

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA FEDERAL – ESMAFE
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

ELISA MARCHETTO

**RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE
PARTICULARES**

Porto Alegre

2007

ELISA MARCHETTO

**RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE
PARTICULARES**

Monografia apresentada à banca examinadora da Escola Superior da Magistratura Federal como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Valin de Oliveira

Porto Alegre

2007

ELISA MARCHETTO

**RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE
PARTICULARES**

Monografia apresentada à banca examinadora da
Escola Superior da Magistratura Federal como
requisito parcial à obtenção do título de
Especialista em Direito Público.

Aprovada em _____, pela Banca Examinadora.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Rodrigo Valin de Oliveira

Agradecimentos

ao professor Rodrigo Valin de Oliveira, pela oportunidade de aprendizado;

aos familiares, pelo apoio e carinho em todos os momentos.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo estudar a questão da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares. Primeiramente, são apresentadas noções gerais sobre os direitos fundamentais, abordando-se questões como conceito, classificação e, ainda, outros aspectos relevantes para a compreensão do tema central do presente estudo, como as perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais e a eficácia de tais direitos nas relações entre particulares. Em seguida, passa-se a explicar em que consiste o ato de renúncia a direitos dessa natureza e quais são as suas possíveis modalidades. Discorre-se, também, sobre natureza e fundamento jurídicos desse tipo de renúncia. Por fim, passa-se a estudar a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais nas relações interprivadas, explicando-se, inicialmente, o que são essas relações para, posteriormente, demonstrar a admissibilidade de tal renúncia em alguns casos. Examinam-se, ainda, as condições que devem estar preenchidas para que tal ato seja considerado legítimo, bem como a forma pela qual se realiza a ponderação de interesses que permite aferir a viabilidade da renúncia diante de cada caso concreto.

Palavras-chave:

Direitos fundamentais. Renúncia. Relações entre particulares.

ABSTRACT

The purpose of this work is to study the issue of waiving fundamental rights in relationships between individuals. First, general notions on fundamental rights are presented, discussing issues such as concept, classification and other aspects that are relevant to understand the central theme of this study, for instance subjective and objective perspectives of fundamental rights and the efficacy of these rights in relationships between individuals. Next an explanation about the act of waiving rights of this nature, and what possible modalities of waiver exist. Further discussion concerns the nature and legal fundamentals of this kind of waiver. Finally, the possibility of waiving fundamental rights in relationships between private persons is studied, initially explaining what these relationships are and then demonstrating the admissibility of this waiver in a few cases. The conditions to be met for this act to be considered legitimate are also examined, as well as the way in which interests are weighted which allows measuring the feasibility of a waiver in each concrete case.

Key words:

Fundamental rights. Waiver. Relationships between individuals.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 NOÇÕES GERAIS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
1.1 Conceito e classificação	11
1.2 Perspectivas subjetiva e objetiva	17
1.3 Vinculação dos particulares a direitos fundamentais	20
1.3.1 Formas de eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.....	23
1.3.2 Fundamentos da vinculação dos particulares a direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	26
2 RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
2.1 Conceito	29
2.2 Modalidades	31
2.2.1 Quanto à natureza jurídica do bem objeto da renúncia.....	31
2.2.2 Quanto à extensão material do bem objeto da renúncia	33
2.2.3 Quanto à extensão temporal da renúncia	34
2.3 Natureza e fundamento jurídicos	34
3 POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES	38
3.1 Relações entre particulares	38
3.2 Admissibilidade de renúncia a direitos fundamentais nas relações interprivadas	40
3.2.1 Condições essenciais à legitimidade da renúncia.....	47

3.2.2 Ponderação de interesses em busca da decisão sobre a possibilidade de renúncia diante do caso concreto	49
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

INTRODUÇÃO

As relações entre sujeitos privados multiplicam-se a cada dia e, conseqüentemente, crescem também os conflitos gerados no âmbito dessas relações. Um exemplo disso é que, muitas vezes, o particular, em nome de um objetivo que considera maior diante do seu projeto de vida, acaba praticando atos de disposição de direitos, inclusive de direitos fundamentais.

Nesses casos, o indivíduo emite uma declaração de vontade, vinculando-se a não invocar um determinado direito fundamental. Questiona-se, então, a legitimidade dessa declaração, tendo em vista a importância atribuída pela ordem constitucional brasileira aos direitos dessa natureza.

Note-se, entretanto, que se, por um lado, o indivíduo conta com a proteção dos direitos fundamentais, por outro, possui o direito constitucionalmente assegurado de determinar livremente o rumo da sua vida.

O que deve prevalecer em conflitos desse tipo? É possível a renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares? Eis a problemática que dá ensejo ao presente estudo.

Este trabalho tem por objetivo abordar a questão da possibilidade de renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares, demonstrando, ainda, de que forma deve ser realizada a análise de viabilidade de tal renúncia diante do caso concreto.

Ressalte-se que a renúncia a direitos fundamentais é pouco comentada na doutrina brasileira. Aliás, é bastante comum tratar os direitos fundamentais como direitos

irrenunciáveis, sem realizar maiores discussões sobre o tema. Há, todavia, diversos aspectos que merecem ser analisados antes de se chegar a alguma conclusão definitiva com relação ao assunto.

Além disso, a maior parte dos trabalhos sobre direitos fundamentais não aborda a questão sob o ponto de vista das relações jurídicas entre particulares, ocupando-se apenas dos casos em que o Estado está presente em um dos pólos da relação.

Assim, tendo em vista a atualidade e relevância do assunto em tela, bem como o seu alto grau de ineditismo, pretende-se, com o desenvolvimento deste trabalho, trazer uma importante contribuição não só do ponto de vista acadêmico, mas também do ponto de vista da realidade fática, colaborando para o melhor entendimento das situações concretas de renúncia que ocorrem a todo momento nas relações interprivadas.

Para tanto, realiza-se pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, utilizando-se como base, também, alguns diplomas normativos relacionados ao tema em comento, com especial destaque para a Constituição da República Federativa do Brasil.

No primeiro capítulo, são apresentadas noções gerais sobre os direitos fundamentais, tratando-se de, inicialmente, conceituar e classificar tais direitos, para, posteriormente, cuidar de outros aspectos relevantes ao desenvolvimento do trabalho, como a dupla perspectiva dos direitos fundamentais e a sua eficácia nas relações entre particulares.

Após, no segundo capítulo, realiza-se um estudo sobre o tema da renúncia a direitos fundamentais, a fim de demonstrar o que significa esse tipo de renúncia e quais são as suas possíveis modalidades. Em seguida, faz-se uma exposição sobre a natureza e o fundamento jurídicos dessa renúncia.

Finalmente, no terceiro capítulo, passa-se a estudar a questão principal do presente trabalho, que é a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares. Explica-se, inicialmente, o que são as relações entre particulares para, mais adiante, analisar o problema da admissibilidade da renúncia no âmbito dessas relações. Realiza-se, também, uma explanação acerca das condições essenciais ao reconhecimento da

legitimidade dessa renúncia, e examina-se, por fim, a maneira como se dá a ponderação de interesses diante de cada caso concreto para verificar se a renúncia pode ou não ser admitida.

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Conceito e classificação

A elaboração de um conceito preciso de direitos fundamentais constitui tarefa difícil, tendo em vista que tais direitos se encontram em constante evolução. Como refere José Afonso da Silva (1999, p. 179), essa dificuldade se torna ainda maior devido à corriqueira utilização de diferentes expressões para designar tais direitos, como, por exemplo, *direitos naturais*, *direitos do homem*, *direitos individuais*, *direitos públicos subjetivos*, *direitos humanos*, *liberdades públicas*, *liberdades fundamentais*, *direitos fundamentais do homem*.

Diante disso, entende-se que o mais importante, neste tópico do trabalho, é apresentar os principais aspectos referentes aos direitos fundamentais, ou seja, aqueles que assim os identifiquem, a fim de que se possa, mais adiante, compreender a questão central do presente estudo¹.

Primeiramente, deve-se referir que os direitos ora estudados encontram-se no nível do direito positivo, ficando, hoje, afastada qualquer fundamentação amparada no direito natural.² A procedência dessa afirmação evidencia-se diante da verificação de que são direitos caracterizados pela historicidade, isto é, são direitos que “nascem, modificam-se e desaparecem” (SILVA, 1999, p. 185).

¹ Assim, não cabe aqui discorrer sobre a questão terminológica, ficando dispensada a explicação sobre cada uma das expressões trazidas acima.

² Os direitos fundamentais surgiram baseados na concepção jusnaturalista, sendo compreendidos, inicialmente, como direitos preexistentes ao Estado. Hoje, essa idéia se encontra superada.

Em outras palavras, são direitos que se transformam incessantemente. Tanto é assim que vêm exemplificativamente (e não taxativamente) dispostos na Constituição Federal, como demonstra o seu artigo 5º, § 2º³. São conquistas históricas alcançadas e reconhecidas de acordo com as necessidades de uma sociedade em um determinado momento.

Ainda, os direitos fundamentais possuem natureza constitucional, já que são aqueles direitos do ser humano que “[...] nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados [...]” (SARLET, 2003, p.38). Assim, é o ordenamento jurídico-constitucional de cada Estado que determina quais são os direitos que, no seu território e em um certo momento, são considerados direitos fundamentais.⁴

No Brasil, a Constituição de 1988 trata dos direitos em análise no seu Título II (*Dos direitos e garantias fundamentais*). Cabe esclarecer, todavia, que os direitos ali arrolados não são os únicos direitos fundamentais reconhecidos no Brasil. Diante disso, mostra-se importante a distinção existente entre direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. Com relação a esse assunto, esclarece Sarlet (2003, p. 88):

De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de K. Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa - na sua dimensão individual, coletiva ou social - que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.⁵

Então, resumidamente, pode-se dizer que, em sentido formal, os direitos fundamentais são aqueles assim designados pelo texto constitucional⁶. Já os direitos materialmente

³ CF, Art. 5º. [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁴ Diferenciam-se, portanto, dos denominados “direitos humanos”, que possuem caráter supranacional e que consistem em “[...] posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional [...]” (SARLET, 2003, p.33).

⁵ Vale ressaltar que, conforme se verifica acima, o autor citado menciona o conteúdo e a importância dos direitos não previstos no Título II da Constituição Federal como critérios essenciais ao seu reconhecimento como direitos fundamentais. O conteúdo diz respeito à necessidade de se identificar, no direito em questão, a presença da matéria caracterizadora dos direitos fundamentais consagrados no direito constitucional positivo vigente, ou seja, dos elementos comuns ao conteúdo de todos os direitos previstos no catálogo de direitos fundamentais. Já o critério da importância exige que a matéria do direito apresente significativa relevância para a comunidade naquele determinado momento histórico (SARLET, 2003, p. 99-100).

⁶ É o caso dos direitos previstos no Título II da Constituição Federal de 1988.

fundamentais são aqueles que, mesmo não tendo sido arrolados como direitos fundamentais pelo legislador constituinte, equiparam-se àqueles que o foram, pelas razões acima expostas.

Daí decorre a importante conclusão de que, na verdade, há direitos fundamentais não só no Título II da Lei Fundamental, mas também em outras partes do seu texto⁷ e até mesmo fora dele, conclusão que resta evidenciada diante da disposição contida no já mencionado artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, que, ao possibilitar o reconhecimento de direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta de 1988 ou dos tratados internacionais de que seja parte o Estado brasileiro, consagra, nitidamente, a abertura material dos direitos fundamentais no ordenamento constitucional vigente.

É possível dizer, ainda, que os direitos em análise buscam concretizar a dignidade da pessoa humana. São *fundamentais* justamente porque se referem a “[...] situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive [...]” (SILVA, 1998, p. 182).

São posições jurídicas que, inclusive, reforçam a opção realizada pelo legislador constituinte no artigo 1º da Lei Fundamental⁸, ao estabelecer o Estado Democrático de Direito, e que se revelam indispensáveis à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como pretende o artigo 3º, inciso I, da Carta de 1988⁹. Fazem parte, portanto, do núcleo essencial da Constituição Federal, ou seja, são decisões fundamentais que integram a constituição material¹⁰.

⁷ Nesse sentido, apenas para exemplificar, vale mencionar o reconhecimento do princípio da anterioridade da lei tributária, previsto no artigo 150, III, “b”, da Constituição Federal, como garantia individual do contribuinte, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939 (STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sydney Sanches. DJ 18.03.1994).

⁸ CF, Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁹ CF, Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

¹⁰ A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 16, já apontava tais direitos como essenciais ao próprio conceito de Constituição.

Art. 16. Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.

Apesar disso, é importante lembrar que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo sofrer limitações expressas (determinadas pela própria constituição¹¹ ou determinadas pela lei ou pelo judiciário com autorização constitucional para tanto¹²) ou implícitas (quando conflitem com outros direitos fundamentais, caso em que se impõe, basicamente, a realização de uma ponderação diante do caso concreto, com apoio no princípio da proporcionalidade).

Cabe, ainda, referir que a Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos fundamentais, classificou-os, dividindo-os em cinco espécies, a saber: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos da nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados aos partidos políticos.

Não se pode, contudo, deixar de apresentar a classificação, hoje largamente difundida, que toma por base a ordem cronológica do reconhecimento constitucional de tais direitos e que os divide em direitos de primeira, segunda e terceira dimensões, já havendo autores que sustentam até mesmo a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais.

Como referido anteriormente, os direitos fundamentais surgem e evoluem de acordo com as reivindicações de cada época. É diante de tais reivindicações que são reconhecidas novas categorias de direitos, que se somam àquelas já existentes, complementando-as^{13 14}. Nesse sentido, como observa Steinmetz (2004, p. 94), a tendência histórica é a da “[...] ampliação dos direitos fundamentais, seja no plano dos titulares, seja no plano da espacialidade, seja no plano dos âmbitos de proteção.”

¹¹ Como, por exemplo, o inciso IV do artigo 5º da Lei Suprema (“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”).

¹² Um caso em que a Constituição Federal autoriza a lei a estabelecer restrição a direito fundamental é o do seu artigo 5º, inciso XIII (“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”). Já as restrições determinadas pelo Judiciário, com a devida autorização constitucional para tanto, são os casos em que foi consagrada a *reserva de jurisdição*, como, por exemplo, o artigo 5º, XI, da Constituição Federal (“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”).

¹³ As novas categorias de direitos nunca substituem as já existentes. Os novos direitos serão sempre somados aos já consagrados. É por isso que a doutrina tem preferido falar em *dimensões* de direitos fundamentais, e não em *gerações*, já que esta expressão poderia dar idéia de substituição das categorias de direitos mais antigas pelas mais recentemente reconhecidas.

¹⁴ A classificação dos direitos em dimensões comprova o caráter materialmente aberto do rol de direitos fundamentais e demonstra a característica da historicidade, já mencionada no presente estudo.

Em linhas gerais, os direitos fundamentais de primeira dimensão têm suas raízes no pensamento liberal-burguês do século XVIII. Surgiram para limitar o poder do Estado, reforçando a importância da autonomia individual e, conseqüentemente, exaltando a não-intervenção estatal. São, portanto, *direitos de defesa* do indivíduo frente ao Estado, já que buscam evitar a prática de arbitrariedades por parte deste último, ao qual se impõe um não-fazer. São, também, conhecidos como *direitos negativos*.

Essa categoria de direitos prestigia, primordialmente, o princípio da liberdade. É formada pelas chamadas *liberdades clássicas*, ou seja, pelos direitos civis e políticos, que, como se sabe, continuam sendo tutelados constitucionalmente, embora, nos dias de hoje, sejam compreendidos de maneira diferente daquela que os caracterizou na época em que foram concebidos. Exemplos dos direitos ora tratados são o direito à vida, à liberdade, à igualdade perante a lei (formal, portanto), à propriedade, ao voto, entre outros.

Entretanto, percebeu-se, após algum tempo, que não bastava que o Estado apenas se abstivesse de intervir na esfera da liberdade individual. O choque causado pela industrialização e pelas suas graves conseqüências econômicas e sociais tornou imprescindível a atuação positiva do Estado, que passou, então, a intervir em algumas relações, de modo a assegurar a própria concretização dos direitos fundamentais de primeira geração, bem como a convivência harmônica entre os indivíduos na sociedade.

Foi aí que surgiu a categoria dos direitos fundamentais de segunda dimensão, que dá especial relevo ao princípio da igualdade (em sentido material, substancial), sendo composta, basicamente, por direitos *positivos, prestacionais*, ou seja, por direitos que exigem do Estado um “[...] comportamento ativo na realização da justiça social” (SARLET, 2003, p. 52)¹⁵. Engloba os direitos econômicos, sociais e culturais. Exemplos desses direitos são o direito à assistência social, à saúde, ao trabalho, à educação, ao lazer, etc.

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão são direitos de caráter transindividual. Assim, sua titularidade é de uma coletividade, determinada ou não. São direitos de solidariedade ou fraternidade. Surgiram em razão das novas necessidades dos seres

¹⁵ Vale referir, a título de complementação, o ensinamento de Sarlet (2003, p. 53) no sentido de que os direitos fundamentais de segunda geração não englobam apenas direitos de caráter positivo, abarcando também as denominadas *liberdades sociais*, das quais são exemplos o direito de greve e a liberdade de sindicalização.

humanos diante das importantes transformações que vêm ocorrendo nos últimos anos, como, por exemplo, o acelerado desenvolvimento tecnológico.

Dividem-se em direitos coletivos e difusos. Estes são os que se destinam a um grupo indeterminado de pessoas; aqueles, os que dizem respeito a uma determinada categoria de indivíduos. Exemplos de direitos de terceira dimensão são o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, entre outros.

Essas são as três dimensões de direitos que se encontram bem delimitadas e que são pacificamente aceitas pela doutrina. Há, contudo, autores que defendem, ainda, a existência de direitos de quarta dimensão.

Os direitos fundamentais de quarta dimensão, segundo Paulo Bonavides (2005, p. 571), são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. No entendimento do referido autor, desses direitos depende “[...] a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”

Steinmetz (2004, p. 94), entretanto, refere ser discutível essa posição. Entende que, a rigor, tais direitos seriam direitos de primeira geração, pois seriam reconduzíveis aos direitos políticos. Aponta como direitos de quarta geração os direitos fundamentais ante os avanços da ciência e da tecnologia (como os direitos referentes ao patrimônio genético dos indivíduos e os direitos fundamentais diante da universalização e do desenvolvimento da informática, na proteção de áreas não abrangidas pelos direitos fundamentais de primeira dimensão), direito fundamental à identidade cultural e direito fundamental à morte digna.

Como se vê, ainda não há consenso sobre quais são efetivamente os direitos fundamentais de quarta dimensão. Trata-se de uma categoria de direitos ainda em processo de formulação.

De qualquer forma, resta evidente o aumento de direitos fundamentais reconhecidos ao longo do tempo, o que demonstra a intenção de ampliar cada vez mais os campos de

proteção, sempre em busca da concretização do princípio da dignidade humana e da justiça social.

1.2 Perspectivas subjetiva e objetiva

Pode-se identificar, nos direitos fundamentais, duas diferentes perspectivas, quais sejam, a subjetiva e a objetiva, sendo que o conhecimento de ambas tem grande importância para a compreensão do tema que será abordado nos capítulos seguintes do presente trabalho.¹⁶

A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais é a que mais se conecta com suas origens. Nesse âmbito, pode-se dizer que, basicamente, ao falar em direitos fundamentais subjetivos, está-se fazendo referência:

[...] à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão (SARLET, 2003, p. 159).

Como ensina Canotilho (2003, p. 1.256, grifo do autor), o fundamento subjetivo das normas de direito fundamental diz respeito “[...] ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o *indivíduo*, para os seus interesses, para a sua situação da vida, para a sua liberdade.”

Assim, em sua perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais destinam-se a tutelar o indivíduo, conferindo-lhe garantia de defesa diante da ação do poder público e pretensão de atuação positiva deste em busca da concretização das liberdades a que aquele indivíduo faz jus.

¹⁶ O assunto em análise é de grande complexidade e comportaria um longo e aprofundado estudo. Todavia, tendo em vista que o intuito deste capítulo do trabalho é apenas apresentar noções gerais sobre os direitos fundamentais, deve-se, tão-somente, realizar uma breve diferenciação das duas citadas dimensões.

Ao lado da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, pode-se identificar uma perspectiva objetiva, que, sem dúvida, significou uma das mais importantes inovações no campo dos direitos fundamentais na fase posterior à Segunda Guerra Mundial.

É possível dizer que já há consenso acerca da existência dessa perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Todavia, cumpre advertir que seu significado e suas conseqüências ainda não se encontram pacificamente delimitados pelos juristas.

Um importante marco para o reconhecimento da referida dimensão objetiva é o paradigmático caso Lüth¹⁷, em que a Corte Federal Constitucional da Alemanha, em 1958, seguindo uma tendência já revelada em julgamentos anteriores, proferiu decisão ressaltando o fato de que os direitos fundamentais constituem, também, decisões valorativas de caráter jurídico-objetivo da Constituição, cuja eficácia alcança todo o ordenamento jurídico e que, além disso, servem como diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Houve, então, o reconhecimento de que os direitos fundamentais não estão limitados à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Estado (SARLET, 2003, p.147).

Como refere Canotilho (2003, p. 1256), o fundamento objetivo das normas de direitos fundamentais tem em vista “[...] o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária.”

Assim, quando se fala na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não se quer referir apenas o fato de que as posições jurídicas subjetivas pressupõem um preceito de direito objetivo que as consagre, e sim demonstrar que os direitos fundamentais devem ser pensados também do ponto de vista da comunidade, e não só como faculdades ou poderes dos indivíduos (ANDRADE, 1998, p. 144-145).

Note-se, por oportuno, que a dimensão comunitária acima referida pode ser entendida no seu sentido axiológico (como uma ordem de valores fundamentais objetivos) ou no seu

¹⁷ Trata-se de caso em que um particular (cidadão chamado Lüth), em 1950, incitou os proprietários e freqüentadores de salas de cinemas a boicotarem um novo filme, tendo em vista que seu diretor, em outra oportunidade, já havia rodado um filme anti-semita. O juízo cível considerou esse apelo um ato ilícito, ofensivo aos bons costumes, fundamentando sua decisão no Código Civil Alemão. Posteriormente, o Tribunal Constitucional Federal reformou a sentença em favor de Lüth, entendendo ter havido violação do seu direito à liberdade de opinião, que estava assegurado pela Lei Fundamental (CANARIS, 2006, p. 229-230).

sentido de mais-valia jurídica (ou seja, com base na sua capacidade de gerar efeitos jurídicos autônomos)¹⁸ (SARLET, 2003, p. 149).

O aspecto axiológico diz respeito à circunstância de que os direitos fundamentais expressam valores objetivos fundamentais da comunidade, razão pela qual devem ter sua eficácia valorada também sob o ponto de vista da sociedade, e não somente do ponto de vista individualista. O próprio exercício dos direitos subjetivos individuais depende, de certa forma, do seu reconhecimento pela comunidade em que se insere. Daí decorrem, por exemplo, a eficácia dirigente dos direitos fundamentais em relação aos órgãos estatais¹⁹, bem como a utilização de tais direitos como parâmetros para o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos (SARLET, 2003, p. 150-151).

Já com relação aos efeitos jurídicos autônomos que decorrem da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, pode-se citar a eficácia irradiante de tais direitos, segundo a qual os direitos fundamentais guiam a aplicação e a interpretação do direito infraconstitucional, impondo, até mesmo, a realização de uma interpretação conforme os direitos fundamentais. A própria eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (que será objeto de estudo mais detido no próximo tópico do presente trabalho) é questão que se liga ao referido efeito de irradiação, constituindo uma importante decorrência da perspectiva objetiva ora estudada, em que se discute a idéia de que os direitos fundamentais irradiariam efeitos não só nas relações entre sujeito privado e Estado, mas também nas relações entre particulares²⁰.

Ressalte-se, por fim, que, apesar da importância da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, verifica-se, em geral, uma prevalência da perspectiva subjetiva. Isso porque, como conclui Sarlet (2003, p.159-160), com expresse apoio em Alexy e Canotilho, a finalidade precípua dos direitos fundamentais é proteger o indivíduo, e não a coletividade, e,

¹⁸ Também denominadas *dimensão valorativa ou funcional* e *dimensão jurídica estrutural*, respectivamente (ANDRADE, 1998, p. 145).

¹⁹ A eficácia dirigente diz respeito ao comando, que deriva dos direitos fundamentais, para que o Estado cumpra sua função contínua de concretização de tais direitos.

²⁰ Apenas para complementar a explicação, cabe referir que, ainda nessa seara, a doutrina cita como desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais a questão dos deveres de proteção do Estado, no sentido de que a este cabe impedir qualquer atuação (do poder público ou de particulares) que signifique afronta a direitos fundamentais, competindo-lhe tomar providências em busca da concretização de tais direitos. Também as garantias institucionais (proteção dispensada pela Constituição a instituições e institutos considerados de grande importância para a sociedade, em face das ações do legislador ordinário) e a função dos direitos fundamentais como base para o desenvolvimento de organizações estatais e para o procedimento decorrem dessa segunda concepção da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

também, porque o reconhecimento dos direitos fundamentais como direitos subjetivos permite um maior grau de concretização do que a previsão de obrigações de caráter meramente objetivo. De acordo com o mesmo autor, o predomínio da perspectiva subjetiva também tem fundamento no valor da autonomia individual como expressão da dignidade da pessoa humana.

Feitas essas breves considerações, vê-se que, em resumo, os direitos fundamentais já não podem ser considerados simplesmente pela sua perspectiva subjetiva, havendo uma dimensão objetiva que, ao contrário do que se poderia pensar, não constitui simplesmente o oposto da subjetiva, e sim interfere diretamente na aplicação e interpretação de normas do ordenamento jurídico pátrio.

1.3 Vinculação dos particulares a direitos fundamentais²¹

Os direitos fundamentais foram concebidos exclusivamente como direitos de defesa do indivíduo diante do poder estatal. Buscavam proteger a sociedade contra a prática de arbitrariedades por parte do Estado, limitando seu poder. Em razão disso, somente poderiam ser cogitados no âmbito das relações entre particular e poder público. Nas palavras de Vieira de Andrade (1998, p. 272): “Os direitos fundamentais eram vistos, deste modo, como um *instituto específico* das relações entre o indivíduo e o Estado, consagrado com um fim determinado: a salvaguarda da liberdade individual e social.”

Diante disso, inicialmente houve a negação da eficácia de tais direitos nas relações entre sujeitos privados. Os particulares não tinham a possibilidade de invocar a Constituição na defesa de seus direitos perante outros particulares, cabendo-lhes recorrer apenas às normas de direito privado.

É claro que a referida função de defesa dos indivíduos ante a atuação do poder público continua presente nos direitos fundamentais. Entretanto, atualmente deve-se ter em conta que

²¹ A doutrina utiliza diversas expressões para designar a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, tais como *eficácia frente a terceiros*, *eficácia externa*, *eficácia privada*, *eficácia horizontal*, *eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares*.

o Estado não é o único sujeito detentor de poder²². Como refere Steinmetz (2004, p. 87), no mundo contemporâneo, a capacidade de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade das pessoas (indivíduos ou grupos) não pertence apenas ao Estado. Alguns sujeitos possuem tal capacidade mesmo no âmbito das relações horizontais. Exemplos disso são os grandes grupos industriais e comerciais, os sindicatos, as associações de consumidores, as cooperativas, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, entre outros²³.

O mesmo autor (STEINMETZ, 2004, p. 85) observa que:

[...] a teoria dos direitos fundamentais como limites ao poder carece, em parte, de atualidade quando reduz o fenômeno do poder somente ao poder do Estado. No contexto das sociedades contemporâneas, é um equívoco elementar, próprio do liberalismo míope e dogmático, associar o poder exclusivamente ao Estado, como se o Estado tivesse o monopólio do poder ou fosse a única expressão material e espiritual do poder. Há muito o Estado não é o único detentor de poder – talvez nunca tenha sido o único.

Vê-se, então, que as violações de direitos fundamentais ocorrem também no âmbito das relações entre pessoas (físicas ou jurídicas) de direito privado. Conseqüentemente, para concretizar os fins preconizados pela Constituição, é necessário que os particulares estejam vinculados aos direitos fundamentais. A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, pautada pelo efetivo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, depende do reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas²⁴.

Ademais, sabe-se que a Constituição, além de ocupar posição hierárquica superior em relação às demais normas do ordenamento jurídico brasileiro (informando, por isso, o próprio conteúdo do direito privado), já não é apenas um estatuto do Estado, e sim um estatuto da sociedade, que contempla normas referentes a diversas questões sociais, o que torna ainda mais evidente a necessidade de que seja reconhecida a eficácia em questão.

²² Conforme definição concisa de Steinmetz (2004, p. 87), “[...] o poder é a capacidade que um sujeito tem de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade de outrem em uma determinada esfera ou âmbito de vida.”

²³ Diante disso, o citado autor (STEINMETZ, 2004, p. 89) observa um aparente paradoxo, já que esses sujeitos sociais que surgiram justamente para lutar pela efetividade dos direitos fundamentais, muitas vezes, ao buscar a concretização de seus fins, acabam violando direitos de outros particulares.

²⁴ “Ora, em regra, o que pauta os poderes privados é a realização do auto-interesse, a máxima otimização de vantagens. Na sociedade brasileira – uma das campeãs mundiais em desigualdades sociais e em outros tipos de mazelas sociais –, a ‘lógica privada’ é predominantemente uma ‘lógica da exclusão’. De fato, os poderes privados, se não limitados e controlados, são uma ameaça real à realização do projeto de sociedade delineado pela CF” (STEINMETZ, 2004, p. 91).

Diante de tudo isso, apesar de não haver disposição expressa sobre o tema na Constituição brasileira, a vinculação dos particulares a direitos fundamentais acaba sendo uma imposição, até porque, como mencionado no tópico anterior deste trabalho (1.2), pode ser vista como uma decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

É nesse sentido também o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, em algumas oportunidades, já se manifestou sobre o tema, acolhendo a tese de que os direitos fundamentais possuem eficácia nas relações de caráter meramente privado. Recentemente, foi nesse sentido a decisão proferida por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 201.819, do Rio de Janeiro, quando se concluiu pela necessidade de uma associação privada respeitar o contraditório e a ampla defesa no caso de exclusão de sócio (STF. Recurso Extraordinário nº 201.819 – RJ. Segunda Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. DJ 27.10.2006).

O mesmo Tribunal já havia demonstrado a sua posição favorável ao reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ao não admitir que uma empresa discriminasse empregados em razão da nacionalidade (STF. Recurso Extraordinário nº 161.243 – DF. Segunda Turma. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ 19.12.1997), bem como ao impor a observância do devido processo legal, com possibilidade de amplo exercício da defesa, no caso de exclusão de membro de cooperativa (STF. Recurso Extraordinário nº 158.215 – RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ 07.06.1996). Ao comentar este último caso, Paulo Gustavo Gonet Branco (2002, p.02) observa que:

O acórdão não se deteve em considerações acadêmicas sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que o torna ainda mais sugestivo. A decisão tomou como indiscutível que há normas de direitos fundamentais que incidem diretamente sobre relações entre pessoas privadas. Deixou para os comentadores os adornos doutrinários. O precedente afasta a jurisprudência da linha de entendimento que preconiza a necessidade de uma relação entre Estado e indivíduo, para que se possam invocar direitos fundamentais.

É claro que a questão em análise não diz respeito a todos os direitos fundamentais. Há direitos fundamentais em relação aos quais resta evidente a vinculação dos particulares²⁵. É o caso do direito à inviolabilidade do domicílio, do direito ao sigilo da correspondência e das

²⁵ Nesse caso, entretanto, caberá o questionamento acerca da forma de vinculação, questão a ser estudada no ponto 1.3.1 do presente trabalho.

comunicações telegráficas, do direito à vida, do direito de herança, entre outros. Existem, por outro lado, direitos que são direcionados exclusivamente ao poder público, como, por exemplo, os direitos políticos e os direitos de nacionalidade. Nos casos mencionados, não cabe o questionamento ora estudado.

Há, todavia, direitos em que pode surgir a dúvida sobre a vinculação ou não dos particulares, e é aí que se faz necessário um exame mais atento da questão. Diante dessa situação, vale referir a posição de Freitas (2007, p. 44), que refere ser constitucionalmente adequado sustentar que, com exceção dos direitos fundamentais que possuem como destinatário tão-somente o Estado, todos os demais vinculam diretamente as relações privadas com maior ou menor intensidade, variando a referida intensidade de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Assim, apesar de terem surgido alguns argumentos contrários a essa tese (sustentando, basicamente, que tal vinculação feriria o princípio do livre desenvolvimento da personalidade e que limitaria de forma inaceitável a autonomia privada), pode-se dizer que hoje é amplamente aceita a idéia da eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares.²⁶ A dificuldade que persiste está em saber de que forma se dá tal eficácia, questão a ser tratada no próximo ponto deste trabalho.

1.3.1 Formas de eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas

Há várias teorias a respeito das formas de eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O tema enseja muitas discussões não só no Brasil como em vários outros países. Entretanto, tendo em vista que o presente capítulo do trabalho se propõe a dar apenas noções gerais sobre os temas em comento, serão apresentadas somente as duas teorias consideradas mais importantes com relação a esse assunto. São elas: a teoria da eficácia

²⁶ É claro que a esfera de autonomia privada dos particulares continua sendo protegida pelo ordenamento jurídico, mas deve estar em consonância com o sistema de direitos fundamentais. O próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 201.819, do Rio de Janeiro, já expressou entendimento no sentido de que a autonomia privada não pode ser exercida com desrespeito aos direitos ou garantias de terceiros, especialmente em relação àqueles positivados na Constituição Federal. Em tema de liberdades fundamentais, a eficácia e a força normativa da Constituição também se impõem aos particulares, em suas relações privadas (STF. Recurso Extraordinário nº 201.819 – RJ. Segunda Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. DJ 27.10.2006).

mediata (ou indireta) e a teoria da eficácia imediata (ou direta). Ambas aceitam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mas tratam a questão sob diferentes pontos de vista, como a seguir se demonstra.

A teoria da eficácia mediata foi formulada pelo alemão Günther Dürig. Segundo essa teoria, as relações entre particulares também são atingidas pelos efeitos dos direitos fundamentais, porém apenas indiretamente. A influência de tais direitos nas relações entre sujeitos de direito privado ocorre por meio das normas e das diretrizes do direito privado, exigindo, então, a intervenção dos poderes públicos.

Como explica Steinmetz (2004, p. 137), de acordo com a teoria em análise deve haver, em primeiro plano, a mediação concretizadora do legislador de direito privado e, em segundo plano, a do juiz e dos tribunais.

Basicamente, ao legislador cabe a criação de normas que delimitem o alcance dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Não havendo legislação específica, compete aos juízes e aos tribunais, diante do caso concreto, atribuir eficácia às normas de direitos fundamentais, preenchendo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados de direito privado com os valores que informam os direitos fundamentais. Dessa forma, as questões referentes a relações entre particulares continuam sendo resolvidas segundo o espírito do direito privado.

Como refere Sarlet (2003, p. 357), de acordo com essa corrente:

[...] os direitos fundamentais – precipuamente direitos de defesa contra o Estado – apenas poderiam ser aplicados no âmbito das relações entre particulares após um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais, falando-se, neste sentido, de uma recepção dos direitos fundamentais pelo direito privado.

Os defensores dessa teoria apresentam como exemplos de vantagens a ela associadas o respeito à autonomia privada (princípio fundamental do direito privado), a garantia da independência do direito privado, a preservação da segurança jurídica (já que as normas de direito privado são muito mais específicas e detalhadas do que as normas de direitos

fundamentais), o fato de evitar a panconstitucionalização do ordenamento jurídico (Steinmetz, 2004, p. 139)²⁷.

Já a teoria da eficácia imediata, inicialmente exposta por Hans Carl Nipperdey, demonstra maior preocupação com o fato de que, conforme referido no tópico anterior (1.3), o Estado não é o único sujeito capaz de praticar arbitrariedades.

De acordo com essa teoria, as normas de direitos fundamentais são aplicadas diretamente às relações entre particulares, sem necessidade de intermediação estatal. Como explica Sarlet (2003, p. 357), essa corrente entende que, por serem os direitos fundamentais normas de valor válidas para toda a ordem jurídica, e tendo em vista a força normativa da Constituição, não se pode aceitar que o direito privado esteja à margem da ordem constitucional.

Assim, as normas constitucionais de direitos fundamentais são utilizadas diretamente como fonte normativa para resolver conflitos entre particulares²⁸.

Não há na doutrina e nem na jurisprudência um consenso sobre qual dessas teorias deve ser adotada no Brasil. Apesar disso, Steinmetz (2004, p. 185) observa que se houvesse posição expressa sobre o tema, é bem provável que os teóricos brasileiros da perspectiva civil-constitucional argumentariam em favor da eficácia imediata de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Deve-se considerar, todavia, que, além das duas teorias acima referidas, há posicionamentos que tentam solucionar a questão em tela por meio de caminhos intermediários, buscando conciliar os valores envolvidos.

Dessa forma, ambas as posições estudadas podem sofrer variações. Algumas se aproximam mais da eficácia mediata, preservando, preponderantemente, a liberdade dos

²⁷ Como explica Steinmetz (2004, p. 139) ao comentar a teoria ora estudada, a panconstitucionalização do ordenamento jurídico se trata de fenômeno considerado prejudicial não só ao direito privado, mas também ao direito constitucional, pois “(a) implicaria a trivialização da Constituição e dos direitos fundamentais, (b) converteria, em grande escala, casos jurídico-privados em casos jurídico-constitucionais e, por conseqüência, (c) sobrecarregaria a jurisdição constitucional.”

²⁸ É interessante observar que se trata de uma situação que envolve conflito de direitos. É comum que a tutela de um direito fundamental resulte no desrespeito de outro, já que os sujeitos envolvidos são igualmente titulares de direitos fundamentais.

particulares nas suas relações de caráter privado. Outras apresentam maior semelhança com a teoria da eficácia imediata, primando pela maior proteção dos indivíduos em face de abusos provenientes de outros particulares e prestigiando a supremacia das normas constitucionais.

Na verdade, pode-se afirmar que, como refere Sarlet (2003, p. 358), não existem soluções uniformes nesta seara, devendo a eficácia direta ou indireta ser aferida diante do caso concreto. Assim, a decisão deve ser tomada a partir de uma ponderação dos valores conflitantes, buscando-se a melhor solução para cada situação específica, o que, aliás, parece estar de acordo com a tendência atual de afastar a aplicação pura e simples de uma ou de outra teoria, em favor de soluções diferenciadas.

1.3.2 Fundamentos da vinculação dos particulares a direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

Como já foi referido no presente trabalho, o reconhecimento da possibilidade de vinculação dos particulares a direitos fundamentais é uma necessidade, e, apesar de não haver posicionamento expresso nesse sentido na Constituição Federal, é possível encontrar no seu texto alguns fundamentos que evidenciam o acerto desse entendimento.

Seguindo a lição de Steinmetz (2004, p. 101-123), entende-se que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas possui como principais alicerces o princípio da supremacia da Constituição (ou princípio da constitucionalidade), o postulado da unidade material do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais como princípios objetivos e o princípio da dignidade da pessoa humana²⁹.

Em razão do princípio da constitucionalidade, as normas constitucionais (logo, as de direitos fundamentais) possuem uma supremacia em decorrência da qual devem incidir não só sobre as relações em que o Estado figure em um dos pólos, mas também nas relações que se estabeleçam entre particulares. A Constituição, então, funciona como uma diretriz para que se

²⁹ O autor citado menciona, ainda, como fundamentos adicionais que, apesar de possuírem menor força, reforçam a tese da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, o princípio constitucional da solidariedade (consagrado no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal) e o princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais (disposto no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal).

estabeleça a unidade de todo o ordenamento jurídico (postulado da unidade material do ordenamento jurídico), guiando, portanto, o próprio direito privado, razão pela qual os particulares devem estar vinculados aos direitos fundamentais.

Essa posição encontra fundamento, também, na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (1.2), já que dela decorre o entendimento segundo o qual os direitos fundamentais constituem um sistema de valores que informa todo o direito.

Ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil no artigo 1º da Constituição Federal³⁰ e referido em tantas outras passagens do mesmo diploma normativo³¹, contribui para demonstrar a adequação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao direito pátrio.

É difícil definir a dignidade da pessoa humana de modo a alcançar uma resposta geral com relação ao seu conteúdo, devendo-se proceder ao exame do caso concreto para verificar se houve ou não a sua violação. Entretanto, pode-se dizer que, em linhas gerais, está ligada ao fato de que o ser humano é dotado de personalidade e, portanto, é senhor de sua vontade. Assim, não se pode permitir a submissão de uma pessoa à outra.

De acordo com o princípio em análise, o homem deve ser visto como fim, e não como meio para a satisfação da vontade do poder público ou de algum particular, e a garantia de que isso será totalmente respeitado, sem dúvida, pressupõe que os particulares também estejam obrigados a observar os direitos fundamentais.

Em resumo, a Constituição Federal consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual dá especial destaque. Contudo, para que tal princípio seja efetivamente respeitado, não pode haver abusos nem por parte do Estado, nem por parte de sujeitos de direito privado, sendo que não se pode evitar a prática de arbitrariedades por parte de um particular em prejuízo de outro sem que se aceite a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

³⁰ CF, Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana.

³¹ A dignidade da pessoa humana aparece em vários outros dispositivos da Constituição Federal, como, por exemplo, nos artigos 170, 226, § 7º e 227, o que demonstra a grande importância a ela atribuída pelo legislador constituinte.

Verifica-se, então, a existência de embasamento constitucional para que se sustente a tese da vinculação dos particulares a direitos fundamentais no Brasil, não sendo um empecilho para tanto o fato de não haver, na Constituição, disposição expressa nesse sentido.

2 RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

2.1 Conceito

Como já mencionado no presente trabalho, os direitos fundamentais não são absolutos, podendo sofrer restrições em alguns casos. Diante disso, um questionamento que surge é quanto à legitimidade da autolimitação desses direitos por meio da renúncia.

A própria Constituição pode aceitar ou proibir a renúncia a direitos fundamentais, expressa ou implicitamente, mas não é o que se verifica na maior parte dos casos. Normalmente a questão da possibilidade ou não dessa renúncia surge diante de uma situação concreta para a qual não existe uma resposta previamente definida.

É muito comum encontrar na doutrina afirmações no sentido de serem irrenunciáveis os direitos fundamentais. José Afonso da Silva (1999, p. 185), por exemplo, ao enumerar caracteres desses direitos aponta, entre eles, a sua irrenunciabilidade, asseverando que: “Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.”

Apesar disso, é importante perceber que há diversos aspectos a serem estudados antes de se chegar a alguma conclusão com relação ao tema em estudo.

¹ Para este capítulo será utilizado como ponto de partida o texto de Jorge Reis Novais (1996) sobre renúncia a direitos fundamentais. Vale ressaltar que o citado autor escreve sobre a renúncia a direitos fundamentais no âmbito das relações entre Estado e particular, sendo que, no presente trabalho, são feitas as devidas adaptações de modo que as explicações possam abranger também a questão da renúncia nas relações entre particulares.

Assim, para que se possa analisar a possibilidade ou não dessa renúncia, cabe esclarecer, primeiramente, o que se entende por *renúncia a direitos fundamentais*.

Como ensina Jorge Reis Novais (1996, p. 270-271), é importante perceber que a renúncia a direitos fundamentais é diferente da renúncia que normalmente surge no direito privado ou nos casos relacionados a direitos subjetivos públicos que não sejam direitos fundamentais, pois raramente envolverá a extinção de um direito fundamental como um todo e em definitivo. Normalmente o que há é um compromisso individual e voluntário de um cidadão não invocar, temporariamente, uma determinada posição jurídica tutelada por norma de direito fundamental.

A partir da lição do referido autor (NOVAIS, 1996, p. 267), pode-se concluir que a expressão *renúncia a direitos fundamentais* designa, em Direito Constitucional, um feixe complexo de situações, sendo que tais situações possuem como elemento unificador comum o fato de sempre existir previamente uma posição jurídica subjetiva tutelada por norma de direito fundamental que, com a concordância do seu titular, sofre um enfraquecimento em face do outro pólo da relação.

Manifesta-se sob a forma de uma declaração unilateral², e é essa mesma declaração de vontade do titular do direito que vai dar origem ao referido enfraquecimento³.

Resumidamente, então, a renúncia a direitos fundamentais pode ser entendida como a possibilidade que o indivíduo tem de livremente⁴ dispor de alguma posição jurídica própria amparada por norma de direito fundamental.

Como se vê, enquanto no direito privado a renúncia costuma significar a extinção de um direito em razão do abandono voluntário e irrevogável por parte do seu titular, no caso dos

² Nada impede, no entanto, que a renúncia apareça como uma prestação no âmbito de um contrato.

³ Não se pode confundir a renúncia com figuras afins, como a perda e o não exercício de direito. Na perda não é a declaração de vontade do titular do direito que determina que o particular não possa mais exercer um determinado direito, e sim o ordenamento jurídico, com base na ocorrência de certos pressupostos de fato. O simples não exercício, por sua vez, não gera qualquer vinculação do titular do direito fundamental. O particular possui uma posição jurídica que a ordem jurídica lhe permite exercer ou não. A qualquer momento o particular poderá optar pelo exercício positivo do seu direito, a menos que o ordenamento jurídico determine que o não exercício, a partir de um certo momento, implique a perda de tal direito. Nesse caso, perde-se a própria titularidade da posição jurídica, não sendo mais possível ao particular reassumi-la (NOVAIS, 1996, p. 273-277).

⁴ Como ensina Canotilho (2003, p. 464), dispor contra si próprio requer liberdade e autodeterminação.

direitos fundamentais o que há, geralmente, é apenas a diminuição da proteção do indivíduo, em maior ou menor grau, dependendo do caso concreto. Os direitos fundamentais, em regra, não são afastados definitivamente da esfera jurídica do seu titular, o que se justifica tendo em vista a elevada importância que tais direitos possuem na vida de cada indivíduo e até mesmo do ponto de vista da comunidade. O que ocorre, normalmente, é uma renúncia pontual (referente apenas a alguma faculdade ou a algum poder decorrente desse direito) e/ou temporária (o titular, depois de um tempo, retoma o direito tal como era antes da renúncia). Ainda, vale ressaltar que, como se verá a seguir, em alguns casos a declaração de renúncia pode até ser revogada.

Compreendida a explicação acima, passa-se a analisar brevemente as possíveis modalidades, bem como a natureza e o fundamento jurídicos da renúncia a direitos fundamentais, para que seja possível, em um momento posterior, abordar a questão da sua admissibilidade no âmbito das relações entre particulares, o que constitui o objeto principal do presente estudo.

2.2 Modalidades

É importante ter presente o fato de que a renúncia a direitos fundamentais pode ocorrer de diferentes maneiras.

A natureza jurídica e a extensão material do bem objeto da renúncia, assim como a extensão temporal desse ato de disposição, podem variar em cada caso e devem ser analisadas com cautela, pois são elementos que possuem grande importância no momento de se determinar a admissibilidade ou não da renúncia diante de um caso concreto.

2.2.1 Quanto à natureza jurídica do bem objeto da renúncia

Quanto à natureza jurídica, o objeto da renúncia pode ser a titularidade do direito fundamental ou o exercício desse direito.

Existe entendimento no sentido de que não se pode aceitar a renúncia à titularidade de um direito fundamental, admitindo-se apenas a renúncia ao exercício de tal direito. Dessa posição parece aproximar-se a opinião de Canotilho (2003, p. 464), que, ao analisar a questão sob o ponto de vista do ordenamento jurídico português, ensina que se deve distinguir entre renúncia ao núcleo substancial do direito (inadmissível) e limitação voluntária ao exercício de direitos (permitida sob certas condições).

Há, entretanto, quem defenda que tudo depende das circunstâncias do caso concreto. Assim, pode haver casos em que se mostre aceitável a renúncia à própria titularidade do direito (que seria o máximo do poder de disposição), assim como também pode acontecer que, diante de alguma situação, a irrenunciabilidade ao mero exercício do direito seja uma imposição (NOVAIS, 1996, p. 322).

Também há quem pense que não se deve fazer essa diferenciação entre renúncia à titularidade do direito e renúncia à capacidade de exercício do direito. Um dos argumentos dos que assim entendem é o de que no âmbito dos direitos fundamentais não existiria interesse funcional em ser titular de um direito que não pudesse ser exercido. Assim, a distinção em tela não teria um alcance prático relevante.

Contrariando essa idéia, Novais (1996, p. 279-280) entende que tal diferenciação é válida. Ao tratar do assunto em questão, observa que, por vezes, a doutrina acaba confundindo planos qualitativamente diversos, quais sejam, o plano da distinção dogmática entre as duas figuras e o plano do interesse funcional da distinção. Enquanto a diferenciação dogmática é sempre possível⁵, pode surgir algum problema com relação ao alcance prático de tal distinção. Para o citado autor, porém, mesmo no campo funcional é importante diferenciar as duas figuras.

[...] a distinção entre estar ou ser privado da titularidade de um direito e estar ou ser privado da capacidade jurídica para o seu exercício só é aparentemente irrelevante se se considerar que a privação da titularidade de um direito fundamental é inadmissível à luz dos princípios de um Estado de Direito e de garantia da dignidade da pessoa humana. Mas, nesta última

⁵ “Quanto à possibilidade dogmática de distinção entre titularidade e capacidade de exercício de direitos fundamentais, parece evidente que, no plano dos conceitos, uma coisa é ter a titularidade de uma posição jurídica de direito fundamental e outra, perfeitamente distinta, é ter a capacidade, fática ou jurídica, de concretamente invocar essa posição no exercício concreto das faculdades ou poderes que a integram” (NOVAIS, 1996, p. 280).

hipótese, a conclusão não deve ser a da irrelevância funcional da distinção entre titularidade e capacidade de exercício, mas exactamente a de que, por ela ser relevante, a imperatividade de garantia de outros valores exige, à partida, a proibição da renúncia à titularidade, ao mesmo tempo que é compatível, pelo menos em certas circunstâncias, com a renúncia à capacidade de exercício (NOVAIS, 1996, p. 280-281).

Então, é muito importante perceber a existência da distinção em estudo, até porque na renúncia ao mero exercício do direito fundamental há apenas uma limitação da capacidade jurídica de invocar as faculdades ou poderes que integram o direito em questão, ficando preservada a titularidade de tal direito, o que permite que o seu titular possa eventualmente revogar a declaração de renúncia, retomando integralmente a capacidade de exercício do direito fundamental. Quando se renuncia à titularidade do direito, por outro lado, há um ato de disposição que não é passível de retratação.

Assim, resta evidente que discernir entre uma e outra situação pode ser determinante no momento da decisão sobre a admissibilidade ou não da renúncia em um determinado caso concreto.

2.2.2 Quanto à extensão material do bem objeto da renúncia

A extensão material do bem objeto da renúncia diz respeito à sua delimitação quantitativa.

Nesse sentido, a renúncia a um direito fundamental pode ser total ou parcial. Isso significa que, independentemente de se tratar de caso de renúncia à titularidade ou à capacidade de exercício, o ato de disposição pode dizer respeito ao direito fundamental como um todo ou apenas a algumas das faculdades que o integram (NOVAIS, 1996, p. 283-284).

Como se sabe, diversas faculdades podem compor um direito fundamental, sendo possível, então, que o seu titular limite a declaração de renúncia a apenas algumas dessas faculdades, preservando as demais, conforme lhe pareça conveniente.

2.2.3 Quanto à extensão temporal da renúncia

Independentemente de se tratar de renúncia à titularidade de um direito fundamental ou ao exercício de tal direito, e seja ela total ou parcial, deve-se levar em consideração, ainda, o fato de que essa autolimitação pode ou não ser temporariamente delimitada.

Assim, o titular da posição jurídica tutelada por norma de direito fundamental pode, ao realizar a declaração de renúncia, estabelecer que esta terá duração por um determinado prazo, findo o qual tal declaração deixará de produzir efeitos.

Para melhor ilustrar essa situação, vale lembrar o exemplo trazido por Novais (1996, p. 284), que, ao discorrer sobre o tema em estudo, cita o caso de um divórcio em que, por mútuo consentimento, um dos cônjuges compromete-se a não residir na mesma localidade do outro por cinco anos ou, então, por toda a vida.

2.3 Natureza e fundamento jurídicos

Como foi visto até agora, a renúncia está sempre associada à idéia de limitação do direito fundamental. Trata-se de uma auto-restrição, ou seja, de uma restrição decorrente da vontade do próprio titular do direito.

É importante perceber, entretanto, que a renúncia não se resume a isso. Pode-se dizer que possui dupla natureza, pois, além de ensejar a limitação de um direito, afigura-se, por outro lado, como o próprio exercício desse direito⁶.

O indivíduo, ao renunciar, age amparado por um outro direito consagrado pela Constituição Federal, que é o direito à liberdade, genericamente previsto no “caput” do artigo

⁶ Como observa Novais (1996, p. 288-289): “De alguma forma, a designação da renúncia como auto-restrição procura dar conta do caráter irreduzível desta dupla dimensão da renúncia como exercício e restrição de um direito fundamental.”

5º do referido diploma normativo⁷. Ligadas a esse direito estão a autonomia privada, o livre desenvolvimento da personalidade e a autodeterminação individual, que, sem dúvida, também gozam de proteção constitucional⁸.

Evidentemente, a possibilidade que cada indivíduo tem de determinar a sua vida de acordo com a própria vontade é algo que prestigia o princípio da dignidade da pessoa humana, que, como se sabe, é princípio que informa todo o sistema constitucional brasileiro.

Como já referido neste trabalho (1.3.2), o homem é um ser dotado de personalidade e, portanto, senhor de sua vontade. Muitas vezes, o ato de dispor de um direito fundamental do qual é titular permite ao indivíduo atingir os seus reais interesses, concretizar os projetos que tenha criado para a sua vida e que, sem esse ato, talvez não pudessem ser alcançados com o mesmo grau de satisfação. Diante disso, a renúncia deve ser vista como um ato possível, já que se mostra produto da autodeterminação protegida constitucionalmente⁹.

É nesse sentido que se pode enxergar a renúncia como o exercício de um direito fundamental. Traduz bem essa idéia o ensinamento de Novais (1996, p. 287). Para esse autor, ser titular de um direito fundamental gera para o indivíduo uma posição de vantagem da qual (em razão da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de autodeterminação individual) ele pode dispor, mesmo que seja no sentido de enfraquecer tal posição, quando desse enfraquecimento espera retirar vantagens que de outra forma não obteria.

⁷ CF, Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].

⁸ Sobre esse assunto, Steinmetz (2004, p. 200, grifo do autor) explica: “Na República Federativa do Brasil, também é possível fundamentar a tutela constitucional da autonomia privada. A afirmação dessa tutela resulta do argumento cujas *premissas* são o direito geral de liberdade (CF, art. 5º, *caput*), o princípio de livre iniciativa (CF, art. 1º, IV e art. 170, *caput*), o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII), o direito de propriedade (CF, art. 226, *caput* e XXII), o direito de herança (CF, art. 5º, XXX), o direito de convenção ou de acordo coletivo (CF, art. 7º, XXVI), o princípio da proteção da família, do casamento e da união estável (CF, art. 226, *caput*, § de 1º a 4º) e cuja *conclusão* é o poder geral de autodeterminação e autovinculação das pessoas tutelado pela Constituição.”

⁹ É claro que essa liberdade não é ilimitada. Deve-se analisar o caso concreto. Como ressalta Novais (1996, p. 327), deve-se estar atento para perceber a partir de que medida é que o exercício da referida liberdade, por meio da renúncia, por resultar em limitação excessiva, passa a representar um obstáculo capaz de anular ou destruir as condições da futura autodeterminação e do livre desenvolvimento da personalidade.

Então, para os fins do presente trabalho, e de modo a contemplar a dupla natureza acima explicitada, a renúncia pode ser vista como uma forma de exercer um direito fundamental por meio da limitação desse mesmo direito.

Assim, por exemplo, se um indivíduo contratado para um estágio de formação profissional concordar em, nos cinco anos seguintes, prestar serviços exclusivamente para a instituição que tenha financiado a sua formação, estará renunciando ao direito de livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, consagrado no art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal¹⁰, durante o referido prazo. Entretanto, por outro lado, pode-se vislumbrar essa renúncia como uma forma de exercer esse mesmo direito, até porque tal ato de disposição lhe permitiu realizar o seu maior interesse no caso concreto, que era ser admitido no mencionado estágio de formação.

A renúncia é também exercício de direito porque exercer um direito abrange a possibilidade de dispor das faculdades que dele decorrem, se isso significar uma opção ligada à capacidade de autodeterminação do seu titular, e ainda mais porque, muitas vezes, a renúncia pode permitir a realização de fins que o indivíduo considera mais importantes do que aqueles que eventualmente poderiam ser alcançados sem essa auto-restrição.

É importante, porém, observar que a restrição ao direito fundamental não pode ser levada a efeito caso esteja a ponto de transformar o indivíduo em instrumento para a concretização de fins alheios, comprometendo, assim, a dignidade da pessoa humana. Essa é uma avaliação que, conforme será estudado mais adiante, sempre deve ser realizada diante do caso concreto.

Note-se, ainda, que o poder de renunciar está diretamente ligado à titularidade do direito a que se renuncia. Ao titular do direito fundamental é que se reconhece o poder de dispor de tal direito, caso essa seja a sua a sua real vontade.

¹⁰ CF, Art. 5º. [...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Como refere Novais (1996, p. 286), a titularidade de uma posição de direito fundamental envolve, em princípio¹¹, o poder de disposição sobre todas as possibilidades de ação que dela se originam, tais como a decisão sobre o direito ser ou não exercido e a escolha referente a quando e como ocorrerá esse exercício (ou não exercício) fático. Diante disso, conclui o autor:

[...] se eu posso decidir livremente, como regra, se exerço um direito fundamental, posso também *anunciar* aos outros a intenção de não exercício e, finalmente – entrando, então, no plano da “renúncia” (do latim *renuntiare*, “anunciar a retirada de...” –), posso vincular-me juridicamente a não exercer (NOVAIS, 1996, p. 287, grifo do autor).

Em resumo, o fundamento da renúncia a direito fundamental está na titularidade de tal direito. Por ser titular do direito é que o indivíduo possui aquele poder de disposição em que a sua vontade é levada em consideração do ponto de vista jurídico.

Tendo em vista as idéias expostas até o presente momento, é simples compreender porque a renúncia a direitos fundamentais é hoje admissível em alguns casos¹². Entender a renúncia como exercício de um direito (e não apenas como restrição) e como uma decorrência da própria titularidade desse direito torna mais fácil visualizar esse ato de disposição como uma alternativa que tem o indivíduo para, respeitados os limites já referidos, buscar alcançar as suas finalidades.

¹¹ O autor (NOVAIS, 1996, p. 286-287) coloca *em princípio* porque, conforme explica, uma posição pode ser constitucionalmente garantida de modo que prive o seu titular da livre disponibilidade da sua utilização. Cita como exemplo a norma da Constituição de Portugal que prevê que os pais têm o direito e o dever de educação dos seus filhos. O exercício de direitos como esse acaba sendo vinculado, sem possibilidade de disposição individual. Esse exemplo serve também para o caso do direito brasileiro, tendo em vista o artigo 205 da Constituição Federal (“A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”). Ressalta, porém, que em um Estado não paternalista como é o Estado de Direito, que se baseia na dignidade da pessoa humana e faz do livre desenvolvimento da personalidade individual um valor fundamental, os direitos de exercício obrigatório são exceções.

¹² Como será estudado posteriormente, a admissibilidade da renúncia deve sempre ser aferida diante das circunstâncias de cada situação concreta.

3 POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

3.1 Relações entre particulares

A partir deste momento, o presente estudo passa a se ocupar da questão da renúncia a direitos fundamentais especificamente no âmbito das relações entre particulares (também conhecidas como *relações horizontais*). Para que se possa discorrer sobre esse assunto, é necessário, primeiramente, entender melhor o que são e como podem ser formadas essas relações.

Inicialmente, cabe referir que as relações entre particulares, para os efeitos deste trabalho, são, obviamente, aquelas relações jurídicas estabelecidas entre sujeitos de direito privado, estando excluídas, então, as relações em que o Estado figure em um dos pólos (conhecidas como *relações verticais*).

As relações em análise podem ser constituídas entre pessoas físicas, entre pessoas jurídicas ou até entre pessoas físicas e jurídicas, desde que possuam natureza de direito privado.

Ainda, há duas situações possíveis no âmbito das relações horizontais: os sujeitos que se relacionam podem estar em condições de igualdade ou de desigualdade¹. Neste último caso, o que ocorre é que um dos sujeitos da relação detém poder frente ao outro.

¹ É importante identificar diante de qual dessas situações se está no caso concreto, pois essa circunstância pode vir a influenciar a decisão sobre a admissibilidade ou não de uma renúncia a direito fundamental, já que nas

Como já foi dito, o Estado não é o único detentor de poder, logo, não é o único sujeito capaz de oprimir o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos². Existem diversas relações em que um particular é colocado em situação de subordinação a outro, como ocorre, por exemplo, nas relações entre empregado e empregador.

De qualquer forma, as relações entre particulares se caracterizam pelo fato de que os sujeitos envolvidos são todos titulares de direitos fundamentais, o que acaba ensejando, muitas vezes, conflitos entre direitos dessa natureza. Aliás, como observa Steinmetz (2004, p. 89), é muito comum que sujeitos privados que tenham sido criados justamente para lutar pela efetividade dos direitos fundamentais, acabem, na tentativa de alcançar seus objetivos, colidindo com direitos fundamentais de outros particulares, o que, aparentemente, constitui um paradoxo.

Por fim, cabe mencionar que as relações entre particulares podem ser extracontratuais ou contratuais.

As relações extracontratuais podem dar ensejo a conflitos entre dois ou mais direitos fundamentais como, por exemplo, liberdade de expressão e vida privada. É o que se pode chamar de colisão de direitos fundamentais em sentido estrito.

Já nas relações contratuais é possível que se estabeleça conflito entre um ou mais direitos fundamentais e autonomia privada. Passa-se a questionar até que ponto pode chegar a liberdade contratual. Na verdade, o que ocorre é que, nas relações entre particulares, a autonomia privada atua como princípio fundamental, e, sendo essa autonomia protegida constitucionalmente, caso venha a conflitar com direitos fundamentais, deve-se resolver a questão como uma colisão de direitos fundamentais em sentido amplo (direito fundamental em confronto com bem constitucionalmente protegido). Assim como os direitos fundamentais limitam o princípio da autonomia privada, este princípio pode embasar a restrição a tais direitos (STEINMETZ, 2004, p. 202).

relações que envolvem sujeitos privados poderosos a chance de ocorrer alguma negociação abusiva é muito maior do que quando os sujeitos estão em condições de igualdade.

² Como ensina Steinmetz (2004, p. 89): “O poder é fenômeno social em sentido amplo, porque se manifesta nas múltiplas relações sociais, sejam elas verticais, sejam elas horizontais.”

Dessa forma, tendo em vista que, em ambos os casos, o problema é de colisão de direitos fundamentais, os conflitos que vierem a surgir no bojo de uma relação entre particulares (seja contratual, seja extracontratual) devem ser resolvidos mediante uma ponderação dos direitos envolvidos, realizada com o auxílio do princípio da proporcionalidade, como será estudado posteriormente com maior profundidade (3.2.2).

3.2 Admissibilidade de renúncia a direitos fundamentais nas relações interprivadas

Como já mencionado, é comum encontrar na doutrina afirmações sobre a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais. Efetivamente, essa é a primeira idéia que surge quando se passa a tratar desse assunto. Todavia, a partir da exposição realizada até o presente momento, pode-se concluir que a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais não deve ser afastada desde logo, sem uma análise mais aprofundada da situação concreta em que ela vier a ser cogitada³.

Há diversos argumentos utilizados para rejeitar a renúncia a direitos fundamentais. Pode-se embasar essa rejeição, por exemplo, no caráter inalienável dos direitos fundamentais (por serem inalienáveis são, também, irrenunciáveis). Outro argumento é a indisponibilidade de tais direitos, em razão das funções de caráter social, institucional ou estatal que possam exercer (pois estaria em jogo um interesse público do qual não poderiam os particulares dispor). Ainda nesse sentido, pode-se defender a indisponibilidade dos direitos fundamentais em razão da necessidade de se resguardar a sua dimensão objetiva.

Novais (1996, p. 292-297), contudo, critica todos os argumentos mencionados. Entende, em primeiro lugar, que o atributo da inalienabilidade não quer significar a exclusão da renúncia a posições de direitos fundamentais em geral. Refere que o conceito de inalienabilidade nem nas clássicas Declarações de Direitos tinha a intenção de ser aplicada ao problema ora estudado (dizia respeito apenas à antiga concepção de direito natural dos

³ É interessante referir que, seja qual for a teoria adotada acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, é possível, na prática, encontrar soluções concretas adequadas para os conflitos que surgirem nesse âmbito, até porque tais teorias não necessariamente se excluem, e todos acabam concordando que não se pode aceitar restrições que atinjam a dignidade da pessoa, nem se pode destruir a autonomia privada.

direitos fundamentais, segundo a qual tais direitos eram inatos, preexistentes ao Estado, inalienáveis). Quanto ao segundo argumento, o autor reconhece que há direitos que desempenham claramente uma função social, institucional ou democrática, mas entende que esse argumento não pode ser aplicado de maneira generalizada a todos os direitos fundamentais. Além disso, ressalta que o indivíduo é sempre o fim primeiro desses direitos em um Estado de Direito. Quanto ao último argumento apresentado, Novais lembra que a renúncia de um particular afeta apenas a dimensão subjetiva do direito fundamental, deixando-o intocado quanto à sua dimensão de norma objetiva. Explica, ainda, que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais jamais poderá sobrelevar a sua dimensão subjetiva⁴.

Há, então, embasamento para que se possa sustentar a admissibilidade da renúncia a direitos fundamentais. Aliás, como será visto a seguir, a realidade está cheia de casos de renúncia que têm sido aceitos sem maiores contestações.

Admitir a renúncia a um direito fundamental requer, em primeiro lugar, que se compreenda esse ato de disposição como uma forma de exercício desse mesmo direito. Ainda, a possibilidade de autolimitação de direitos é, sem dúvida, uma forma de expressar a liberdade constitucionalmente consagrada, e, como ensina Vieira de Andrade (2006, p. 284):

A liberdade que os direitos fundamentais pretendem garantir não é apenas um abstracto valor social, mas sobretudo o poder de disposição ou a auto-determinação dos indivíduos concretos, e é, por sua vez, em nome da liberdade geral ou da liberdade negocial que podem defender-se certas compressões à aplicabilidade dos preceitos constitucionais nas relações entre particulares.

Deve-se perceber, porém, até quando esse exercício pode ser considerado legítimo. A partir de que momento passa a configurar uma limitação excessiva, a ponto de não ser considerada aceitável⁵.

⁴ O citado autor (NOVAIS, 1996, p. 301) entende que não há impedimento genérico decisivo quanto à renúncia a direitos fundamentais, razão pela qual, tendo em vista o seu caráter de exercício de direito, conclui pela sua admissibilidade *prima facie*.

⁵ Para Novais (1996, p. 299-300), o exercício, pelo titular, de um direito fundamental por meio da disposição das faculdades que tal direito lhe garante somente se mostra ilegítimo quando a Constituição, ou alguma lei com base em norma constitucional, expressamente o determine ou quando houver importantes razões ou princípios constitucionalmente admissíveis que determinem o não exercício.

Aqui surge uma importante questão, que é saber se há ou não necessidade de proteger o indivíduo contra si próprio. Em outras palavras, é possível que uma pessoa disponha de seus direitos fundamentais, mesmo que isso implique violação à sua própria dignidade?

Na verdade, e como já foi possível se depreender do estudo realizado até o presente momento, o poder de renunciar não é absoluto. O poder de disposição de um indivíduo encontra limite na necessidade de respeito à dignidade não só das outras pessoas, mas também à sua própria dignidade.

No Brasil, em especial, a questão da renúncia a direitos fundamentais deve ser vista com maior cuidado, pois se trata de um país de muitas desigualdades. A possibilidade de renúncia a direitos fundamentais sem qualquer limitação geraria, sem dúvida, inúmeras situações de abuso. No campo das relações entre sujeitos privados, especificamente, seriam muitos os casos de exploração de um particular por outro que se encontrasse em posição privilegiada⁶. Como refere Steinmetz (2004, p. 117), os particulares, principalmente quando detentores de poderes econômico, social e cultural, apresentam-se como potenciais violadores da dignidade da pessoa humana⁷.

Mesmo nas relações entre particulares em condições de igualdade, em que o princípio da liberdade costuma ter mais espaço, tem-se a dignidade da pessoa humana como mínimo indisponível. É nesse sentido a lição de Vieira de Andrade (2006, p. 295), que, a respeito das referidas relações, entende que a renúncia a direitos fundamentais só poderá ocorrer se não atingir o mínimo de conteúdo do direito para além do qual o indivíduo acaba reduzido à condição de objeto ou de não-pessoa⁸.

⁶ O autoritarismo, a violência e a desigualdade social, no Brasil, não decorrem exclusivamente de atos ou omissões estatais. Os poderes privados também atuam de modo a consolidar e até a aprofundar o atual estado de coisas no país (STEINMETZ, 2004, p. 89).

⁷ É interessante notar que, para proteger o indivíduo de eventuais abusos, de modo a evitar que abra mão de direitos essenciais quando se encontrar em situação de desvantagem diante do outro pólo da relação, o ordenamento jurídico brasileiro procura manter a irrenunciabilidade de alguns direitos. É o que ocorre, por exemplo, com os direitos da personalidade (salvo nos casos em que a lei disponha em sentido contrário), conforme se lê no artigo 11 do Código Civil (“Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”). Também os direitos dos trabalhadores são, em tese, considerados irrenunciáveis, pois, se não fosse assim, o empregado acabaria sendo compelido a firmar avenças lesivas para não perder a oportunidade de emprego. Em casos como esses, a renúncia não poderia ocorrer nem por decisão do próprio indivíduo.

⁸ Assim também entende Freitas (2007, p. 175), que refere que, tendo em vista o caráter indisponível da dignidade humana como parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, é necessário proteger a pessoa contra atos que ela mesma possa cometer e que sejam atentatórios à sua dignidade.

Para reforçar esse entendimento, vale transcrever a lição de Sarlet (2003, p. 360):

Não é demais lembrar que, no concernente aos limites da autonomia privada, a incidência direta da dignidade da pessoa humana nas relações entre particulares atua também como fundamento de uma proteção da pessoa contra si mesma, já que a ninguém é facultada a possibilidade de usar de sua liberdade para violar a própria dignidade, de tal sorte que a dignidade da pessoa assume a condição de limite material à renúncia e auto-limitação de direitos fundamentais (pelo menos no que diz com o respectivo conteúdo em dignidade de cada direito especificamente considerado).⁹

No mesmo sentido, observa Gediél (2006, p. 152) que:

A dogmática constitucional contemporânea também tem se dedicado a examinar a questão da renúncia a direitos fundamentais, aproximando-se da dogmática civilista, para observar que há certos direitos e bens vinculados ao sujeito que podem admitir renúncia temporária ao seu exercício ou ser transmitidos por meio de negócios jurídicos, nos termos da lei, desde que não retirem do sujeito a sua dignidade e autonomia futura, nem o coloquem em situações que o identifiquem com simples objeto de relações jurídicas.

Frise-se, por oportuno, que essa parece ter sido a linha de entendimento acolhida pelo Código Civil brasileiro, em seus artigos 13,14 e 18¹⁰ (GEDIÉL, 2006, p. 152).

Diante disso, deve-se entender que os particulares, mesmo por decisão própria, não podem se submeter a condições indignas em benefício de outros particulares¹¹. Assim,

⁹ Novais (1996, p. 287-288), por outro lado, ao ressaltar o caráter de exercício de direito fundamental que está presente na renúncia, tece a seguinte crítica: “Só o Estado paternalista se arroga a pretensão de proteger sistematicamente o cidadão contra si próprio [...]”.

¹⁰ CC, Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

CC, Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

CC, Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

¹¹ Quanto a esse assunto, vale lembrar o paradigmático caso do *arremesso de anão*, ocorrido na França, em que se reconheceu que a dignidade da pessoa deve ser tutelada mesmo contra a vontade do titular. Conforme relata Freitas (2007, p. 175), em outubro de 1991, em algumas discotecas da região metropolitana de Paris e de cidades do interior, passou-se a disputar o *arremesso de anão* (*lancer de nain*), brincadeira em que se arremessava um anão de um ponto a outro. Diante disso, o prefeito de uma das cidades (Morsang-sur-Orge) interditou o espetáculo, valendo-se de sua condição de guardião da ordem pública na esfera municipal. Inconformada, a empresa de entretenimento que promovia os eventos, em litisconsórcio ativo com o diretamente interessado, Sr. Wackenheim (um anão), ajuizou ação perante o Tribunal Administrativo de Versailles, buscando a anulação do ato do prefeito. Os autores obtiveram êxito na primeira instância, tendo sido anulado o ato do prefeito, sob o argumento de que o espetáculo, por si só, não tinha o condão de perturbar a boa ordem, a tranquilidade ou salubridade públicas. Em outubro de 1995, entretanto, o Conselho de Estado, ao julgar um recurso, reformou a decisão do Tribunal Administrativo de Versailles, decidindo que o respeito à

verifica-se que, apesar de a renúncia ser também uma forma de exercício do direito fundamental, nem sempre ela pode ser admitida.

Na prática, o que se vê é que há muitos exemplos de renúncias a direitos fundamentais ocorrendo sem ensejar maiores polêmicas. Inclusive, algumas delas parecem afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana, e, apesar disso, nem sempre são contestadas.

Exemplo disso são os *reality shows*, que têm conquistado cada vez mais popularidade no país. Trata-se de programas televisivos em que particulares competem entre si, abrindo mão da sua privacidade (que é direito fundamental consagrado no art. 5º, X, da Constituição Federal¹²), em busca de objetivos como fama, dinheiro ou outros prêmios oferecidos pela rede de televisão responsável pelo programa.

Steinmetz (2004, p. 227) analisa essa questão específica e explica que os participantes desses programas não só expõem a intimidade, a vida privada e a imagem, como, muitas vezes, submetem-se a situações vexantes e degradantes. Como observa o citado autor, nesses casos, pode-se visualizar a restrição ou a lesão de direitos fundamentais de particulares no âmbito de uma relação contratual com outro particular, sendo que essa restrição ou lesão atinge amplo conhecimento público, o que agrava ainda mais a situação. Além disso, a restrição ou a lesão não só atinge algum direito fundamental pontual (como, no caso, a intimidade, a vida privada, a imagem), como também fere a dignidade humana como princípio constitucional objetivo e autônomo. Ademais, como o particular lesado não deseja, em casos como esse, a intervenção do poder estatal, pode-se dizer que também se encontra amparado pelo princípio da autonomia privada com relação à sua decisão. Entretanto, por outro lado, o Estado tem o dever objetivo de proteger os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana.

dignidade da pessoa humana é um dos componentes da noção de ordem pública e que a autoridade investida de poder de polícia municipal pode, mesmo na falta de circunstâncias locais específicas, interditar espetáculo atentatório à dignidade da pessoa humana. Essas práticas cessaram na França. Recentemente, porém, foi divulgada a notícia de que a polícia de Nova Iorque proibiu a realização de concurso semelhante em um bar de Long Island. Nos EUA, a prática ganhou muitos adeptos, tanto que o estado da Flórida estabeleceu legalmente a respectiva proibição, apesar da manifestação de anões que viam nessa prática uma forma de auferir rendimentos.

¹² CF, Art. 5º. [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Trata-se, como se vê, de uma colisão complexa, porque, em um mesmo caso, há tensão entre direito fundamental e autonomia privada, entre dignidade humana como princípio objetivo e autonomia privada e entre autonomia privada e dever estatal de proteção dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

Ademais, além da dimensão individual, está em questão a dimensão social da dignidade da pessoa. A vexação, a humilhação ou o tratamento degradante transcende a pessoa diretamente atingida, vai além dela, projetando-se contra os sentimentos social e moral de dignidade humana, contra a dignidade da pessoa como “bem social”. Simultaneamente, aviltam-se a pessoa e a comunidade à qual ela pertence, ou até mesmo a humanidade (STEINMETZ, 2004, p. 227, grifo do autor).

Como se vê, aí está um caso em que a renúncia a direito fundamental se mostra lesiva à dignidade da pessoa humana, e, portanto, de acordo com o estudo realizado até o presente momento, não poderia ser aceita.

Diante de situações como essa, havendo inequívoca e grave lesão à dignidade humana enquanto princípio constitucional objetivo e autônomo, Steinmetz (2004, p. 227-228) entende que o Estado está autorizado a intervir (em especial o Poder Judiciário, mediante provocação do Ministério Público) para buscar uma solução mediante aplicação do princípio da proporcionalidade¹³.

Também no âmbito trabalhista surge, muitas vezes, a questão da renúncia a direitos fundamentais. No Direito do Trabalho há o princípio da irrenunciabilidade, que busca proteger a parte mais frágil da relação, para que não se submeta a abusos por parte do empregador¹⁴. A relação de emprego é constituída por meio de um contrato entre dois sujeitos privados, mas a autonomia desses sujeitos é bastante limitada¹⁵. A renúncia aos direitos trabalhistas tutelados pela Constituição é considerada inválida, mesmo se realizada por alguma das formas de negociação coletiva. Há muitos julgados do Tribunal Superior do Trabalho nesse sentido. Vale transcrever um trecho de uma dessas decisões, na qual se afirma que:

¹³ O princípio da proporcionalidade será objeto de estudo no tópico 3.2.2 do presente trabalho.

¹⁴ Expressa bem essa idéia a Súmula 276, do Tribunal Superior do Trabalho, que reza: “Aviso prévio. Renúncia pelo empregado. O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.”

¹⁵ Como destaca Gediel (2006, p. 158), “[...] a atividade econômica como expressão e exercício da livre iniciativa, da propriedade privada e da livre disposição dos bens individualmente apropriados, só se torna possível ao se apresentar conformada pelo respeito à dignidade humana e pelos direitos fundamentais.”

A negociação coletiva é instituto valorizado e protegido pela ordem constitucional (CF, art. 7º, incisos VI, XIII, XIV, XXVI, art. 8º, III). Constitui opção legitimadora do regramento trabalhista, sempre adquirindo prestígio nos ordenamentos mais modernos e evoluídos. Não está e não pode estar, no entanto, livre de quaisquer limites, atrelada, apenas, à vontade daqueles que contratam. A mesma Constituição que consagra acordos e convenções coletivas de trabalho, fixa direitos mínimos para a classe trabalhadora, exigindo a proteção da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Esta proteção não pode subsistir sem a reserva de direitos mínimos, insensíveis à redução ou supressão por particulares e categorias (TST. Recurso de Revista nº 1745/2004-261-04-00. Terceira Turma. Relator: Ministro Alberto Bresciani. DJ 23.03.2007).

Por outro lado, há casos em que a renúncia a direito fundamental é perfeitamente possível, sendo facilmente aceita pela sociedade como uma prática corriqueira. É o caso, por exemplo, das operações estéticas, em que não deixa de haver uma renúncia à integridade física do indivíduo. Essa é também a opinião de Vieira de Andrade (2006, p. 295), que considera válida a renúncia à integridade física para cirurgia estética mesmo que haja um grande risco e, em contrapartida, os eventuais resultados não sejam consideráveis¹⁶.

Novais (1996, p. 265-266) também traz diversas relações entre particulares em que se verifica a renúncia a direitos fundamentais, como, por exemplo, a situação do jogador de futebol que, ao firmar contrato de trabalho com um clube ou sociedade desportiva, compromete-se a não dar entrevistas sem autorização da direção, ou quando um indivíduo aceita participar de experiências realizadas por um laboratório privado para testar um medicamento novo.

Como se vê, diante da multiplicidade de casos em que pode surgir o questionamento acerca da possibilidade da renúncia, não se pode afirmar categoricamente que os direitos fundamentais são renunciáveis ou não. Deve-se analisar cada caso concreto e encontrar, diante da sua especificidade, os limites ao poder de renúncia.

Basicamente, então, pode-se dizer que, em atenção à autodeterminação da personalidade, é possível que o indivíduo tome as decisões que entender mais adequadas ao seu projeto de vida, mesmo que isso implique renúncia a posições que lhe são atribuídas por

¹⁶ Entende o mencionado autor (ANDRADE, 2006, p. 295) que é nulo o consentimento negocial no tocante à lesão do bem da *vida*, mas, ressalta que o consentimento para intervenções médicas, operações estéticas e participação em jogos violentos, por exemplo, constitui renúncia lícita ao direito à integridade física.

normas de direitos fundamentais, mas essa conduta não pode significar agressão ao valor maior tutelado pela Constituição, que é a dignidade da pessoa humana.

É claro que saber o que é realmente essa dignidade é uma questão mais complicada. Como já se disse, não há uma resposta precisa para essa pergunta. Atualmente, já se pode sustentar que o conteúdo da dignidade da pessoa depende muito do que ela própria entende por dignidade. Novais (1996, p. 328-329), por exemplo, salienta que se busca, cada vez mais, dar preferência a uma concepção de dignidade da pessoa humana como um conceito aberto a uma complementação baseada na autonomia do interessado e no seu poder de conformação da própria vida.

Diante disso, é interessante notar que, sendo a dignidade da pessoa humana também um limite ao poder de auto-restrição¹⁷, a concepção adotada com relação a essa dignidade certamente influenciará a decisão sobre o cabimento ou não da renúncia diante de cada caso concreto. Em outras palavras, no momento da ponderação dos interesses envolvidos, a decisão sobre a admissibilidade da renúncia em uma situação específica pode variar de acordo com a concepção de dignidade adotada por quem tiver a tarefa de solucionar a questão. Como se verá adiante (3.2.2), não há um critério matemático a ser adotado nesses casos.

3.2.1 Condições essenciais à legitimidade da renúncia

Até o presente momento, demonstrou-se que a renúncia a direitos fundamentais é possível em alguns casos e que a sua admissibilidade deverá ser apurada diante de cada situação concreta, mediante a realização de uma ponderação dos direitos envolvidos¹⁸.

Também restou esclarecido que se deve ter a dignidade da pessoa humana como um importante limite ao poder de renúncia do indivíduo.

¹⁷ A dignidade da pessoa humana opera, por um lado, como fundamento para que se possa renunciar, e, por outro, como limite a esse mesmo poder.

¹⁸ Sobre a ponderação, veja-se o tópico 3.2.2.

Há, entretanto, outras condições que devem estar presentes para que a renúncia seja considerada um ato legítimo.

Como já se sabe, a renúncia é manifestada por meio de uma declaração de vontade que tem o intuito de enfraquecer alguma posição jurídica tutelada por norma de direito fundamental. O que é importante frisar, neste momento, é que, para que essa declaração alcance o seu propósito, deve provir do próprio titular do direito em questão, que é quem pode dele dispor. Como já referido (2.3), a titularidade do direito fundamental é o próprio fundamento dessa renúncia.

Assim, como ressalta Novais (1996, p. 302), não são consideradas legítimas, por exemplo, as situações em que o consentimento é prestado pelos pais, em nome de filho menor. O autor traz como exemplo o caso da testemunha de Jeová que deseja impedir a realização de transfusão de sangue em seu filho menor, sendo essa transfusão imprescindível para a sobrevivência deste. Esse ato não pode ser entendido como uma renúncia a direito fundamental, já que, não sendo o pai o titular do direito, não tem ele o poder de dispor sobre o abandono das faculdades, dos poderes e das pretensões que dele se originam.

O autor (NOVAIS, 1996, p. 302-303) explica que quando um adulto pretende renunciar à vida em nome da sua liberdade religiosa, a existência de consentimento deve ser levada em conta no momento da ponderação, como um fator favorável à admissibilidade concreta da renúncia. Já no caso da disposição em nome do menor, o consentimento dos pais não desempenha qualquer papel. Pode-se ponderar aí o direito à vida e o direito dos pais à educação e manutenção dos filhos, mas sem que se fale em renúncia, pois não há consentimento do titular do direito.

Ainda, é necessário que a declaração de renúncia seja voluntária, pois só assim pode ser considerada uma forma de efetivo exercício do direito fundamental. Como ensina Canotilho (2003, p. 464), a renúncia a direito fundamental pressupõe a disposição por parte do seu titular de forma livre e autodeterminada.

A declaração de vontade precisa ser emitida de forma consciente e voluntária, não podendo haver constrangimento para que seja vista como exercício de direito. Assim, se uma renúncia for realizada sob coação, por exemplo, não será considerada válida.

Mais complicada, no entanto, pode ser a questão quando se estiver diante de situação em que, na verdade, o consentimento pareça ter sido forçado em razão de se estar diante de uma relação em que existe uma desigualdade material entre os sujeitos. Pode ser difícil identificar, em um caso concreto, se a pessoa renunciou por achar que essa conduta lhe permitiria alcançar seus objetivos ou por se encontrar em uma situação em que só poderia perseguir seus fins pessoais se praticasse o referido ato de disposição.

Nas situações em que há a mencionada desigualdade entre os particulares, pode-se defender que uma eventual renúncia seria inválida, pois a vontade estaria viciada. Novais (1996, p. 305-306), porém, relativiza bastante a relevância da voluntariedade da renúncia. Entende que, mesmo que o particular esteja em situação de pressão, desigualdade ou dependência, não se deve, desde logo, invalidar a renúncia por falta de caráter voluntário¹⁹. Nesses casos, a renúncia poderia até ser invalidada por outros motivos (como, por exemplo, ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana), mas não com base na falta do pressuposto da voluntariedade. Isso porque é possível dizer que, de alguma forma, houve uma escolha por parte do indivíduo (quando optou por renunciar), a qual, inclusive, lhe permitiu prosseguir com autonomia os seus fins pessoais.

De qualquer forma, é muito importante, no momento da renúncia, verificar quem está emitindo a declaração de vontade (deve ser o titular do direito) e se a decisão de renunciar foi tomada de forma livre.

3.2.2 Ponderação de interesses em busca da decisão sobre a possibilidade de renúncia diante do caso concreto

Como já demonstrado, quando está em questão a renúncia a direitos fundamentais no âmbito de uma relação entre particulares, surge, pelo menos, um conflito, que é o conflito entre o direito fundamental em causa e a autonomia do indivíduo, que também é tutelada constitucionalmente. Esse conflito, como também já foi estudado, deve ser resolvido como

¹⁹ “É que pode ser exactamente quando o cidadão se encontra numa situação dessas que a possibilidade de prosseguir autonomamente os seus fins pessoais só possa ser garantida se ele aceitar prescindir de uma posição de direitos fundamentais” (NOVAIS, 1996, p. 306).

um caso de colisão de direitos fundamentais, ou seja, mediante uma ponderação em que serão tomados em conta todos os interesses em jogo, utilizando-se o princípio da proporcionalidade para avaliar o que deve prevalecer em cada situação²⁰.

Antes de se proceder à ponderação referida, é importante lembrar que a renúncia somente pode ocorrer em relação a algo de que o indivíduo dispõe. Saber o que é disponível, entretanto, é uma tarefa mais difícil. Não há como concluir abstratamente pela disponibilidade ou não das posições de direitos fundamentais. Como diz Novais (1996, p. 322), a medida da disponibilidade depende “[...] não apenas da natureza do bem tutelado, como das circunstâncias do caso concreto e do peso relativo das razões e interesses em conflito.”

Note-se que seria possível defender, por exemplo, que o poder de disposição é mais amplo nos casos em que o interesse tutelado pela norma constitucional é preponderantemente pessoal, sendo mais restrito nos casos em que prevalece, por trás da proteção constitucional, um interesse público.

Novais (1996, p. 323-324), entretanto, diz que esse critério do caráter pessoal ou social dos bens protegidos, por si só, não resolve o problema. Pode-se perceber, por exemplo, que, em relação aos direitos que se aproximam do núcleo da esfera da personalidade, tanto se pode sustentar que, por sua natureza pessoal, o titular tem o poder de dispor²¹, quanto que, exatamente em razão dessa natureza, deve-se defender a sua indisponibilidade, em nome da sua relevância extrema e tendo em vista a sua forte ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana²².

É por isso que não se pode querer classificar cada direito como disponível ou não. A disponibilidade da posição de direito fundamental não é dada pela sua natureza abstrata, e sim por todos os interesses e circunstâncias que fazem parte do caso concreto.

Assim, é possível conceber como válida uma renúncia a um direito fundamental que, em princípio, apresente uma forte componente social, tal

²⁰ Isso porque não há como estabelecer uma hierarquia prévia entre direitos fundamentais. Como explica Steinmetz (2001, p. 20): “Abstratamente, esses direitos mantêm entre si e com outros bens constitucionalmente protegidos uma relação de harmonia. Porque são atribuídos por normas constitucionais, não há entre eles ordenação hierárquica e nem exclusão *a priori*.”

²¹ O autor (NOVAIS, 1996, p. 324), cita como exemplo a disponibilidade do próprio corpo.

²² Aqui o autor (NOVAIS, 1996, p. 324) refere como exemplo a questão da eutanásia.

como, em contrapartida, uma renúncia a um direito eminentemente pessoal pode ser considerada inválida, sendo que, num caso e noutro, a decisão é fundamentável em considerações sobre a disponibilidade relativa do bem em causa (NOVAIS, 1996, p. 324).

Ainda, deve-se ter presente que a dignidade da pessoa humana, tantas vezes já referida no presente trabalho, deve ser levada em conta como um critério importante no momento da decisão sobre a possibilidade de uma renúncia concreta.

Trata-se de princípio de extrema importância no ordenamento constitucional brasileiro e que, ao mesmo tempo em que, de uma certa forma, fundamenta o poder de disposição do indivíduo sobre posições de direito fundamental (já que a dignidade da pessoa também está em poder determinar a sua vida da forma que melhor entender), serve também como limite a essa restrição de direitos (de modo que não se possa, por meio de uma renúncia, ser reduzido a condições degradantes).

Diante disso, pode-se afirmar que o ideal é olhar para o caso concreto e aí sim, examinando todos os aspectos a ele referentes, verificar se houve ou não o respeito a esse princípio. O que se deve buscar saber, tendo em vista a dupla atuação do princípio da dignidade da pessoa humana, é a partir de que momento a liberdade de renunciar passa a ser prejudicial ao indivíduo a ponto de não mais poder ser aceita.

É claro que a decisão sobre a possibilidade de renúncia pode variar de acordo com a concepção de dignidade adotada por quem tiver a tarefa de resolver a questão²³. Entretanto, como já referido no presente trabalho, é importante considerar que o respeito à dignidade da pessoa depende muito do que ela própria entende por dignidade.

Assim, por exemplo, a realização de uma castração imposta certamente atenta contra a dignidade da pessoa humana, mas uma castração voluntária, em alguns casos (como as operações para alteração de sexo), pode ser considerada admissível (NOVAIS, 1996, p. 326-327).

²³ Respeitada, é claro, a idéia (que já é consenso doutrinário) de que fere a dignidade da pessoa transformá-la em um mero instrumento para a realização de fins alheios. Assim, jamais será considerada legítima uma renúncia realizada no âmbito de um contrato em que uma pessoa se compromete a prestar trabalho escravo à outra.

Feitas essas considerações, cabe explicar como se dá a aplicação do princípio da proporcionalidade, que é o princípio por meio do qual se operacionaliza a ponderação de interesses destinada a responder a pergunta sobre a admissibilidade ou não de uma determinada renúncia a direito fundamental.

Primeiramente, cabe referir que o princípio da proporcionalidade também é hoje considerado um princípio constitucional. No Brasil, entende-se, majoritariamente, que tal princípio decorre da garantia do devido processo legal, prevista no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal²⁴.

Esse princípio, que é sempre utilizado nos casos em que há colisão entre direitos fundamentais, busca definir qual dos direitos em confronto vai prevalecer no caso concreto, sem que se elimine por completo o outro²⁵. Qualquer restrição a direito fundamental deve passar pelo exame de proporcionalidade.

Como ensina Steinmetz (2001, p. 149), esse princípio “[...] pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o fim é o objetivo ou finalidade perseguida pela limitação, e o meio é a própria decisão normativa, legislativa ou judicial limitadora, que pretende tornar possível o alcance do fim almejado.” Assim, analisa-se o meio em relação ao fim. Mede-se a intensidade do meio escolhido em relação ao fim a ser atingido.

Para que essa relação meio-fim seja proporcional, é necessário que sejam respeitados os princípios parciais da proporcionalidade, que são: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo o princípio da adequação, a restrição ao direito fundamental (que é o meio) apenas será adequada caso se mostre útil para alcançar o fim pretendido. Em outras palavras, a restrição só será adequada se for efetivamente capaz de levar o indivíduo ao fim pretendido.

Feita a análise de adequação, passa-se a cuidar da necessidade. Um meio só é necessário se não houver outro que, de forma menos invasiva, permita que a pessoa chegue ao

²⁴ CF, art. 5º. [...]

LIV - Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

²⁵ Como ensina Moraes (2004, p. 63), esse princípio possibilita a combinação e a coordenação dos bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício de uns em relação aos outros.

fim desejado. É o princípio da intervenção mínima. Assim, havendo vários meios idôneos, deve-se usar o menos gravoso para o indivíduo que vai ter seu direito limitado²⁶.

Preenchidas as exigências de adequação e necessidade, passa-se para o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Basicamente, esse princípio significa que se deve verificar se a vantagem obtida com a restrição ao direito fundamental é maior do que o prejuízo que dela advirá. Trata-se da ponderação dos bens propriamente dita²⁷.

Somente se respeitados esses três princípios parciais é que a restrição a direito fundamental pode ser considerada admissível.

É esse o procedimento que deve ser seguido sempre que surgir uma situação de renúncia a direito fundamental.

Deve-se analisar se a renúncia à posição de direito fundamental (que é o meio), é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito em relação ao objetivo específico que o indivíduo pretende com ela alcançar (que é o fim).

Como já mencionado, em uma situação dessas haverá, pelo menos, um conflito a ser resolvido dessa forma, que é o conflito entre o direito fundamental que de que se busca dispor e a autonomia do indivíduo, que também é constitucionalmente tutelada.

Essa ponderação permite que se chegue a uma decisão apropriada em qualquer caso concreto em que exista dúvida sobre a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais. Deve-se ter em mente, entretanto, que não se trata de uma tarefa simples e que não há uma única resposta absolutamente correta para cada caso específico. Como diz Novais (1996, p. 321), “[...] não se pode, todavia, pretender da ponderação de bens e valores aquilo que ela, por natureza, não pode fornecer, ou seja, uma decisão una, inequívoca e incontestável.” O que se consegue com a ponderação não é uma única resposta correta, e sim uma solução fundamentada racionalmente.

²⁶ Se todos os meios forem prejudiciais na mesma medida, opta-se pelo meio mais eficaz.

²⁷ Note-se que as análises de adequação e de necessidade são juízos empíricos. Dizem respeito às possibilidades fáticas. Já na proporcionalidade em sentido estrito o que se examina são as possibilidades jurídicas.

CONCLUSÃO

Como foi possível constatar ao longo do presente estudo, a renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares é possível em alguns casos. Tais casos, entretanto, não são previamente determináveis.

Para chegar a essa conclusão, foi necessário entender a renúncia como uma forma de exercício dos direitos fundamentais (e não só como uma limitação desses direitos) e, ainda, verificar que o poder de renunciar decorre da própria titularidade do direito fundamental. Além disso, demonstrou-se que a auto-restrição de direitos por meio da renúncia encontra fundamento na liberdade constitucionalmente consagrada.

A partir dessa compreensão, passa-se a vislumbrar esse ato de disposição como uma opção a que pode o indivíduo recorrer no intuito de alcançar os seus objetivos pessoais de forma mais efetiva.

Verificou-se, entretanto, que esse poder não é irrestrito. O princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, deve sempre ser preservado, funcionando como um importante limite ao poder de renúncia. Nem com a concordância do titular é admissível a renúncia a direitos fundamentais se essa conduta significar desrespeito ao referido princípio.

Diante de tudo isso, ficou clara a importância de se procurar perceber até que ponto pode o indivíduo dispor de seus direitos fundamentais, sem que essa atitude signifique uma restrição excessiva e, portanto, inadmissível.

Quando se fala em renúncia a direitos fundamentais, estabelece-se, desde logo, um conflito entre o direito objeto da renúncia e a autonomia privada, e, seja qual for o direito fundamental em questão, não há uma solução previamente determinada diante de conflitos dessa natureza. Isso porque não se pode estabelecer uma hierarquia entre direitos fundamentais ou entre tais direitos e outros bens constitucionalmente protegidos.

Ademais, como se demonstrou, não há como concluir abstratamente pela disponibilidade ou não de cada um dos direitos fundamentais. As relações que os particulares estabelecem entre si são as mais variadas, e isso gera uma multiplicidade de situações de renúncia, sendo que haverá, em cada uma delas, circunstâncias e interesses específicos capazes de exercer forte influência sobre a decisão de admissibilidade ou não dessa renúncia.

De qualquer forma, é necessário verificar sempre se quem está renunciando é o titular do direito (pois é ele quem tem o poder de disposição) e se ele o está fazendo livremente. Além disso, deve-se preservar a dignidade da pessoa humana e, ainda, sopesar, com o auxílio do princípio da proporcionalidade, os interesses conflitantes no caso concreto para, diante das suas especificidades, encontrar os limites ao poder de renúncia.

Assim, com base na pesquisa realizada e após essas considerações, percebe-se que não se pode simplesmente tratar os direitos fundamentais como direitos irrenunciáveis, fechando os olhos para os inúmeros casos em que, no dia-a-dia, os particulares, nas suas relações com outros sujeitos privados, comprometem-se a não invocar algum direito fundamental em nome de outros interesses que considerem relevantes.

Mesmo que não se possa, pelas razões referidas, definir abstratamente quais são os direitos renunciáveis ou não, é importante admitir que a renúncia em tela é legítima em alguns casos e, ainda, reconhecer a existência de um método pelo qual se pode alcançar uma resposta que, apesar de não ser a única correta, será sempre racionalmente fundamentada e, portanto, capaz de solucionar de forma apropriada os problemas dessa natureza que vierem a surgir no mundo dos fatos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr.-maio 2002. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/PDF_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-PAULO-GUSTAVO-GONET.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 276*. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 09 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sydney Sanches. Diário da Justiça: 18 mar. 1994. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 11 jan. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 158.215 – RS. Recorrente: Ayirton da Silva Capaverde e outros. Recorrido: Cooperativa Mista São Luiz Ltda. Segunda Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário da Justiça: 07 jun. 1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 20 jan. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161.243 – DF. Recorrente: Joseph Halfin. Recorrido: Compagnie Nationale Air France. Segunda Turma. Relator: Ministro Carlos Velloso. Diário da Justiça: 19 dez. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 20 jan. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819 – RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Segunda Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça: 27 out. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 15 mar. 2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1745/2004-261-04-00. Recorrente: Indústria de Calçados PV Ltda. Recorrido: Luiz Diego Nogueira. Terceira Turma. Relator: Ministro Alberto Bresciani. Diário da Justiça: 23 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 09 maio 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789*. Disponível em: <<http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/documentos/doc11.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v. I.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.