



LIBERDADE MEDIANTE RESISTÊNCIA À INTERVENÇÃO ESTATAL: RECONSTRUÇÃO DA FUNÇÃO CLÁSSICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

FREEDOM THROUGH RESISTANCE TO ESTATE INTERVENTION: RECONSTRUCTION OF THE CLASSICAL FUNCTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

BERNHARD SCHLINK

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de Heidelberg (Alemanha). Professor catedrático emérito de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Humboldt-Universität zu Berlin e ex-juiz do Tribunal Constitucional Estadual de Hessen.
sekretariat.schlink@rewi.hu-berlin.de

TRADUÇÃO POR LEONARDO MARTINS

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre (LL.M.). Doutor (*doctor iuris – Dr. iur.*) em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin, Alemanha (HUB). Pós-doutorados na Universidade de Hamburg, na Universidade de Potsdam (*fellow* da Fundação Alexander von Humboldt) e na HUB. Professor associado II da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor visitante da HUB (2001-2012).
leonardomartins1@yahoo.de

Recebido em: 28.12.2016

Aprovado em: 06.02.2017

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Internacional

RESUMO: Na presente reconstrução da "função clássica" dos direitos fundamentais, trata-se de uma consequente defesa da teoria liberal dos direitos fundamentais, também alcunhada de teoria "civilista" ou "cidadã" (em uma tradução livre do alemão: "bürgerlich-liberale Grundrechtstheorie"). Tal teoria parte de um conceito negativo de liberdade (*status negativus*) insita a todo direito fundamental e, assim, de uma liberdade que se atualiza pela negação da intervenção estatal em cada esfera de liberdade individual. Enxerga-se, no exame particularizado ou específico de cada intervenção estatal, o modo mais adequado e, em face do princípio distributivo

ABSTRACT: The present reconstruction of the "classical function" of fundamental rights supports a defense of the liberal theory of fundamental rights, also nicknamed "civil" or "civic" theory (in a free translation from German: "bürgerlich-liberale Grundrechtstheorie"). Such a theory takes as a starting point the negative concept of freedom (*status negativus*) inscribed in every fundamental right, and thus a freedom that takes form through the negation of state intrusion in particular spheres of individual freedom. In the particularized or specific examination of each state intrusion, one sees the most appropriate fit and, given the most promising

SCHLINK, Bernhard. Tradução por Leonardo Martins. Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 11. ano 4. p. 261-297. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2017.



mais promissor, porque correto jurídico-dogmaticamente, de se concretizar os direitos fundamentais. Segundo esse princípio distributivo, o ônus de justificar uma dada atuação cabe ao Estado, no momento de intervir na liberdade individual; não ao indivíduo, titular do direito fundamental, o de justificar o modo de exercer sua liberdade. A reconstrução da função clássica significa, destarte, a reabilitação de uma teoria muito atacada por aquelas suas concorrentes teóricas que enfatizam o papel do Estado na garantia da chamada "liberdade real". Entretanto, não se defende a teoria liberal dos direitos fundamentais a partir de um enfoque politicamente comprometido. Não se ignora, por exemplo, o fato de que também o defendido raciocínio pelas categorias jurídico-dogmáticas da "intervenção estatal" e do "limite à intervenção estatal" esteja exposto às influências ideológicas. Contudo, a referida operação intelectual, ao operar com o texto constitucional e as categorias da "intervenção", da "resistência à intervenção" e do "limite à intervenção estatal" pretende, justa e conseqüentemente, melhor controlar os problemas hermenêuticos envolvidos na aplicação de normas jusfundamentais. Alternativas à presente são teorias que podem ser alcunhadas de "objetivistas", porque secundarizam a dimensão jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais em prol de uma suposta dimensão objetiva marcada por valores, instituições, princípios objetivos ou outros conceitos semelhantes. Não se enxerga em tais teorias objetivistas, como o são a teoria axiológica, a institucional e a funcional-democrática, o estabelecimento de um novo paradigma que fosse capaz de substituir o modelo hermenêutico derivado, sobretudo, do aludido princípio distributivo. Por sua vez, a consecução dos pressupostos da liberdade real é confiada ao legislador, como, aliás, todo propósito lícito dentro do Estado democrático de direito, até porque a definição de propósitos a serem perseguidos em uma dada comunidade política nacional é assunto, exclusivo, da política. As novas funções dos direitos fundamentais trabalhadas pelas teorias objetivistas não estão sujeitas ao controle metódico-racional; sua manifestação constitui, antes, uma macroperspectiva em contraposição à microperspectiva do jogo observável pelo exame das intervenções estatais individualizadas. Nesse sentido, as condições e os pressupostos da chamada liberdade real correspondem a escopos legítimos a serem perseguidos pelo legislador, sendo que "quanto mais

distributive principle, because it is legally and dogmatically correct to realize fundamental rights. According to this distributive principle, the burden of justifying a given action rests with the State, when it is intruding upon individual freedoms and not with the individual fundamental right holder who does not have the burden to justify the exercising of his or her freedom. The reconstruction of the "classical function" of fundamental rights thus means the rehabilitation of a theory strongly attacked by its rivals who emphasize the role of the State in guaranteeing the so-called "real freedom". However, the liberal theory of fundamental rights is not defended here from a politically committed approach. It is not ignored, for example, that the here preferred mode of reasoning which uses the legal-dogmatic categories of "state intrusion" and the "limit to state intrusion" is exposed to ideological influences. Yet, this theoretical option, when operating with the constitutional text and the categories of "intrusion", "resistance to intrusion" and "limit to state intrusion", aims, in a fair and consequent way, to better control the hermeneutical problems involved in the application of juridical rules. Alternatives to the liberal theory of fundamental rights are theories that can be termed "objectivists" because they support the legal-subjective dimension of fundamental rights in favor of a supposed objective dimension marked by values, institutions, objective principles or other similar concepts. One does not see in such objectivist theories, such as the axiological, institutional and functional-democratic theories, the establishment of a new paradigm that could replace the hermeneutic model derived, above all, from the aforementioned distributive principle. In turn, the fulfillment of the presuppositions of "real freedom" is entrusted to the legislator, as indeed any legitimate purpose within a democratic State based on the rule of law, since the definition of purposes to be pursued in any given national political community is a subject that must be dealt with by Politics. The new functions of fundamental rights worked out by objectivist theories are not subject to a methodological or to a rational control; their manifestations are rather a macro-perspective in contrast to the micro-perspective of the game observable by the examination of individualized state intrusions. In this sense, the conditions and presuppositions of the so-called "real freedom" correspond to legitimate scopes to be pursued by the legislator, and in

SCHLINK, Bernhard. Tradução por Leonardo Martins. Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 11. ano 4. p. 261-297. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2017.

numerosas forem as condições deficitárias para uma convivência próspera, mais numerosos serão também os propósitos legítimos, em prol de cuja persecução o legislador pode atualizar suas possibilidades formadoras e transformadoras, podendo também limitar direitos fundamentais". A racionalidade do método proposto prescinde, portanto, de toda e qualquer ponderação de bens jurídicos que é a marca das concorrentes teorias por excelência. No lugar de tal ponderação, instaura-se um controle da constitucionalidade das intervenções estatais baseado na análise sistemática da legitimidade de fins perseguidos e meios utilizados e da relação de adequação e necessidade destes em face daqueles.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade individual – Limites a direitos fundamentais – Proporcionalidade de intervenções estatais – Efeito horizontal dos direitos fundamentais.

that sense it is necessary to bear in mind that "the more numerous the shortfalls for a prosperous co-existence are, equally more numerous will be the legitimate purposes available for the legislator to pursue when updating his or her formative and transformative possibilities, being also able to limit fundamental rights on such occasions". The rationality of the proposed method therefore dispenses with any and all weighting of legal values, which is the hallmark of competing theories par excellence. In place of such consideration, a constitutional control of state intrusion is established based on the systematic analysis of the legitimacy of the ends pursued and means used and the relation of adequacy and necessity of the means in the face of the ends.

KEYWORDS: Individual freedom – Limits of fundamental rights – Proportionality of state intrusion – Horizontal effect of fundamental rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O entendimento dos direitos fundamentais como "direitos de resistência à intervenção estatal". 2.1. Direitos fundamentais como reserva de lei. 2.2. Direitos fundamentais como reserva de lei proporcional. 2.3. Proporcionalidade de intervenções e limitações dos direitos fundamentais. 2.4. A chamada proporcionalidade em sentido estrito. 3. Missão e crítica ao raciocínio pelas categorias da intervenção e do limite à intervenção. 3.1. Desenvolvimento da discussão contemporânea em torno dos direitos fundamentais. 3.2. O conflito entre o raciocínio pelas categorias da intervenção e do limite à intervenção e o raciocínio axiológico em face dos problemas do efeito horizontal [*Drittwirkung*] e dos direitos fundamentais tutelados sem reserva legal [*Vorbehaltlose Grundrechte*]. 3.3. Raciocínio pelas categorias da intervenção e do limite interventivo em face dos problemas das prestações de tutela estatal, organizações e procedimentos. 3.4. Raciocínio pelas categorias da intervenção e do limite à intervenção como raciocínio técnico-jurídico construtivo.

1. INTRODUÇÃO

A Lei Fundamental¹ tem uma linguagem clara. A vida, a incolumidade do corpo e a liberdade da pessoa são por ela protegidos na medida em que não se pode nelas intervir sem um fundamento na lei (art. 2, II GG); ela determina que as liberdades

1. O presente artigo foi publicado, originalmente, na *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* – EuGRZ, ano 1984, p. 457-468. Conservaram-se as referências conforme o padrão utilizado pelo autor no original.

SCHUNK, Bernhard. Tradução por Leonardo Martins. Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 11. ano 4. p. 261-297. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2017.