

RESENHA

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994. 92 p.

Otto Bachof foi juiz dos Tribunais Administrativos e do Tribunal Constitucional do Baden- Wirttemberg na Alemanha e professor de Direito Público da Universidade de Tübingen. No domínio do Direito Constitucional o Autor ainda tem em destaque as obras: "Conceito e natureza do Estado-Social-de-direito" e "Lei fundamental e poder do juiz".

Para o autor a permanência de uma constituição depende da adequação à sua missão integradora perante a comunidade que ela mesma constituiu. A jurisprudência pode cumprir um importante papel para manter a eficácia integradora da Constituição, mas não poderá salvar uma constituição que falhe nesta missão.

O autor trata de forma profunda a questão da validade das normas constitucionais nas suas diversas faces e implicações e de pontos nevrálgicos da dogmática jurídico-constitucional, como o conceito de constituição e o controle contencioso da constitucionalidade, no plano processual.

A obra está dividida em seis capítulos. No primeiro capítulo o Autor restringe o objeto de estudo à verificação da possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais (inválidas), bem como do correspondente direito judicial de controle de constitucionalidade. Fixa como objeto de estudo: i) o caso de contradição entre as normas de uma unidade política (de um estado federados ou federação) e a respectiva constituição; ii) a questão da constitucionalidade de normas constitucionais que são contrárias ao direito natural; e iii) das normas que são contrárias a direito *supralegal* positivado pelas próprias constituições.

Em seguida são verificadas as posições adotadas pela jurisprudência e pela doutrina a respeito do tema. Verifica o autor que no tocante a jurisprudência a maioria das tomadas de posição sobre a inconstitucionalidade de normas constitucionais até aquele momento (1951) parte da idéia de que a Constituição corresponde à constituição escrita, à lei constitucional formal. Se o fundamento da inconstitucionalidade estiver pautada em outros fundamentos, como a

contradição com preceitos das novas constituições alemãs, a ótica de análise se detém à questão da competência.

A doutrina também está dividida. Destaca a orientação que fundamenta a constitucionalidade no direito constitucional material e que busca estender a competência judicial de controle da constitucionalidade das normas constitucionais à mera compatibilidade com o direito constitucional formal também à compatibilidade com o direito constitucional material e, ainda, em parte, com o direito *supralegal*. Entende o autor que as posições encontradas sobre o tema se dá: i) pela diversidade de sentido que é dado ao conceito de constituição e o conseqüente conceito de inconstitucionalidade; ii) pelas diferentes concepções sobre a existência de um direito *supralegal* e as conseqüentes concepções sobre a vinculação ou liberdade do legislador constituinte; e, iii) por uma precária distinção entre a questão jurídico-material da validade de uma norma jurídica e a questão processual do respectivo direito judicial de controle.

No terceiro capítulo apresenta o conceito de constituição. Assevera que constituição em sentido formal trata-se de uma lei formal qualificada essencialmente por meio de características formais, em especial quanto ao processo de formação e da designação, com maior dificuldade de alteração. Entende que deve compor o conceito de Constituição em sentido material o direito supra legal (não só o reconhecido pela constituição). Assim, constituição vigente em sentido material corresponde somente os “elementos componentes da tentativa jurídico-positiva de realização do ordenamento integrador que não ultrapassem os limites preexistentes” oferecidos pelo direito supra legal.

Após, trata das diferentes hipóteses de normas constitucionais inconstitucionais. O que ocorre por violação à constituição escrita e ao direito Constitucional não escrito. São exemplos do primeiro caso, normas ilegais, normas de alteração da constituição que não observam as disposições processuais prescritas para o ato ou que alteram a constituição nos casos em que há previsão de *imodificabilidade*, normas que se encontrem em contradição com normas constitucionais de grau superior, normas que sofreram alteração de natureza jurídica (norma transitória que se transformou em norma permanente – cessação da vigência sem disposição expressa), normas infratoras de direito *supralegal* positivado na Constituição etc. No tocante às normas constitucionais inconstitucionais por violação de direito constitucional não escrito, há o caso de violação a princípios constitucionais não escritos e há hipótese de infração de direito *supralegal* não positivado etc.

No quinto capítulo conclui pela competência dos tribunais constitucionais para o controle da constitucionalidade (validade) de

normas constitucionais. Controle que deve ser feito à luz de todo direito incorporado na Constituição ou por ela pressuposto.

Por último o autor trata do monopólio decisório dos tribunais constitucionais para declarar a cessação da vigência de normas constitucionais e da inexistência de monopólio decisório dos mesmos para declarar a compatibilidade de normas do direito alemão com o direito da ocupação.

Todo o trabalho é realizado tendo como fundamento constituições da Alemanha. Constituição da Federação e constituições dos estados federais. Entretanto, as reflexões e as conclusões a que chegou no plano material têm alcance muito além das fronteiras do ordenamento jurídico-constitucional para os quais foram formuladas.

O autor demonstra preocupação com o limite de atuação do Estado em todas as suas formas, inclusive no que tange à atuação do poder constituinte, da relação entre legitimidade e legalidade, das possibilidades e limites de controle judicial da legitimidade, entendendo que devem estar presentes “em toda e qualquer ordem soberana que se diz vinculada ao direito e à justiça por se tratar de questões essenciais do sentido, da validade e da força obrigatória do direito”.

A obra está pautada em apurado rigor metodológico e fundada em vasta bibliografia, demonstrando verticalidade de pesquisa e clareza de idéias que enriqueceu sobremaneira a discussão sobre a questão da possibilidade de controle de constitucionalidade das normas constitucionais. É considerada, ainda, uma monografia fundamental sobre o assunto na literatura jurídica alemã.

Lecir Maria Scalassara

*Mestranda pela Universidade Estadual de Maringá.
Professora de Tutela Internacional do Ambiente no
Curso de Especialização em Direito Ambiental da
Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR
Professora de Prática Processual Civil da
Universidade Estadual de Maringá
Advogada no Paraná*

MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

Publicada recentemente por Sergio Antônio Fabris Editor, sob o título *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso da resistência*, a obra de Luiz Gracia Martin, catedrático em Direito Penal na Universidad de Zaragoza – Espanha, prefaciada por Bernd Schünemann, catedrático em Direito Penal na Universidade de Munique – Alemanha e traduzida pela Doutora Érika Mendes de Carvalho, traz uma abordagem clara e objetiva sobre a questão da modernização do Direito Penal.

A título introdutório aduz o autor que o discurso de resistência à modernização do Direito penal deve ser combatido com toda veemência, tendo em vista ser insustentável e inaceitável do ponto de vista histórico-material, das exigências éticas e políticas de nosso tempo, e ainda, diante a impossibilidade de se formular uma réplica séria e convincente aos argumentos que se opõem a ele e o rechaçam.

Na primeira parte da obra, o autor examina a idéia de Direito Penal moderno em sentido formal e sua abrangência. Em princípio, analisa o adjetivo “moderno” e, citando Ignácio Sotelo, conclui que tal adjetivo pressupõe que a ordem atual reflete uma conotação absolutamente distinta daquela sustentada em um momento anterior, estabelecendo, portanto uma ruptura com a continuidade histórica.

A seguir, passa a examinar as expressões utilizadas por Winfried Hassemer, signatário da Escola de Frankfurt e um dos principais expoentes do discurso de resistência, na distinção entre o modelo penal da atualidade e o modelo penal da Ilustração. Esclarece que para Hassemer o Direito Penal da Ilustração - outrora denominado “Direito penal moderno” por ter rompido com o Direito Penal do *Anciène Règime* da Monarquia Absoluta em todos os seus aspectos substanciais -, teria se convertido no que se denomina “Direito Penal clássico”, e que o presente Direito Penal herdaria o título de “Direito Penal moderno” enquanto instituição distinta daquela. No entanto, para o autor as expressões mais apropriadas seriam, respectivamente, “Direito Penal Liberal” e “Direito Penal do Estado Social” e, com vistas a embasar essa afirmação, faz uma

abordagem precisa sobre o conteúdo do Direito Penal e as relações deste com o ideário político vigente.

O termo "Direito Penal Liberal", como fruto do discurso próprio do Estado Liberal, seria a manifestação jurídica da definição da criminalidade definida pela doutrina política então vigente – Liberalismo. Ao delimitar o que poderia ser castigado e ao definir os limites do direito estatal de punir, selecionaria tanto as condutas passíveis de inclusão na definição jurídica (formal) da criminalidade, como também e, sobretudo, qual criminalidade (material) resultaria excluída da definição jurídica. Utilizando-se do mesmo raciocínio, aduz acerca da conveniência da expressão "Direito Penal do Estado Social", tendo em vista que o modelo penal atual encontra-se intimamente atrelado ao Estado Social de Direito.

Na apreciação do âmbito formal, esclarece que, além daqueles conteúdos aceitos pelo Direito Penal Liberal, insere-se nesse contexto: a) o direito penal de risco; b) os novos contextos e formas da criminalidade tradicional; c) a criminalidade empresarial; d) o direito penal da globalização; e) o direito penal da comunidade européia; f) direito penal do inimigo.

Na segunda parte da obra, o autor trata do direito penal moderno em sentido material, iniciando essa parte da exposição com a análise das críticas tecidas a este modelo penal.

Uma das principais críticas funda-se na questão do bem jurídico. Para os críticos os objetos de proteção penal de caráter universal seriam conceitualmente inabarcáveis e seu reconhecimento resultaria na desmaterialização do conceito de bem jurídico. Além disso, afirmam que o bem jurídico, ao invés de servir como critério impeditivo de criminalização de certos comportamentos, desempenharia uma função oposta, com sentido criminalizador, o que liquidaria não só com as garantias penais tradicionais, mas também com o próprio Estado Democrático de Direito.

Outra crítica refere-se à utilização dos delitos de perigo abstrato como meio para se fazer frente aos problemas da sociedade de risco, prática esta que agrediria os princípios da legalidade, da lesividade, da proteção subsidiária de bens jurídicos, da culpabilidade e da proporcionalidade. Defendem que os riscos da sociedade atual possuem um caráter sistêmico e, por isso, as conseqüências advindas desses novos processos deveriam ser reconduzidas ao caso fortuito, explicadas como fenômenos sistêmicos previsíveis, ou "falhas técnicas", devendo, por este motivo, serem remetidos ao âmbito do risco permitido. Assim, para Hassemer os fatos delitivos compreendidos no moderno Direito Penal deveriam ser monopólio do Direito Administrativo, sob pena de se operar uma administrativização do Direito Penal.

Além das críticas, esse movimento de resistência, teria desenvolvido estratégias *de lege lata* que estariam operando como freios ao processo de modernização do Direito Penal, como por exemplo, o discurso do Direito Penal simbólico; e ainda, propostas *de lege ferenda* cujo intuito precípuo seria deslocar certos ilícitos penais para outros ramos do ordenamento jurídico. Destaca que na ciência penal alemã, Hassemer postula uma redistribuição formal do ilícito mediante a instituição de um novo ordenamento sancionador, ao qual denomina *Direito de Intervenção*. Na Espanha, Jesús Maria Silva Sánchez propõe o Direito Penal de segunda velocidade, tendo como notas distintivas a carência de penas privativas de liberdade e, por via de consequência, a flexibilização das garantias político-criminais.

Isto posto, sustenta o autor que a totalidade dos princípios, critérios político-criminais e instrumentos dogmáticos da modernização são adequados às exigências do Estado de Direito. Preconiza que, embora alguns dos penalistas da corrente expansionista defendam que o direito tradicional devesse flexibilizar-se para fazer frente aos novos fenômenos e problemas sociais, o Direito Penal moderno está em conformidade com as exigências do Estado de Direito, e se realiza em um grau tão absoluto que não admite nem exceções nem a mínima relativização.

Na terceira e última parte da obra, o autor trata do conceito material histórico de Direito Penal moderno.

Enfatiza a necessidade de uma “revolução copernicana” do Direito Penal, no sentido de se construir uma disciplina científica que tenha como objeto formal a totalidade da criminalidade material da sociedade, ou seja, tanto a criminalidade característica das camadas sociais poderosas, como aquela associada às camadas sociais mais baixas e excluídas materialmente da posse e da fruição de um bom número de bens jurídicos que o Direito Penal liberal tutela frente a comportamentos dessas classes sociais.

A luta pela modernização deve transcender o plano relativo às decisões políticas sobre a mera distribuição do ilícito entre os ramos do ordenamento jurídico, sendo imprescindível que o Direito Penal conquiste um campo de criminalidade material que na atualidade encontra-se revestido de uma roupagem formal de licitude.

Fixadas tais premissas, passa o autor a analisar o Direito penal como discurso e como disciplina. Entende não haver óbice a que se mantenha um debate entre os discursos de modernização e o de resistência, desde que o discurso de modernização não incida no erro de discutir a questão nos estritos termos e limites definidos pelo discurso crítico de forma unilateral, pois é de fundamental importância que aquele discurso construa seus próprios objetos e formule enunciados fora do

âmbito no qual o discurso crítico se desenvolve, ou seja, deve formar-se a si próprio e “mais além” deste discurso.

A assertiva traz conseqüências significativas para a formação do Direito Penal moderno. O conteúdo da criminalidade, por exemplo, deve extrapolar o campo discursivo comum e plenamente aceito pelo Direito Penal constituído e estruturado como uma disciplina articulada, essencialmente, em torno dos postulados sociais e político-liberais da Ilustração. Deve abranger objetos de criminalidade completamente novos e formular enunciados de criminalização desses mesmos objetos, para a formação de um discurso de criminalização completamente novo e fora dos limites do campo discursivo aceitos até hoje.

Por este motivo, entende que a modernização do Direito Penal simboliza a “luta pelo discurso material histórico da criminalidade” e seu fim precípua é a recuperação da totalidade da matéria criminal historicamente marginalizada e excluída daquele discurso; ou seja, a integração no Direito Penal da criminalidade própria das classes sociais poderosas, excluídas deste contexto graças ao seu poder de disposição do discurso, tanto no sentido de definição de enunciados quanto no sentido de exclusão da própria criminalidade.

Isto porque, a formação de qualquer disciplina é sempre o resultado de uma luta pelo discurso, para apropriar-se dele e para exercer o poder de disposição sobre ele para a produção de conseqüências materiais. Portanto, na medida em que o discurso é poder de definição e exclusão, por exemplo, da criminalidade, o mero fato de possuí-lo constitui, para quem o tenha, a condição decisiva da possibilidade de incluir neste discurso a criminalidade de quem não tem esse poder, mas também, simultaneamente a possibilidade de excluir daquele a própria criminalidade.

Neste contexto, trata o autor das garantias penais formuladas pelo Direito Penal da Ilustração. Entende que tais garantias possuem natureza formal e servem para encobrir as conseqüências materiais derivadas dos dispositivos que se situam na face oculta do discurso. Por esse motivo, entende que o Direito Penal liberal não seria o arcabouço de garantias jurídico-penais; pelo contrário, identifica-se com uma ordem formal de criminalidade da quase totalidade do universo de ações próprias e características do sistema de ação das classes sociais marginalizadas e privadas do poder econômico, que exclui do seu discurso a criminalidade de quase todo o sistema de ação material criminal das classes sociais com poder econômico, servindo, as pretensas garantias liberais, apenas como instrumento de definição e de classificação daquelas condutas como criminosas.

Diante dessa realidade, defende a necessidade de se operar uma efetiva modernização do Direito Penal, tanto do ponto de vista da exigência de proteção de bens jurídicos, como, e principalmente, dos pontos de vista ético e político. O ponto de partida dessa modernização seria a elaboração de um conceito material de Direito Penal. Neste sentido, o Direito Penal identifica-se com um sistema de regulamentações jurídico-penais que têm por objeto a criminalização formal, de conformidade com o sistema de garantias político-criminais do Estado social e democrático de Direito, ou seja, como um sistema de ação ético-socialmente reprovável das classes sociais poderosas.

A ruptura entre o Direito Penal tradicional e o moderno dependerá, no entanto, da estruturação de um sistema que inclua no contexto da criminalidade formal as ações criminosas das “classes poderosas” que a ordem jurídica reveste atualmente com a roupagem do direito subjetivo e da licitude (cifra negra).

Por fim, traça o autor algumas diretivas sobre o discurso de modernização. Em primeiro lugar, entende que todo enunciado ou construção dogmática, em especial, a política criminal, deve remeter seus fundamentos à teoria da sociedade e do Estado social e democrático de Direito.

Em segundo lugar, assevera acerca da necessidade de se desenvolver os postulados dogmáticos do movimento expansionista, de forma a reafirmá-los frente às críticas do discurso de resistência. Por outro giro, não deve o discurso expansionista claudicar ante a pecha de antigarantista, pois as garantias jurídico-penais do Estado de Direito não só permanecem intactas nele, como são superiores às do Estado liberal por estarem injetadas de conteúdos de justiça material. Para o autor, as garantias político-criminais do Estado Social configuram como princípios normativos de base necessariamente ontológica, cheios de conteúdos materiais de igualdade e de justiça social, afastando-se daquele modelo liberal que, até agora, teria funcionado materialmente a serviço da definição, classificação, disciplina e repressão do comportamento desviado de classes sociais economicamente despossuídas.

Em terceiro lugar, deve ser rechaçada a idéia de que apenas as garantias penais liberais figuram como próprias do Estado de Direito. A falsidade desta afirmação repousa na natureza condicionada dessas garantias à manutenção das diretivas do ideário liberal e não do Estado de Direito. Com isso, uma vez superadas as condições que propiciaram sua produção, torna-se imperioso que se proceda à reformulação dessas garantias no sentido de uma adaptação à concepção social do Estado de Direito, cujo fim último não é outro senão o indivíduo.

Desta forma, a tarefa fundamental do Direito Penal autenticamente científica é vencer a mencionada resistência e impor um modelo jurídico-penal ajustado ao nosso tempo histórico e exigido pela ética e pela justiça.

Enfim, conclui-se que a obra analisada vem contribuir ao estudo da modernização do Direito Penal e seu papel frente à tutela de bens jurídicos metaindividuais. Todavia, entende-se que na segunda parte da obra o autor tende a um radicalismo exacerbado. Não se ignora que os detentores do poder usam a lei penal como instrumento coercitivo, para proteger seus próprios interesses; no entanto, deve-se observar que nem todas as normas penais são editadas com esse propósito. Além disso, o Direito Penal não pode converter-se em um instrumento da “luta de classes”, ou funcionar como *prima ratio* na tutela de bens jurídicos afetados por condutas das “classes poderosas”, pelo contrário, deve continuar a cumprir sua função garantística de proteção de bens jurídicos essenciais à subsistência da própria sociedade, sejam esses de cunho individual ou metaindividual.

Patrícia Carraro Rossetto

Mestranda em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 206 p.

A obra que ora se apresenta, *Direito fundamental ao ambiente*, é uma versão da dissertação de mestrado apresentada pelo autor no programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. O autor é professor-palestrante da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul e Procurador de Justiça.

Tema premente quando se trata do estudo do Direito Ambiental, sua fundamentalidade e os importantes reflexos de sua inserção no mundo jurídico com esta característica, foram tratados com maestria pelo autor.

Dividida didaticamente em quatro densos capítulos o autor demonstrou, em primeiro lugar, mais especificamente nos dois capítulos iniciais, a configuração jurídica do direito fundamental ao ambiente e sua constitucionalização. Importante destacar neste momento a caracterização do direito ao ambiente como direito fundamental que pode ser racionalmente justificada se for considerado que: i) as normas que se referem ao ambiente, longe de serem meramente “normas programáticas”, vinculam juridicamente a atuação das funções legislativa, executiva e jurisdicional, especificamente porque são normas tipo: ia) vinculante, constitutiva de direito subjetivo definitivo; ib) vinculante, constitutiva de direito subjetivo *prima facie*; ic) vinculante, constitutiva de dever objetivo do Estado definitivo; id) vinculante, constitutiva de dever objetivo do Estado *prima facie*; ii) o direito ao meio ambiente é direito formal e materialmente fundamental.

No terceiro capítulo o autor propõe que uma teoria analítica da tríplice divisão das posições fundamentais jurídicas em direito a algo, liberdade e competência permite formular o enunciado de que o direito fundamental ao ambiente é um direito a algo que tem por objeto ações negativas ou ações positivas (fáticas ou normativas). O decisivo disso é que o direito fundamental ao ambiente pode ser apresentado como um direito a algo e, assim, como um direito a prestações em sentido amplo. A partir dessa estrutura, o direito fundamental ao ambiente pode ser configurado como direito à proteção, direito à organização e ao procedimento e direito a prestações em sentido estrito.

A obra demonstra, ainda neste momento, que os titulares do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado (toda

coletividade) podem exigir do Estado a realização de ações fáticas e/ou normativas para impedir que terceiros causem lesão ao ambiente.

Por derradeiro, evidencia-se a preocupação do autor em esclarecer que a configuração do direito fundamental ao ambiente como direito a prestações em sentido estrito somente poderá ser obtida a partir de uma ponderação, construída com base na distinção entre regras e princípios. O pressuposto para isso é aceitar que a norma do direito fundamental ao ambiente apresenta o caráter de regra ou princípio, assumindo posições jurídicas definitivas ou *prima facie*, conforme as circunstâncias do caso concreto. O princípio do direito fundamental ao ambiente deverá ser objeto de ponderação com os outros princípios que lhe são contrapostos normalmente, como princípio da disponibilidade orçamentária ou o princípio da divisão das funções estatais.

Por isso mesmo, a questão da configuração de posições jurídicas definitivas do direito fundamental ao ambiente não terá uma resposta antes que seja superada a necessária ponderação entre os princípios em jogo, conforme as circunstâncias do caso concreto e segundo o princípio da proporcionalidade.

Percebe-se a preocupação do autor em realizar vasto exame da mais conceituada bibliografia (nacional e estrangeira), não somente de direito ambiental, mas também, e principalmente, de cunho constitucional e de teoria geral do direito. A leitura da obra em resenha é obrigatória para aqueles que almejam um estudo mais aprofundado da tutela constitucional do ambiente e seus conseqüentes reflexos na efetividade do Direito Ambiental.

Valéria Martins Oliveira

*Mestranda em Direito da Universidade Estadual de Maringá
Área de concentração: Tutela Coletiva dos Direitos Supra Individuais.*

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para Resolução do Conflito entre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 205 p.

O doutor Bornholdt é bacharel em Direito, mestre e doutor pela Universidade Federal do Paraná, e, desde outubro de 2004 é vice-prefeito do Município de Joinville-SC, onde advoga e foi Procurador-Geral (1997-1998). O autor empreendeu estudos na Alemanha, expôs na OEA, é conferencista.

A obra ora resenhada, fazendo um comparativo com o direito alemão, se expõe em quatro partes, explicitando a primeira, o conceito de *metódica* (do alemão *methodik*) da criação da norma e aponta as razões para a imprecisão contida no texto da norma, advogando a necessidade de que os conceitos jurídicos (e não necessariamente o âmbito normativo) refiram-se à realidade. Descreve os elementos que formam o programa da norma, que, aliados ao âmbito normativo, compõem a norma jurídica, como estágio intermediário para solucionar o caso concreto.

O segundo momento é dedicado aos direitos fundamentais, quanto a seu conceito, evolução histórica, características e pontos indispensáveis de sua dogmática, dizendo-a “estruturante” e normativa, não uniforme e inespecífica aos direitos fundamentais, que deveria adotar dogmática própria.

Usando a apropriada expressão bem jusfundamentalmente protegido diz o autor nela residir o bem jurídico objeto do direito fundamental. A obra diferencia o conceito de “âmbito de proteção do direito fundamental” do conceito de “garantias ofertadas pelo direito fundamental”.

Na seara da agressão (enquanto ato estatal) aos direitos fundamentais, esta deve ser tratada apenas quando evidente, pois mais importante que a agressão, é o peso atribuído aos princípios que se embatem.

A obra aponta não haver um direito fundamental diverso do bem jurídico protegido, bem como que a metódica estruturante se habilita à propositura de críticas bem fundamentadas à dogmática tradicional dos direitos fundamentais.

O autor dispõe sobre a sensibilidade de cada direito fundamental (e seus conflitos) a uma dogmática particularizada, advogando que os direitos fundamentais não são princípios (nem se confundem com

privilégios), mas são direitos e que, a determinação deles parte de sua constituição histórica e da matéria para cuja proteção foi criado: busca-se aquilo pelo qual o direito foi assegurado.

Com brilhantismo e sabedoria, o autor trata do princípio da dignidade humana (de valor absoluto, pedra angular e base essencial que confere unidade de sentido ao sistema dos direitos fundamentais), dizendo que o homem, tão somente por ser humano, porta uma dignidade intrínseca, provinda de seu próprio ser, sendo ele, fim em si mesmo e merecedor de condições básicas à uma existência digna.

A obra informa que o direito brasileiro reconhece o princípio da dignidade humana como magnânimo, servindo mesmo de critério para o reconhecimento e concretização dos demais direitos fundamentais, irradiando sua carga valorativa por todo o sistema jurídico: no respeito à integridade física, proíbe-se a tortura, a pena de morte e regulamenta os transplantes de órgãos; a garantia de uma vida digna implica em atuação do Estado; a garantia de isonomia veda discriminação racial; a garantia de identidade concretiza os direitos da personalidade; na opressão social, resguarda a intimidade como inviolável; o direito ao voto implica no direito de participação na condução da vida política, etc.

O autor reserva lugar a posições contrárias (descrevendo-as), bem como exemplifica (com incisos do art. 5º e com o art. 220, § 1º da Constituição Federal), as restrições constitucionais aos direitos fundamentais e a possibilidade constitucional da edição de leis restritivas a estes direitos.

A terceira fase da obra trata do embate entre direitos fundamentais, que se resolve pelo juízo da ponderação (instituto de importância também para o direito espanhol e especialmente para o direito constitucional e civil alemão), examinados seu conceito (inclusive abstrato) e modo de aplicação, e ainda, a análise dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como meios para o bom êxito da ponderação.

Em estudo abrangendo direito alienígena e da terra, a obra aponta o desenvolvimento das fases no trato da colisão entre liberdade de expressão e direito à honra, dizendo haver predominância do direito à honra (nos países romano-germânicos em tempos de autoritarismo), e da liberdade de expressão (no Império e primeira década da República, até com exorbitância à luz da “tolerância tradicional dos governantes e abuso inveterado dos governados”), para finalmente mesclarem-se estes direitos (sendo impossível a percepção de onde começa o direito à honra ao findar o direito de liberdade de expressão, embora a decisão operará em um dos sentidos).

A obra descreve a prática alemã da solução em “meio termo”, para qual nenhum dos direitos em jogo possui uma previsão *in abstracto*, ocorrendo antes a ponderação *in concreto* a partir da formação dos casos.

A quarta e última parte da obra trata do essencial ao êxito da ponderação, elucidando a posição de demais autores quanto à solução da concorrência entre direitos fundamentais no caso concreto. Com base em Robert Alexy e Ipsen Jörn aponta-se o fundamento e o contexto multifuncional do princípio da proporcionalidade, e em Willis Guerra Filho fixa-se (pela finalidade do princípio e sua natureza jurídica) de que se trata de “direito constitucional, na modalidade de uma garantia”.

Bornholdt distingue ainda os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, apontando-se também os dois conteúdos de maior importância embutidos neste último subprincípio: a finalidade da lei (ou da norma legal) e a adequação da proporcionalidade (frente à compatibilidade, a comparação e a ordenação adequada de diversos princípios).

A obra trata de outros princípios relevantes (“unidade da Constituição” e “concordância prática”), bem como da determinação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, mediante o necessário confronto entre as teorias absolutas (para as quais a parte central de um direito fundamental é determinável em abstrato, é próprio de cada direito, que, para José Carlos Vieira de Andrade seria “a dignidade do homem concreto como ser livre) e as teorias relativas (abraçadas por Roberto Alexy, que identificam a proteção do núcleo essencial com a obrigatória observância do princípio da proporcionalidade), sob a conclusão de que ambas contém vícios, porém, de ambas se podem extrair elementos a serem aproveitados numa metódica sobre o tema.

O autor elucida, a respeito da defesa do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como sendo um estado objetivo (sustentado pela teoria institucional que descreve) ou um estado subjetivo (sustentado e defendido pela teoria positivista, que o autor também elucida).

Apontando as características primordiais dos direitos fundamentais (subjetividade, individualidade, universalidade e fundamentalidade), na seqüência, Bornholdt fixa a forma pela qual, para ele, o núcleo essencial dos direitos fundamentais pode ser encontrado.

O autor analisa a decisão de caso concreto da justiça americana, sobre o sigilo profissional de jornalista, com o embate entre a posição majoritária (favorável à quebra do sigilo) e minoritária (contrária à veiculação das informações jornalísticas obtidas notadamente por membros de grupos com pouca representatividade social). O autor apresenta a visão metódica jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, sob o enfoque do juiz Prof. Dr. Dieter Grimm.

Sob o argumento de que a ponderação das conseqüências incide na análise metodológica dos direitos fundamentais, a obra apresenta análise detalhada dessas diversas incidências, bem como aponta o posicionamento do jurista português Antônio Castanheira Neves, quanto à impossibilidade da substituição dos padrões de justiça por uma estratégia de meios e fins. O autor da obra ora resenhada, faz cristalino contra ponto às ponderações de Castanheira Neves, bem como indica a posição de pensadores alemães sobre a questão, conforme proposta por Grimm.

Finalizando, Bornholdt conclui ser imprescindível a aferição das conseqüências nas decisões, também pela possibilidade de haver mais de uma decisão correta para o mesmo caso concreto (caso em que, a ponderação das conseqüências orientaria quanto à verdadeira finalidade da norma, servindo como um complemento na concretização do direito).

A obra resenhada é densa, pautada em direito alienígena, que, convincentemente fixa a importância dos direitos fundamentais e o método para resolver os conflitos quando ditos direitos colidem entre si. É leitura obrigatória para aqueles operadores do direito que já possuem profundo conhecimento do direito constitucional, no que tange aos direitos fundamentais.

Irene Maria Brzezinski Dianin

Especialista em Direito Tributário (UEM/FECILCAM)

Especialista em Direito Civil e Processual Civil (FGV/FECILCAM)

Mestranda em Tutela Coletiva dos Direitos Supra-individuais do

Programa de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá

Professora de Direito Tributário da

Faculdade Estadual de Ciências e Letras de Campo Mourão.