

Um Debate Acerca da Renúncia aos Direitos Fundamentais: Para um Discurso dos Direitos Fundamentais como um Discurso de Liberdade¹

Laura Schertel F. Mendes

Gestora Governamental, Aluna do Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e Membro do Grupo de Estudos "Sociedade Tempo e Direito" (STD) da mesma faculdade.

DOI: 10.11117/22361766.13.01.06

SUMÁRIO: Introdução e apresentação do problema; 1 Renúncia e não-exercício de um direito fundamental; 2 O problema da interpretação dos direitos fundamentais como direitos indisponíveis *prima facie*; 3 O livre exercício dos direitos fundamentais e a possibilidade de renúncia ao exercício de certos direitos fundamentais; Conclusão; Referência bibliográficas.

INTRODUÇÃO E APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais, de modo a se buscar uma interpretação desses direitos, que abarque as idéias de autodeterminação do indivíduo, de livre exercício e de pluralidade de visões do mundo, em detrimento de uma concepção protetora-paternalista desses direitos. Pretende-se discutir o papel da autonomia do titular do direito fundamental na conformação de seu direito, bem como os limites dessa autonomia.

Pressuposto deste trabalho é o de que a liberdade constitui um aspecto basilar na teoria dos direitos fundamentais, sem a qual não faz sentido sequer falar-se em direito fundamental². O problema a ser enfrentado resume-se da seguinte forma: a liberdade do titular do direito fundamental envolve a possibilidade de ele renunciar ao seu direito ou essa liberdade se limita ao poder do titular de exercer o seu direito conforme as suas preferências, sem que haja de fato renúncia ao direito fundamental?

- 1 Artigo apresentado como trabalho final na disciplina "Direitos Fundamentais", da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, ministrada pelo Professor Gilmar Ferreira Mendes.
- 2 CANOTILHO, Gomes; MACHADO, Jónatas. *Reality shows e liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra, 2003.

A motivação deste artigo reside na percepção da difusão de um discurso de direitos fundamentais que, sob o argumento de ampliar a proteção dos indivíduos nas relações sociais desiguais, passa ao largo de considerar o seu direito de autodeterminação e de interpretação dos direitos fundamentais dos quais é titular. As principais conseqüências dessa concepção são a consideração de todos os direitos fundamentais como *deveres*, a implementação de uma teoria geral que vise a proteger o indivíduo dele próprio e a propagação de um discurso de direitos fundamentais que pretenda promover uma determinada concepção de bem.

Se for verdade que, atualmente, multiplicam-se as situações sociais em que o indivíduo não possui autonomia, sujeitando-se aos diversos poderes sociais existentes, também é verdade que ainda há inúmeras situações em que o indivíduo busca exercer a sua autonomia de forma consciente, com o objetivo de realizar o seu projeto de vida. O desafio reside, portanto, em determinar quando deve o indivíduo ser protegido e quando deve prevalecer a sua autonomia, que poderia se refletir até mesmo na renúncia a certos direitos fundamentais. Isto é, deve-se estabelecer quando o ato de disposição de algum direito é realmente expressão do poder de autodeterminação do indivíduo e quando esse ato decorre de uma posição desvantajosa e desigual que não reflete a autonomia, mas a mera sujeição do indivíduo.

Em razão da amplitude do tema da renúncia a direitos fundamentais, é preciso delimitar sob que aspectos ele será aqui tratado. Embora haja a possibilidade de se abordar o tema da renúncia também nos âmbitos do direito penal, direito civil, direito administrativo e direito internacional público, o presente trabalho pretende debater a questão sob o enfoque do direito constitucional. Não se analisará o tratamento dado pelo legislador infraconstitucional ao problema da renúncia, nem as suas implicações legais, mas apenas as questões constitucionais atinentes aos direitos considerados fundamentais.

A questão da renúncia a direitos fundamentais existe tanto no âmbito das relações entre Estado e indivíduo quanto no âmbito das relações *inter privados*. Ocorre que o problema da autodeterminação do indivíduo, um dos objetos do presente trabalho, aflora mais nessas últimas, nas quais se multiplicam as transações econômicas entre particulares e, portanto, também as possibilidades de se negociarem os direitos fundamentais em prol de benefícios (econômicos ou não). Por isso, é natural que as questões invocadas neste trabalho busquem focar com maior freqüência o problema da renúncia a direitos fundamentais nas relações privadas, o que não significa a inexistência de problemas semelhantes nas situações que envolvam indivíduo e Estado³.

3 Para o problema da renúncia aos direitos fundamentais nas relações entre Estado e indivíduo. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, v. I, 1996.

Como se pode perceber, a hipótese aqui considerada de renúncia a direitos fundamentais nas relações privadas não seria possível sem a presunção de que os direitos fundamentais se aplicam também às relações privadas. Não se pretende, nesta pesquisa, abordar todas as questões polêmicas que envolvem a questão da eficácia horizontal, mas apenas expor os pontos necessários para a compreensão dos pressupostos deste trabalho. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais relaciona-se com o anseio da Constituição, como norma soberana e parâmetro de interpretação para as demais normas, de regular toda a sociedade e não apenas as relações entre indivíduos e Estado⁴. Concordamos com Canotilho quando afirma que a doutrina da eficácia privada dos direitos fundamentais, embora tenha sido tratada como um tema novo, já era utilizada, em alguma medida, desde o início do constitucionalismo. Afinal, as primeiras Constituições do século XVIII já previram hipóteses de eficácia direta dos direitos fundamentais sobre a ordem civil, como, por exemplo, a afirmação da igualdade de todos os indivíduos e a proibição da escravatura⁵.

O maior desafio no tema da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas é o estabelecimento de limites e critérios a essa aplicação para que a esfera privada não seja ameaçada. A principal dificuldade reside em equilibrar a maior proteção aos indivíduos, oriunda da aplicação dos direitos fundamentais, com a autonomia privada, isto é, proporcionar o máximo de proteção e o máximo de autonomia. Para tanto, é importante saber quando será possível a renúncia de direitos por parte de seu detentor. No entanto, às vezes, não se trata nem sequer de renúncia de direito, mas apenas de uma interpretação do detentor do direito de que o seu direito não estaria sendo violado. O respeito à autonomia privada é essencial para que a aplicação direta dos direitos fundamentais não se torne um instrumento paternalista e protetor, que impõe uma determinada visão de mundo e supõe serem os particulares incapazes de agir e contratar autonomamente.

1 RENÚNCIA E NÃO-EXERCÍCIO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL

É fundamental para a análise proposta examinar os conceitos de renúncia e de não-exercício de direito fundamental, tendo em vista que muitas vezes eles são utilizados de forma pouco precisa. Ambos os conceitos expressam a idéia de que o indivíduo, diante de uma posição jurídica subjetiva, tutelada por uma norma de direito fundamental, consente em enfraquecer essa posição em face do Estado, de entidades públicas ou de parti-

4 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

culares⁶. Contudo, resta esclarecer quais são as diferenças entre os dois institutos.

A renúncia ocorre quando o titular do direito vincula-se juridicamente a não invocar o direito fundamental perante outros. É um compromisso que o titular assume de não invocar certa posição jurídica, por tempo determinado. A renúncia a direitos fundamentais é revogável, mas pode haver responsabilização do titular por descumprimento do compromisso assumido. A idéia de renúncia a direitos fundamentais não implica a extinção do direito, pois não é possível falar-se em renúncia de um direito fundamental como um todo. Afinal, o direito permanece na esfera jurídica do particular⁷.

Já o não-exercício do direito fundamental ocorre quando o indivíduo opta por não exercer uma posição jurídica que o ordenamento lhe permite. Exercer ou não exercer está dentro da esfera mais ampla considerada como exercício do direito fundamental. Isso quer dizer que o fato de não agir conforme a posição jurídica lhe assegura não significa que o particular abdicou desse direito, mas apenas que o está exercendo conforme a sua vontade. A diferença entre o não-exercício e a renúncia é que, nesta última, o particular se obriga a não exercer, enquanto no não-exercício não há qualquer vinculação⁸. Há casos que são meros exercícios negativos dos direitos fundamentais, mas que são confundidos com a renúncia, como, por exemplo, quando o policial entra na casa de alguém a seu pedido para verificar se nela há assaltantes.

As situações em que se verificam a renúncia a direitos fundamentais são diversas, principalmente no âmbito privado: quando um jornalista é contratado por um jornal e se obriga voluntariamente, a despeito do seu direito fundamental à liberdade de expressão, a defender posicionamentos compatíveis com a ideologia do jornal⁹; quando um jogador de futebol, ao celebrar contrato com um time, se compromete a não dar entrevistas sem a autorização do clube; ou quando um jogador, transferido para o exterior, obriga-se a jogar somente no time de origem, caso retorne ao país; ou quando as pessoas se submetem a fazer testes de medicamentos, ou quando há pessoas que participam de *reality shows*, expondo a sua intimidade na televisão¹⁰.

6 NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 266.

7 Idem, ibidem, p. 270.

8 Idem, ibidem, p. 273.

9 ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 441.

10 VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004. p. 197.

2 O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS INDISPONÍVEIS *PRIMA FACIE*

A idéia da inalienabilidade dos direitos fundamentais se relaciona à própria origem desses direitos e remonta ao direito natural contratualista¹¹. Na formulação de Locke acerca da origem da sociedade, os direitos humanos seriam inatos e inalienáveis, o que impediria os indivíduos de renunciarem a eles em favor do Estado. Afinal, ninguém poderia transferir para outro um poder maior do que o poder que tem sobre si mesmo¹². No mesmo sentido, também as clássicas declarações de direitos consideraram a indisponibilidade dos direitos fundamentais, sob o argumento de eles serem pré-estatais e inatos. Há até mesmo Constituições modernas, como a alemã (art. 1º), que se referem ao caráter inalienável desses direitos¹³.

A doutrina mais moderna que sustenta a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais não argumenta em termos jusnaturalistas, mas se apóia na concepção da dupla dimensão dos direitos fundamentais. Segundo essa concepção, os direitos fundamentais constituem, além de direitos subjetivos, também elementos de uma ordem objetiva, sob uma perspectiva funcional¹⁴. A partir dessa idéia de que os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva e desempenham uma função institucional, há autores que entendem serem eles indisponíveis, pois não estariam à livre disposição do indivíduo, como o direito ao voto secreto e os demais direitos que envolvam participação política.

É importante ressaltar que a consideração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não implica a conclusão acerca da impossibilidade de sua renúncia. Isso se dá porque, não obstante o seu caráter objetivo, os direitos fundamentais continuam a ser direitos subjetivos e, portanto, quando o particular renuncia a um direito, o faz somente em relação a sua concreta conformação enquanto garantia subjetiva, não prejudicando o âmbito objetivo do direito fundamental. Além disso, a liberdade, que está intrinsecamente relacionada ao sistema de direitos fundamentais, não é liberdade para atingir fins públicos ou objetivos estatais, mas simplesmente liberdade¹⁵.

11 ZIPPELIUS, Reinhold. Op. cit., p. 436.

12 Idem, ibidem.

13 NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 292.

14 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais é tratada das mais diversas formas pelos doutrinadores, que fazem referência a garantias institucionais, eficácia horizontal, dever de proteção do Estado contra terceiros, dentre outros. Para o caráter objetivo dos direitos fundamentais, cf. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Karlsruhe: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1974. p. 116; SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 109.

15 NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 294.

Pode-se dizer, assim, que há uma impressão generalizada de que os direitos fundamentais são inalienáveis. Segundo Jorge Reis Novais, embora muitos autores já reconheçam a possibilidade de renúncia pontual a certos direitos fundamentais, a idéia dominante ainda continua a ser a de que os direitos fundamentais são inalienáveis e, portanto, irrenunciáveis¹⁶.

A inalienabilidade dos direitos fundamentais também é sustentada por parte da doutrina sob o argumento da dignidade da pessoa humana¹⁷. Sob essa ótica, a todo homem corresponde uma dignidade, a qual ele não pode renunciar. Não seriam permitidos atos de renúncia e de disposição de direitos que ferissem a dignidade humana, sendo o consentimento do titular incapaz de validar o ato. Ocorre que sob o fundamento da dignidade humana pode-se argumentar também de forma contrária: a irrenunciabilidade de todos os direitos fundamentais significaria a eliminação da capacidade de autodeterminação do indivíduo e, por conseguinte, ameaçaria a própria dignidade humana.

A impossibilidade de haver renúncia do titular aos direitos fundamentais é defendida por Ferrajoli e reforçada a partir da divisão dogmática que o autor realiza entre direitos patrimoniais e direitos fundamentais. Para o autor, esses direitos possuem contrastes tão radicais que jamais poderiam ser acolhidos dentro de uma mesma classificação. Segundo Ferrajoli, enquanto os direitos fundamentais são direitos universais, sendo reconhecidos a todas as pessoas de forma igualitária, os direitos patrimoniais são direitos singulares, no sentido de que pertencem a cada um de forma diversa. Além disso, afirma ele, são os direitos fundamentais inalienáveis, indisponíveis, invioláveis e personalíssimos, enquanto os direitos patrimoniais, como o direito à propriedade e o direito de crédito, por sua natureza, passível de disposição: “Que os direitos são indisponíveis quer dizer que estão subtraídos tanto das decisões da política quanto do mercado. Em virtude de sua indisponibilidade ativa, não são alienáveis pelo sujeito que é seu titular; não posso vender minha liberdade pessoal ou meu direito ao sufrágio e menos ainda a minha própria autonomia contratual”¹⁸.

Ferrajoli entende que é a impossibilidade de alienação que transforma os direitos em direitos fundamentais. Isto é, para ele, o que caracteriza os direitos fundamentais é exatamente o fato de não serem passíveis de disposição: “A vida, a liberdade pessoal, o direito de voto são fundamentais não tanto

16 NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 292. Segundo o autor, até mesmo na Alemanha, em que há disposição constitucional expressa sobre a inalienabilidade dos direitos fundamentais, a maioria da doutrina entende que essa inalienabilidade é excepcional.

17 BRANCO, Paulo Gonet. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. O autor afirma que a inalienabilidade fundada na dignidade da pessoa humana é desenvolvida por Martínez-Pujalte.

18 FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2001. p. 32 (tradução própria).

porque correspondem a valores ou interesses vitais, mas porque são universais e indisponíveis. É algo tão sério que ali onde se permitisse a sua disposição – por exemplo, admitindo a escravidão ou de qualquer a alienação das liberdades, da vida, do voto – esses se rebaixariam a direitos patrimoniais”¹⁹. O autor entende, assim, que os direitos fundamentais não constituem limites apenas ao poderes públicos, mas à própria *autonomia privada*, uma vez que o consentimento e a vontade não são suficientes para possibilitar a alienação da própria vida ou da liberdade. Segundo ele, a inalienabilidade dos direitos fundamentais é um custo que se deve suportar, ainda que se considere esse limite paternalista. Do contrário, se se admitisse essa alienação, imediatamente cessaria a universalidade desses direitos, predominaria a lei do mais forte e haveria a regressão ao estado de natureza.

É interessante perceber que Ferrajoli antecipa, de certa forma, a crítica à sua teoria, ao mencionar que a consideração da total inalienabilidade dos direitos fundamentais poderia se constituir em um limite paternalista inevitável. Ocorre, no entanto, que não nos parece razoável prever o problema da ausência de liberdade do indivíduo quanto aos direitos fundamentais dos quais ele é titular, mas sobre os quais não tem qualquer poder de disposição, e, ainda, considerá-lo um peso inevitável a ser suportado. No Estado Democrático de Direito, o custo da ausência de liberdade do indivíduo é muito alto para ser tolerado, sem que haja sequer a busca pela conciliação entre o máximo de liberdade com o máximo de proteção à pessoa. O não-reconhecimento de que os direitos fundamentais relacionam-se de forma estrita com a autodeterminação dos indivíduos poderia sacrificar o ideário democrático, bem como o próprio sistema de direitos fundamentais, cuja função primordial é a de proteger as liberdades, tanto privadas como públicas²⁰. Tem-se como muito problemática a tese de Ferrajoli, segundo a qual o elemento caracterizador dos direitos fundamentais é a sua inalienabilidade, pois isso implicaria a conclusão de que não haveria nenhuma situação em que seria possível a disposição desses direitos ou a renúncia a eles.

Como bem demonstra Reinhold Zippelius, no que diz respeito à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, é essencial que a proteção propiciada por esses direitos não elimine a autonomia privada dos indivíduos, sob o risco de o Estado assumir o papel paternalista de proteger os indivíduos contra eles próprios:

19 Idem, *ibidem*, p. 32 (tradução própria).

20 De acordo com Habermas, a autonomia privada e a autonomia pública, assim como o nexo entre elas, devem ser protegidas por meio de um sistema de direitos. Ele ressalta que, com a expressão “sistema de direitos”, não pretende extrair um modelo transcendental e anti-histórico dos direitos fundamentais. Ele entende que a categorização desses direitos constitui um artifício, cujo fundamento reside no período histórico de desenvolvimento constitucional: “Também a ‘nossa’ introdução teórica *in abstracto* de direitos fundamentais revela-se *ex post* como um artifício. Ninguém é capaz de lançar mão de um sistema de direitos no singular, sem apoiar-se em interpretações já elaboradas na história. ‘O sistema de direitos não existe num estado de pureza transcendental. Porém, após mais de duzentos anos de desenvolvimento constitucional na Europa, temos vários modelos à disposição’”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 1997. p. 166)

“Na medida em que a ordem jurídica do Estado confere ao indivíduo o direito de dispor sobre os seus direitos e de contrair obrigações, em regime de ‘autonomia privada’, este direito de autodeterminação deve ser largamente respeitado, devendo a tutela dos direitos fundamentais ser reduzida em igual medida. Em situações onde o indivíduo participa livremente na conformação das suas próprias relações jurídicas, é precisamente o respeito da sua autonomia privada e da sua dignidade que obriga a sujeitá-lo, por princípio, às vinculações voluntariamente contraídas por ele. Só o Estado paternalista se empenharia em proteger, em ampla medida, os cidadãos contra eles próprios.”²¹

Percebe-se que o problema da renúncia a direitos fundamentais é por demais complexo para ser resolvido a partir das clássicas teorias jusnaturalistas de que os direitos fundamentais, por serem inatos, não são passíveis de disposição por parte de seu titular. Além disso, em razão da grande abrangência do tema, que envolve desde a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre Estado e indivíduo e nas relações privadas, os limites do poder de autodeterminação do indivíduo, até a existência de desigualdades fáticas que impedem a real manifestação da autonomia dos indivíduos, é fundamental que não se busquem soluções simplificadas generalizantes²².

3 O LIVRE EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA AO EXERCÍCIO DE CERTOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O problema de como se buscar o máximo de proteção jurídica por meio dos direitos fundamentais e o máximo de autodeterminação individual pode ser enfrentado a partir da distinção entre a titularidade e a capacidade de exercício desses direitos. Partindo dessa distinção, passa-se a se considerar legítima a renúncia ao exercício dos direitos fundamentais e considera-se ilegítima a renúncia à sua titularidade²³.

Segundo Jorge Reis Novais, a maioria das doutrinas discorda dessa distinção, por entender que um direito fundamental, sem a possibilidade de seu exercício, seria o mesmo que um direito sem conteúdo essencial. Contrariamente a esse argumento, o autor afirma o seguinte:

“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 distin-

21 ZIPPELIUS, Reinhold. Op. cit., p. 441.

22 NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 294.

23 Idem, ibidem, p. 280.

ta, é ter a capacidade, fáctica ou jurídica, de concretamente invocar essa posição no exercício concreto das faculdades ou poderes que a integram.”²⁴

A consideração acerca da possibilidade da renúncia ao exercício dos direitos fundamentais é essencial para que se retire desses direitos o seu carácter paternalista-protetor, responsável por tornar todos os direitos fundamentais análogos a deveres. Se for verdade que no Estado Democrático de Direito há direitos obrigatórios, como é o direito e o dever de educar os filhos, seria inviável e indesejável estender essa obrigatoriedade a todos os direitos fundamentais. Como afirma Novais:

“Num Estado não paternalista como é essencialmente o Estado de Direito, que assenta na dignidade da pessoa humana e faz do livre desenvolvimento da personalidade individual um valor fundamental, esta situação de direitos de exercício obrigatório (direitos/deveres) é claramente excepcional.”²⁵

Um argumento interessante a favor da possibilidade de renúncia ao exercício dos direitos fundamentais é o seguinte: se o não-exercício dos direitos fundamentais pelo seu titular é admissível, por que não seria legítimo o compromisso assumido pelo titular de que não exercerá o seu direito? A afirmação de que há um âmbito de liberdade relacionado aos direitos fundamentais pode ser baseada na ideia de que a titularidade de uma posição jurídica de direito fundamental envolve o poder de disposição sobre as possibilidades de ação decorrentes dessa posição, principalmente no que diz respeito à decisão sobre “se”, “quando” e “como” se dará o exercício fático do direito²⁶. Sob essa ótica, resta claro que a renúncia é também um modo de o titular do direito fundamental exercer o seu direito.

A afirmação sobre a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais exige que se estabeleça em que situações ela será possível, bem como os pressupostos para que tal renúncia seja válida. Inicialmente, é fundamental que a declaração de vontade dirigida a produzir o enfraquecimento de uma posição jurídica seja dada pelo próprio titular do direito fundamental, sendo inadmissível que outros o façam pelo titular²⁷.

Além disso, e esse talvez seja o pressuposto de existência mais importante, a renúncia somente ocorrerá se a declaração tiver um carácter eminentemente voluntário²⁸. Isso significa que não serão consideradas existentes as renúncias que decorrerem de declaração feitas de forma não consciente, não voluntária ou sob coerção, pois é necessário que o indivíduo te-

24 Idem, *ibidem*, p. 282.

25 Idem, *ibidem*, p. 287.

26 Idem, *ibidem*, p. 286.

27 Idem, *ibidem*, p. 302.

28 Idem, *ibidem*, p.304.

nha a possibilidade real de escolher entre diversas situações. Por isso, dificilmente poderiam se considerar legítimas as declarações de renúncias realizadas em situações de desigualdade fática ou de desigualdade de poder social.

Ressalta-se, ainda, que a renúncia deverá ser sempre limitada no tempo, vez que não se admite que o titular do direito fundamental renuncie a certa posição jurídica protegida constitucionalmente por tempo indeterminado, isto é, eternamente²⁹. Do contrário, estar-se-ia admitindo a renúncia à própria titularidade do direito e não apenas ao seu exercício. A necessidade de determinação temporal é também um pressuposto de existência do ato da renúncia, pois integra o seu conceito, já mencionado anteriormente (renúncia como compromisso que o titular assume de não invocar certa posição jurídica, por tempo determinado).

A concepção de Jorge Reis Novais, segundo a qual é possível se renunciar ao exercício de certos direitos fundamentais, assemelha-se, em boa medida, à concepção de outros autores, que refutam a hipótese de renúncia, mas aceitam a idéia de que o titular de um direito fundamental tem um espaço de liberdade para exercer o seu direito. É o caso de Gomes Canotilho, que, embora rejeite expressamente a idéia de renúncia, afirma que “no cerne dos direitos, liberdades e garantias encontra-se a idéia de que os mesmos se caracterizam pela sua densidade subjetiva autônoma, no sentido de que cabe ao seu titular a tomada de decisões fundamentais nesse domínio”³⁰.

Deve-se ressaltar que o reconhecimento de que o titular do direito fundamental tem autonomia para exercê-lo conforme os seus planos de vida e a sua vontade decorre da própria idéia de dignidade humana e do princípio da autodeterminação, que integram e moldam o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais³¹. É interessante observar que ao mesmo tempo em que o princípio da dignidade humana é o fundamento da autonomia do titular do direito, é ela também o seu limite, na medida em que não se aceita o ato de renúncia que viole essa dignidade. Ocorre, no entanto, como bem observou André Rufino do Vale³², que o problema central aqui não é o de se identificar se houve ou não violação da dignidade da pessoa humana decorrente de ato de renúncia do titular do direito, mas sim o de saber em que medida é o conceito e o conteúdo de dignidade humana definido subjetivamente pelo próprio particular.

A problemática acerca da definição do conteúdo de dignidade da pessoa humana pode ser bem compreendida a partir do exame do caso dos

29 Idem, *ibidem*, p. 273.

30 CANOTILHO, Gomes; MACHADO, Jónatas. *Reality shows e liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 107.

31 Idem, *ibidem*, p. 287.

32 VALE, André Rufino do. *Op. cit.*, p. 208.

programas televisivos denominados *reality shows*. Nesses programas, um conjunto de concorrentes, que podem revogar o seu consentimento a qualquer momento, permanece dentro de uma casa, na qual eles são filmados diuturnamente, com o objetivo de ganharem prêmios. Muito se questionou se os participantes estariam tendo a sua dignidade violada e se eles teriam renunciado ao seu direito à privacidade. Com base nesses fundamentos, alguns doutrinadores alemães chegaram a defender o controle da programação e a interrupção desse programa por órgãos estatais.

Gomes Canotilho e Jónatas Machado, em estudo específico sobre o tema³³, afirmam que não há como se falar em violação da dignidade da pessoa humana nos programas de *reality shows*, tendo em vista que não há sinais de danos psicológicos ou físicos causados pelo programa aos participantes. Além disso, afirmam eles, seria um equívoco condenar o referido programa à luz de um determinado feixe de valores, pois, em uma ordem constitucional pluralista, deve o conceito de dignidade humana ser compatível com diversas concepções de mundo. Esse conceito não pode servir para limitar liberdades e garantias, como se fazia antes com as cláusulas dos bons costumes e da moral pública. A dignidade da pessoa humana deve ser concebida não como um conceito vazio, mas como a afirmação dos indivíduos como sujeitos livres e responsáveis, capazes de autodeterminação³⁴.

Canotilho e Machado refutam igualmente a tese de que os participantes dos *reality shows* renunciariam ao seu direito de privacidade ao participar do programa. Isso porque o próprio conceito de direito de privacidade envolve a idéia de autonomia: "O direito à privacidade consiste na possibilidade de a pessoa controlar, tanto quanto possível, a massa de informações sobre si mesma a que outros podem ter acesso"³⁵. O direito à privacidade deve centrar-se na proteção das decisões individuais em matéria de privacidade e não na promoção de uma determinada concepção acerca desse bem. Do contrário, o direito à privacidade tornar-se-ia um "dever de privacidade"³⁶.

CONCLUSÃO

O discurso de direitos fundamentais, em uma sociedade pluralista, deve prezar, antes de mais nada, por um discurso da liberdade. Ele não pode visar à imposição de uma única visão do mundo, nem uma determinada concepção de bem.

Em uma democracia constitucional, que se baseia na dignidade humana e na autodeterminação do indivíduo, os direitos fundamentais pos-

33 CANOTILHO, Gomes; MACHADO, Jónatas. *Reality shows e liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra, 2003.

34 Idem, *ibidem*, p. 70.

35 Idem, *ibidem*, p. 55-56.

36 Idem, *ibidem*.

suem um âmbito alargado, sendo eficazes também nas relações entre particulares. Ocorre que essa eficácia privada, a pretexto de aumentar a proteção do indivíduo, não pode impedi-lo de exercer livremente o direito fundamental do qual é titular, de forma a sacrificar a sua capacidade de autodeterminação. Nesse sentido, o tema da renúncia a direitos fundamentais é muito importante por suscitar o problema sobre o espaço de liberdade que cabe ao titular do direito na sua conformação e interpretação.

Até mesmo os direitos de personalidade, considerados tradicionalmente como indisponíveis e irrenunciáveis, pretendem, acima de tudo, constituir-se como espaços de livre desenvolvimento da personalidade e não como manifestações de uma dada ordem de valores homogênea³⁷.

Para que o discurso de direitos fundamentais seja um discurso de liberdade, é essencial que ele se baseie em uma concepção de dignidade humana pluralista e aberta. Do contrário, correr-se-ia o risco de se ter a exclusão de direitos, liberdades e garantias em razão de um absolutismo valorativo decorrente da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.) *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 108-115.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 1993.

_____; MACHADO, Jónatas. *Reality shows e liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 1997.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Editorial Civitas, 1995.

_____; *Grünzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Karlsruhe: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1974.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

37 Idem, ibidem, p. 105.

NETO, Luísa. *O direito fundamental à disposição sobre o próprio (A relevância da vontade na configuração do seu regime)*. Coimbra: Coimbra, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, v. I, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madri: Centro de Estudos Constitucionales, 1985.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2004.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.