moderno”.

²O poder político, antes qualificado por Jean Bodin (1529-1596) como um poder *absoluto, divino, perpétuo, incontrastável, ilimitado, irresponsável, pessoal, imprescritível e indivisível* (BODIN, Jean. *Los seis libros de la*

Vislumbraram-se as *dimensões objetivas* de valores constitucionais como um passo importante tomado em conjunto com a compreensão do *relativismo* dos direitos fundamentais³. A essa dimensão objetiva, não se pode atribuir o *perigo da destruição da personalidade*⁴, pois tal objetivismo veio exatamente consolidar no ordenamento jurídico valores básicos do ser humano.

A matéria constitucional não se resume ao comumente denominado conjunto de normas estruturais estatais, que organizam os elementos constitutivos do Estado. O regime constitucional revela-se no enunciado dos fins do Estado, de sua organização e estrutura, dos direitos fundamentais, dos limites do poder e do princípio democrático.

O que distingue a constituição dos demais instrumentos normativos do ordenamento jurídico é a inserção dos valores constitucionais na idéia de constituição. Tais valores constitucionais apresentam-se como o conteúdo objetivo da constituição, notadamente imortalizados por intermédio dos limites materiais ao poder constituinte derivado, mais conhecidos por cláusulas pétreas. Vislumbra-se a constituição a partir da constatação da presença de um conteúdo predeterminado propriamente constitucional. Um conteúdo paradoxalmente advindo de uma decisão política fundamental fortalecida pelos conceitos de poder constituinte e constituído⁵, e que limita, a partir de então, a própria decisão democrática⁶.

A democracia absorveu humanismo e expressou a superação do conceito de *democracia procedimental*⁷: uma democracia sem limites de decisão política, que justificava a mais cruel violência pelo procedimento. O ensinamento de inadequação desta concepção ultrapassada de democracia irresponsável ficou gravado eternamente nos murais da história pelas maiores atrocidades cometidas na primeira metade do século XX e edificou sólidas plataformas de sustentação dos atuais valores, que estão protegidos acima das decisões democráticas e designados das mais diversas formas⁸.

Poder e valor encontram-se em posições antípodas na história. A *democracia substancial* veio tentar equacionar estes dados historicamente excludentes: procurou introduzir valores imortais em uma estrutura mortal de poder. Para tanto, lançou mão das

republica. trad. Pedro Bravo, Madrid: Aguilar, 1973, pp. 46-73), agora é qualificado como “o poder enquanto força social ordenada unitariamente como expressão do querer coletivo de um povo” (REALE, Miguel. *Da responsabilidade do poder*. In: **Revista de direito público**, 7:7, jan/mar 1969).

³Vide, a respeito do conteúdo objetivo dos direitos fundamentais e da importância do movimento de seu relativismo contemporâneo ao Estado Social: ARANHA, Márcio Iorio. *As dimensões objetivas dos direitos e sua posição de relevo na interpretação constitucional como conquista contemporânea da democracia substancial*. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 35(138): 217-230, abril/junho 1998.

⁴Vicente Ráo, ao falar da *força social do Direito*, salienta o perigo da destruição da personalidade frente a uma macrovisão política, econômica, social e jurídica: “por uma suposta felicidade coletiva, política, social, ou econômica, não se deve pagar o preço do aviltamento do homem, da supressão total, ou *totalitária*, de sua liberdade espiritual, intelectual, cívica, econômica, o preço, isto é, da destruição da personalidade” (RÁO, Vicente. *op.cit.*, p. 50).

⁵Cf. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. 3ªed., trad. Norma Azeredo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 91-103.

⁶As cláusulas pétreas permitem a aferição da constitucionalidade de normas constitucionais no sistema alemão: MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 121, nota 236. No sistema brasileiro, as cláusulas pétreas permitem o questionamento somente de normas não-originariamente constitucionais: STF – ADIn 939 – j.15/12/1993 – Relator Min.Sydney Sanches e ADIn 815 – j.28/03/1996 – Relator Min. Moreira Alves.

⁷Para uma abordagem aprofundada do tema da *democracia procedimental* e da *democracia substancial*, conferir: ARAGÓN, Manuel. *Estudio preliminar*. In: SCHMITT, Carl. **Sobre el parlamentarismo**. 2ªed., Madri: TECNOS, 1996, p. IX-XXIV.

⁸Os termos utilizados pela doutrina para designar os valores imutáveis da constituição são, dentre outros: *normas superéficas ou de eficácia absoluta; cláusulas de eternidade; cláusulas existenciais; limites objetivos do poder de reforma da constituição; limites materiais ao poder constituinte derivado*. No Brasil, há predileção pelo termo *cláusulas pétreas*.

cláusulas pétreas, que a partir de então, desempenham papel fundamental para introdução de valores imutáveis em um sistema de organização do poder.

1.2. Alcance de proteção das cláusulas pétreas

Quando se debruça sobre a extensão da proteção emanada das chamadas cláusulas pétreas, a sua evidência conceitual esfumaça-se na imprecisão de seu alcance em concreto. Em outras palavras, o alcance das cláusulas pétreas é problemático não só em virtude da diferença de natureza e imprecisão dos itens enumerados no art.60, §4º da Constituição Federal brasileira de 1988⁹, como também em razão da própria constatação de necessária adaptabilidade do texto constitucional à realidade existencial do poder.

Quanto ao primeiro questionamento, apenas a título exemplificativo, porquanto não se afigura objeto central deste estudo, há a referência à proteção dos *direitos e garantias individuais*. É uma referência que gera problemas imediatos de imprecisão quanto ao seu alcance. Afora a discussão mais ampla da necessidade de extensão da abrangência do conceito para todos os direitos fundamentais, há imprecisão na própria referência constitucional aos ditos *direitos e deveres individuais e coletivos* do Capítulo I, Título II da Constituição Federal de 1988. Há, portanto, o problema de não equivalência do enunciado da cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais com o capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos. Perquire-se o significado dos *deveres* referidos no art.5º da Constituição Federal de 1988, que poderia levar a crer que somente os direitos são petrificados, e não os deveres. Afasta-se tal constatação pela própria concepção de direito introduzida a partir do objetivismo dos direitos fundamentais. Na noção de direito, mesmo individual, a partir do momento que foi objetivado, tornou-se relativo aos deveres que acompanham seu enunciado: art.5º, XI (a casa como asilo inviolável, *desde que a pessoa se enquadre nas prescrições sociais*, pois, do contrário, em flagrante delito ou por ordem judicial, a inviolabilidade cessa); art.5º, XVI (todos podem reunir-se pacificamente, mas desde que *sem armas*, exigido *prévio aviso à autoridade competente*); art.5º, XXII e XXIII (a propriedade é garantida, *mas ela atenderá a sua função social*). Quanto aos demais direitos, que não têm limitações expressas, são limitados pelo dever de respeitar o direito do semelhante. Finalmente, sob outro ponto de vista, seriam deveres os comandos ao Poder Público: propiciar ampla defesa aos acusados, manter o juiz natural, comunicar a prisão de qualquer pessoa ao juiz competente e à família do preso (LXII); informar os direitos do preso (LXIII); relaxar imediatamente a prisão ilegal (LXV) etc. Sua supressão corresponderia a supressão de garantias dos acusados. Enfim, a exclusão dos “deveres” das cláusulas pétreas implicaria ferir o próprio conceito de direito fundamental. Esse é apenas um exemplo da imprecisão conceitual gerada na singela referência normativa às cláusulas pétreas.

Por outro lado, que interessa ao presente estudo, a sintonia do texto constitucional com a realidade existencial do poder é salientada por Loewenstein¹⁰ e traduzida por Konrad

⁹Constituição Federal brasileira de 1988: “Art.60.(...) §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

¹⁰Cf.LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. trad.Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Editorial ARIEL, p. 205-222. Onde Loewenstein propõe nova classificação das constituições que reflita a essência das constituições e sua sintonia com a prática institucional. As classificações de Loewenstein são as seguintes: constituições originárias *versus* derivadas (as primeiras contêm um princípio funcional novo no sistema, e, portanto, original para o processo do poder político); constituições ideológico-programáticas *versus* utilitárias (as primeiras carregadas de um ideologia predominante, e as últimas puramente utilitárias – ideologicamente neutras –, vendo-se despidas de valores políticos, limitando-se à forma de um estatuto ou regulamento de funcionamento e gestão estatal); constituições normativas, nominais e semânticas (tal classificação é ontológica, e propõe adentrar a realidade do processo do poder: a constituição normativa detém sintonia com a realidade do processo

Hesse¹¹ no conceito de *força normativa e vontade de constituição*. A capacidade de uma constituição regradar condutas – normatizar a sociedade – está ligada à *vontade de constituição*, chamada por Lucas Verdú de *sentimento constitucional*, que consiste no consenso geral de que a constituição deva ser seguida e respeitada. Há, no entanto, uma margem tolerável de distanciamento entre constituição e realidade, que não pode ser ultrapassada sob pena de se denegrir a normatividade da constituição; de se denegrir sua capacidade de normar condutas. Para isso, o conceito de conteúdo essencial vem temperar um eventual excesso na aplicação concreta das cláusulas pétreas, permitindo a atualização do conteúdo constitucional.

2. Conteúdo essencial

Para solucionar o problema do alcance das cláusulas pétreas, foi elaborada a teoria de que tais cláusulas não poderiam *petrificar* a máxima extensão do enunciado normativo, já que isso traria dissonância entre constituição e realidade, denegrindo necessariamente a normatividade dos enunciados constitucionais. A noção de conteúdo essencial vem naturalmente da seguinte consideração: como falar de enunciados normativos eternamente imutáveis, ou seja, como falar de cláusulas pétreas em um texto constitucional que pretende manter sintonia com a realidade existencial do poder? O texto constitucional deve manter relação com a dinâmica social para preservação de sua normatividade. O conteúdo objetivo da constituição não se refere a valores absolutos, pois eles são limitados pelo *contexto constitucional*.

A proteção absoluta às cláusulas pétreas não se dirige à máxima extensão possível do enunciado normativo¹², mas ao seu *conteúdo essencial*, pois suas zonas de choque com outros direitos e fins estatais deve deter certa plasticidade para adaptar-se às demandas sociais de transformação. Cláusulas pétreas não significam, simplesmente, petrificação de enunciados normativos, mas densificação de conceitos tidos por básicos em uma sociedade. Por isso, haverá sempre uma *zona cinzenta*, um certo grau de imprecisão conceitual, no qual o conceito da cláusula pétrea será precisado e conformado ao momento histórico presente por meio de suas inúmeras concretizações. Essa idéia de construção de conteúdo, entretanto, não se confunde com o *direito de precedentes*, alvo das críticas de Benjamin Cardozo¹³, pois a concretização de que se fala é configurada pela dogmática em forma principiológica, e nunca sumular¹⁴.

2.1. Terminologia

do poder; a nominal carece de realidade existencial; e a semântica é a deformação da constituição para servir aos fins dos detentores do poder).

¹¹Cf. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991, p. 19. (Original: *Die normative Kraft der Verfassung*).

¹²A petrificação da máxima extensão possível de um enunciado normativo não existe por uma razão muito simples: ela está em choque constante com outros enunciados constitucionais.

¹³“O Direito de nossos dias depara-se com dupla necessidade: primeira, a de uma nova compilação (*restatement*) que nos traga certeza e ordem, livrando-nos da confusão dos precedentes judiciais (...) Nosso direito é acusado de incerteza e nesta denúncia estão arrolados os nomes de importantes testemunhas. Se procurarmos, muitas causas encontraremos de semelhante situação (...) De todas essas causas, a mais importante, a meu ver, é a relativa à multiplicidade das decisões. A fecundidade de nosso direito consuetudinário atemorizaria Malthus” (CARDOZO, Benjamin *apud* RÁO, Vicente. op.cit., p. 176).

¹⁴Pois o que “caracteriza o nosso direito é a forma escrita e o estudo principiológico” (RÁO, Vicente. op.cit., p. 177).

O conteúdo essencial das cláusulas pétreas sofre variada denominação, apresentando-se no Brasil com os nomes de *núcleo essencial*, *conteúdo essencial*, *núcleo imutável*, *substância*, *essência*, *cerne*, ou *âmbito de proteção*. Portugal orienta o estudo com maior precisão para o termo *mínimo inatacável*. Na Espanha, o conteúdo essencial é chamado de *germen de un ente vivo*, *entraña*, *médula*, *meollo*, *enjundia*¹⁵, *fondo*, *sustrato*¹⁶ e até mesmo pelo neologismo *contencial*¹⁷. Na Alemanha, fala-se em *Wesensgehalt*, *Kerngehalt*, *Wesenskern*, *Inhalt* ou *die Natur der Sache*, cujas traduções literais são, respectivamente, *conteúdo essencial*, *conteúdo nuclear*, *núcleo essencial*, *essência* ou *a natureza mesma da coisa*.

2.2. Continente, conteúdo, limites internos e externos

Há certos conceitos que auxiliam na compreensão dos conteúdos essenciais.

Em primeiro lugar, a distinção entre continente e conteúdo. O continente de uma cláusula pétrea é a sua disposição jurídica; é a expressão lingüística inserida na constituição, ou seja, expressa-se por intermédio das palavras da constituição. Já conteúdo é a essência a que o continente remete. Essa distinção entre conteúdo e continente existe para justificar a consideração de um núcleo essencial diverso da máxima extensão possível do enunciado normativo.

Para um melhor entendimento dos conteúdos essenciais das cláusulas pétreas, promove-se também a distinção entre limites internos ao núcleo essencial e seus limites externos¹⁸. Os primeiros revelam a conformação objetiva dos conteúdos essenciais decorrente do seu enquadramento no ordenamento jurídico, vale dizer, como os núcleos essenciais se apresentam no contexto constitucional. Por outro lado, os limites externos do conteúdo essencial significam as fronteiras impostas ao seu exercício no contexto social, cujo exemplo clássico está no limite do financeiramente possível. Desta divisão conceitual entre limites internos e externos advém a constatação de que os limites internos afetam a extensão dogmática do conteúdo essencial, pois fazem parte dela. Os limites externos, por sua vez, não são conformadores dos núcleos essenciais das cláusulas pétreas, afetando, tão-somente, seu exercício, mas não sua própria extensão normativa. O conteúdo essencial, portanto, refere-se aos *limites internos*, pois há de existir um parâmetro definidor da extensão do conteúdo essencial de uma cláusula pétrea para limitar sua expansão quando da paulatina eliminação dos limites externos.

2.3. Função dos núcleos essenciais

Na interpretação constitucional, o núcleo essencial desempenha papel de máxima relevância como *fronteira final da interpretação*. Ele se apresenta como a fronteira final na conformação objetiva positivo-jurisprudencial dos bens jurídicos em conflito. O conteúdo

¹⁵Enjundia: designa “o mais substancioso e importante dalguma coisa não material; força, vigor, energia” in ALMOYNA, Julio Martínez. **Dicionário de Espanhol-Português**. 3ªed., Lisboa: Porto Editora, s/a.

¹⁶Nomenclatura utilizada pelo Tribunal Constitucional espanhol.

¹⁷Cf. RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art.53.1 de la constitución española*. Granada: Editorial Comares, 1996, p. 97-98. A autora salienta a exigência metodológica e didática do neologismo *contencial*, em razão deste ser uma *endiádis*, ou seja, uma figura por intermédio da qual um conceito é expresso com dois nomes coordenados e que revela certo grau de funcionalidade e praticabilidade.

¹⁸Na doutrina alemã, fala-se em *Grenzen* (fronteiras) para os limites internos e *Schranken* (limites) para os limites externos. Já, na doutrina espanhola, fala-se em *limites* para limites internos e *restricciones* para limites externos. Cf. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 49.

essencial de uma cláusula pétrea impede que a evolução de significado dos enunciados normativos constitucionais percam sua identidade por meio de suas inúmeras concretizações atribuidoras de sentido ao texto constitucional. A evolução de significado implica modificação, mas a possibilidade de modificação não traduz arbítrio. Ao menos, a curto prazo, o instrumento dogmático do conteúdo essencial das cláusulas pétreas serve de obstáculo ao avanço jurisprudencial. Consubstancia, em outras palavras, um conteúdo normativo mais denso que os possíveis significados extraídos do texto constitucional. A longo prazo, no entanto, há um complicador, pois se o núcleo essencial de uma cláusula pétrea é alcançado, em grande medida, pelas diversas interpretações de casos concretos, o entendimento dos núcleos essenciais como fronteiras finais à interpretação constitucional transparecerá um círculo vicioso, em que a interpretação constitucional define o núcleo essencial das cláusulas pétreas e estas servem de limite final à própria interpretação constitucional. Como foi dito, a curto prazo, o conteúdo essencial revela-se útil por densificar conceitos e limitar a interpretação, mas a longo prazo a própria evolução de sentido do conteúdo essencial poderia inverter os termos da equação de proteção de um enunciado normativo. A evolução jurisprudencial poderia chegar ao ponto de eliminar direitos. Por isso, a doutrina espanhola e alemã apresentam o valor da dignidade humana como guia básico na determinação do conteúdo essencial. Não se pode simplesmente importar esta solução para o sistema brasileiro, pois os textos constitucionais, nesse particular, são distintos. O alemão e o espanhol nitidamente privilegiam a dignidade humana frente aos outros valores constitucionais. Não se pode negar, entretanto, que a dignidade humana foi enunciada como princípio fundamental do sistema constitucional brasileiro no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal brasileira de 1988. Embora sofra o estigma do caráter programático, é um valor nitidamente destacado na sistemática constitucional brasileira¹⁹. Independentemente da adoção, ou rejeição, da dignidade humana como valor mais fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, o certo é que para delimitação da evolução jurisprudencial de sentido dos enunciados das cláusulas pétreas, haverá sempre a necessidade de remissão a valores transcendentais do ser humano. Não há como imprimir marcos seguros ao conteúdo essencial sem referência a valores transcendentais. Somente eles podem evitar que um direito à vida, através de interpretação constitucional continuamente deformadora de seu conteúdo, venha a se tornar um dever de morte. Para que a evolução de conteúdo não cause a perda da própria normatividade; para que o direito não sofra *desustancialización*, deve-se remeter a evolução de conteúdos jurídicos sempre a valores essenciais à condição humana.

2.4. Definição

Costuma-se definir os conteúdos essenciais a partir da visão continental europeia de núcleos de proteção dos direitos fundamentais²⁰. Esta visão é extraída dos dispositivos

¹⁹Salienta Inocêncio Mártires Coelho não existir “uma hierarquia fixa, abstrata e apriorística, entre os diversos valores constitucionais, ressalvado, é claro, o valor da *dignidade da pessoa humana*, porque a pessoa é o *valor-fonte* de todos os valores ou o valor *fundante* da experiência ética” (COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997, p. 84).

²⁰De fato, o interesse no estudo do conteúdo essencial está fortemente voltado para os direitos fundamentais, como pode ser visualizado no esforço conjunto de diversos autores da Alemanha, França, Itália e Espanha, reunidos no seguinte livro: PINA, Antonio Lopez. **La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia**. Madrid: Civitas, 1991. No mesmo sentido: CARA, Juan Carlos Gavara de. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, especialmente, a terceira parte do livro.

constitucionais da Alemanha, Espanha e Portugal, respectivamente art.19.2²¹ da Lei Fundamental de Bonn, art.53.1²² da Constituição espanhola de 1978 e art.18.3²³ da Constituição portuguesa de 1976. A vinculação do direito positivo, que os une em reservar o conceito de conteúdo essencial para os direitos fundamentais, não vincula o estudo do tema no Brasil, cuja constituição consagrou basicamente quatro classes de cláusulas pétreas dispostas na forma federativa de Estado, na separação de poderes, na proteção democrática do voto direto, secreto, universal e periódico, e, finalmente, na proteção dos direitos e garantias individuais. A contribuição do conceito de conteúdos essenciais não é maculada e diminuída no texto constitucional brasileiro, que indica sua aplicação a todas as cláusulas pétreas, já que, se algo está sendo afastado do poder constituído, deve-se saber exatamente a extensão deste algo²⁴. O conceito de conteúdo essencial vem responder a esta questão. Ele é definido como o valor intrínseco de cada uma das cláusulas pétreas reconhecidas na Constituição Federal brasileira de 1988, no seu art.60, §4º, resultado da conjugação, no que couber, entre o *valor da dignidade humana*²⁵, os *elementos conceituais*²⁶ e o *núcleo radical*²⁷, este último próprio da atribuição de significado oriunda das inúmeras manifestações concretas das cláusulas pétreas.

Dignidade humana, elementos conceituais e núcleo radical formam um *índice* seguro para determinação do âmbito de proteção das cláusulas pétreas. O conceito de conteúdo essencial das cláusulas pétreas transforma a reserva legal dos enunciados pétreos constitucionais em uma reserva legal *qualificada* pela proibição genérica de ofensa ao teor das cláusulas pétreas no momento histórico correspondente. A historicidade apresentada seria a de Husserl(1859-1938), em que coexiste a *transcendência da coisa*, passível de inúmeras compreensões possíveis, e a *imanência da idéia*, já definida pela aproximação concreta a um estado de consciência, que, aplicado ao direito, seria a presença mensurável do enunciado normativo concretizado e reiterado no que Husserl chama de *percepção multilateral em sínteses contínuas*²⁸. É a dogmática que, revelando o que há de essencial na imanência do enunciado normativo, identifica pautas de interpretação constitucional referidas a valores básicos do sistema. Há, no entanto, um déficit na fenomenologia²⁹ de Husserl para a evolução

²¹“Art.19.2 *In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*”. Tradução livre: o conteúdo essencial de um direito fundamental não pode ser violado em nenhuma hipótese.

²²“Art.53.1 *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)*”.

²³“Art.18.3 As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

²⁴É cediço que a proteção dos conteúdos essenciais independe da previsão expressa desta proteção. O conceito de conteúdos essenciais é extraído da própria natureza das cláusulas pétreas e da garantia da eficácia imediata dos direitos fundamentais. Logo, o significado dos núcleos essenciais está ligado à exclusão do caráter programático: se as normas vinculam o poder, deve-se saber em que medida. Daí, a exigência do conteúdo essencial. O estudo básico sobre o caráter *retórico* da expressa proteção do conteúdo essencial na Lei Fundamental de Bonn, aceito pela doutrina em geral, é de Peter Häberle: HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2 Grundgesetz*. Karlsruhe: C.F.Müller, 1962 (Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen XXI).

²⁵A dignidade humana aqui compreendida como uma *realidade estimativa* da Constituição de 1988.

²⁶Elemento conceitual é o componente essencial ao próprio conceito de uma cláusula pétrea sem o qual esta seria desnaturada como tal em determinado contexto histórico. Exemplo disto seria a autonomia política como elemento conceitual da federação.

²⁷Cf.RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. op.cit., p. 242.

²⁸Cf.HUSSERL, Edmund. *Investigações lógicas*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 99.

²⁹Para Husserl, o “fenômeno é a consciência [algo distinto da coisa, da natureza, do físico, do fato exterior, governado por relações causais e mecânicas], enquanto fluxo temporal de vivências e cuja peculiaridade é a imanência e a capacidade de outorgar significado às coisas exteriores” (CHAUÍ, Marilena de Souza. *Vida e obra*

do conteúdo essencial das cláusulas pétreas a longo prazo. O núcleo de significado, na fenomenologia, é alcançado naquilo que subsiste ao se descobrir as formas histórico-jurídicas concretas, mediante a interação da *percepção* com a *ideação*, formando *campos de objetividades*³⁰, que não podem ser extrapolados. Mas isso não é suficiente para realmente limitar o conteúdo através de um lapso de tempo que permita modificação significativa desta relação entre percepção e ideação, pois a argumentação dogmática estritamente técnico-jurídica menospreza o *dado* (dados materiais externos ao próprio objeto analisado) em prol unicamente do *construído* (da ideação gerada pela intencionalidade do intérprete). O aspecto sócio-político seria então encontrado nos fins do Estado: na paz social, na dignidade humana, no livre desenvolvimento da personalidade, enfim, nas *realidades estimativas* da constituição. O conteúdo essencial das cláusulas pétreas é um *construindo histórico*, mas tal historicidade não percorre caminhos livres. A solução apontada é a do *historicismo aberto* de Reale³¹, mitigador da idéia historicista fechada de redução de tudo às determinantes históricas, valorizando um fator decisivo, que Reale chama de *ineditismo da liberdade*. Segundo ele, há uma dialética de polaridade ou complementaridade, que governa a evolução histórica: de um lado o *espírito objetivante*; de outro, o *ineditismo da liberdade*, como componente de inovação criativa do homem à sua própria evolução. Por isso, o conteúdo essencial das cláusulas pétreas é um *campo de objetividades*³², que pode ser designado pelo que Gadamer chamou de *preconceitos legítimos*³³, mas passível de evolução norteadas por estimativas constitucionais.

A interpretação constitucional constrói conteúdo, mas dentro de certas pautas, e o conteúdo essencial das cláusulas pétreas permite visualizá-las com maior nitidez, exigindo uma evolução de significado restrita a margens de segurança normativa. O primeiro passo para o estudo do conteúdo essencial, no entanto, advém da compreensão de que ele conforma e é conformado pela evolução do próprio ordenamento jurídico.

de Edmund Husserl. p. 6. In: HUSSERL, Edmund. **Investigações lógicas**. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 5-12).

³⁰Cf. CHAUI, Marilena de Souza. op.cit., p.9. Há, ainda, um trecho esclarecedor da autora: “Basicamente, entre a percepção e a ideação encontra-se a diferença entre a *transcendência* da coisa, que a torna inesgotável, e a *imanência* da idéia, que a torna completamente definida pela e para a consciência. Essa diferença abre o campo para a uma atividade fundamental da consciência, amplamente empregada pela fenomenologia: a *imaginação transcendental*, que procura, através da variação eidética [relativa à essência das coisas], captar na multiplicidade infinita dos esboços e perspectivas a *unidade de sentido* que permite alcançar a *idéia* de uma coisa que, em si mesma, é inesgotável, mas que pode ser “aprimorada” pelo seu conceito uno e total. A possibilidade de variação eidética (busca do núcleo essencial) pela imaginação transcendental decorre da natureza peculiar da consciência (...) A *idéia* ou *conceito* é a superação da infinidade das perspectivas transcendentais da coisa, pela unidade imanente do significado” (CHAUI, Marilena de Souza. op.cit., p. 11).

³¹Cf. REALE, Miguel. *Prefácio*. In: CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1964. Vide, ainda, sobre a complementaridade ou polaridade que orienta a evolução histórica: REALE, Miguel. **Pluralismo e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1963, especialmente p. 220 e seguintes.

³²“O que satisfaz a nossa consciência histórica é sempre uma pluralidade de vozes nas quais ressoa o passado” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 1997, p. 426).

³³GADAMER, Hans-Georg. op.cit., p. 416.

BIBLIOGRAFIA

1. ARAGÓN, Manuel. *Estudio preliminar*. In: SCHMITT, Carl. *Sobre el parlamentarismo*. 2ªed., Madri: TECNOS, 1996, p. IX-XXIV.
2. BODIN, Jean. *Los seis libros de la republica*. trad. Pedro Bravo, Madrid: Aguilar, 1973, pp. 46-73 (Original: *Les six livres de la république*. 1576).
3. CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
4. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.
5. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.
6. HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2 Grundgesetz*. Karlsruhe: C.F.Müller, 1962 (Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen XXI).
7. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. trad.Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991. (Original: *Die normative Kraft der Verfassung*).
8. HUSSERL, Edmund. *Investigações lógicas: sexta investigação*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
9. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. trad.Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Editorial ARIEL, 1970.
10. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
11. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.
12. PINA, Antonio Lopez (org.). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid: Civitas, 1991.
13. RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. Vol.I, 4ªed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
14. REALE, Miguel. *Da responsabilidade do poder*. In: *Revista de direito público*, 7:7, jan/mar 1969.
15. _____. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963.
16. RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art.53.1 de la constitución española*. Granada: Editorial Comares, 1996.