

RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS: MODALIDADES E EFEITOS A PARTIR DA TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

RENOUNCE OF FUNDAMENTAL RIGHTS: TERMS AND EFFECTS FROM THE CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL THEORY

Cleide Márcia de Farias*

João Paulo Allain Teixeira**

RESUMO: O presente trabalho estuda os direitos fundamentais, suas características e modalidades. Procura ainda discutir a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais e o entendimento que a renúncia, seria ela própria, o exercício de um direito fundamental. Destacaremos ainda, que a possibilidade da renúncia a um direito vai além do seu mero exercício, representando a demonstração da efetiva capacidade de livre determinação das ações do indivíduo, no sentido de que sua aceitação pelo Estado, seria a prova do reconhecimento do seu reconhecimento, como indivíduo, de um ser capaz de exercitar plenamente os seus direitos, sem necessidade de intervenção estatal.

Palavras – Chave: Direitos fundamentais – Renunciabilidade de Direitos

* Mestra em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã – Recife – PE; Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Barros Melo – Olinda –PE; Servidora pública estadual, Chefe de Secretaria na Central de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Recife- TJPE. E-mail: cleidefarias@hotmail.com

** Professor Adjunto do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco (CCJ-UFPE), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD-UFPE), Professor da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (PPGD-UNICAP), Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). E-mail: jpallain@hotmail.com

ABSTRACT: This paper studies the fundamental rights, their characteristics and types, to their knowledge through the possibility of his resignation and understanding that the own resignation of fundamental rights would also be the exercise of a right. We also point out that the possibility of a waiver of rights goes beyond exercise, but it would be also demonstrating the ability to self-determination of the individual's actions, in the sense that its acceptance by the State, would be a way of recognition of the individuals as capable of fully exercising their rights, without the constant intervention from the State.

Key-Words: Fundamental Rights – Renunciability of Rights

Sumário: Introdução. 1 – Conceito de Direitos Fundamentais. 1.1 - Direitos de Primeira Dimensão. 1.2 - Direitos de Segunda Dimensão. 1.3 - Direitos de Terceira Dimensão. 1.4 - Direitos de Quarta Dimensão. 2 – Características dos Direitos fundamentais. 3 – Colisão dos Direitos fundamentais. 4 - Renúncia aos Direitos Fundamentais. 4.1 – Pressupostos da Renúncia a Direitos Fundamentais. 4.1.1 – Titularidade. 4.1.2 - Caráter Voluntário da Renúncia. 4.1.3 – Renúncia Ficta. 4.2 – Renúncia Parcial e Renúncia Total. Conclusão. Referências.

Introdução

O sentido geralmente atribuído aos direitos fundamentais gira em torno do reconhecimento de um rol de direitos concedidos ao homem, enquanto indivíduo, frente ao Estado. Estes direitos, possuem tanto um caráter positivo como um caráter negativo. O caráter positivo consubstancia a obrigação do Estado de oferecer condições do efetivo exercício dos direitos fundamentais, típicos do modelo social e intervencionista surgido no Século XX. O caráter negativo por sua vez, traz a proteção contra o próprio Estado, contra eventuais intervenções na esfera de proteção privada de cada um, constituída pelos

direitos individuais e reconhecidos pelo constitucionalismo liberal do século XVIII.

O presente trabalho tem por objetivo discutir a possibilidade da renúncia de direitos, seja ela parcial ou total. Busca mostrar ainda, que a própria renúncia a direitos pode em certa medida ser compreendida como o exercício de um direito.

A doutrina geralmente não cogita a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais, devido à ideia de que estes representariam a construção de um série de prerrogativas dos indivíduos, fruto de lutas e conquistas historicamente estabelecidas. Assim, os direitos fundamentais são alçados à condição de irrenunciáveis, absolutos e inderrogáveis, notadamente no horizonte daqueles Estados consagradores de um compromisso com o modelo de democracia constitucional.

Trataremos na primeira parte do trabalho do conceito dos direitos fundamentais, trazendo suas dimensões e características. Passaremos para a segunda parte, onde daremos ênfase à colisão entre direitos fundamentais e a técnica da ponderação como forma de aplicação do direito diante de colisões envolvendo diferentes direitos.

Finalmente, trataremos da possibilidade da renúncia aos direitos fundamentais, analisando seus pré-requisitos e suas modalidades.

1 – Conceito de Direitos Fundamentais

O conceito de direitos fundamentais, suas prerrogativas e garantias, estão diretamente ligados ao momento histórico no qual emergem, materializando necessidades humanas no que tange à liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos fundamentais constituem base inviolável de uma sociedade política, sem os quais, haveria uma grande possibilidade de perecimento dos vínculos sociais. Segundo Ferreira Filho:

“O pacto social, para estabelecer a vida em sociedade de seres humanos naturalmente livres e dotados de direitos, há de definir os limites que os pactuantes consentem em aceitar para esses direitos. A vida em sociedade exige o sacrifício que é a limitação do exercício dos direitos naturais. Não podem todos ao mesmo tempo exercer todos os seus direitos naturais sem que daí advenha a balbúrdia, o conflito”.¹

O que devemos notar é que a existência dos direitos fundamentais não se restringe apenas ao que está formalmente posto no ordenamento jurídico, através de sua Constituição, mas encontram-se, sobretudo, arraigados na consciência de um povo que compõe determinada coletividade. O conceito simplesmente formal não é suficiente para afirmar a totalidade dos direitos fundamentais reconhecidos por um povo, uma vez que estes, estão internalizados no indivíduo e são essenciais para a existência de uma comunidade que necessita de dignidade, liberdade e igualdade.

Nesse sentido, é possível considerar que os direitos fundamentais se localizam mesmo além do texto constitucional, que se nota a partir da Constituição Federal de 1988, onde a tendência foi adotar uma cláusula aberta, vislumbrando a possibilidade de não elencar exaustivamente todos os direitos fundamentais:

“Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (Art. 5º, §2º)

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva. 2002. P. 4.

Teemos assim, direitos fundamentais expressos, aqueles que estão previstos expressamente no rol de direitos enumerados pela Constituição, e os direitos fundamentais implícitos, enquanto manifestações decorrentes da cláusula de abertura material prevista no dispositivo em comento.

Nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet:

“A idéia de que os direitos fundamentais integram um sistema no âmbito da Constituição foi objeto de recente referência na doutrina pátria, com base no argumento de que os Direitos fundamentais são, em verdade, concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa Lei Fundamental. A aplicação da noção de sistema ao conjunto dos Direitos fundamentais não é, contudo, inovadora e tem sido discutida acirradamente na dogmática constitucional nacional e estrangeira. É na doutrina e jurisprudência germânica que o tema provocou, antes mesmo do advento da atual Lei Fundamental, as maiores controvérsias”.²

No caso, por exemplo, da Constituição Portuguesa, temos uma visão ainda mais ampla, quando esta expressa que inclusive a legislação ordinária pode ser utilizada para produção de direitos fundamentais, passando a ter status de direitos fundamentais protegidos como assim sendo, e sendo também, insuscetíveis de abolição.

Os direitos fundamentais são prerrogativas que as pessoas gozam em face do Estado Constitucional. Quando se é titular de um direito fundamental, o indivíduo é portador de um conjunto de prerrogativas jurídicas tuteladas por normas que garantem a estes proteção do Estado e contra o Estado. Melhor dizendo, o Estado tem obrigações para com seus tutelados, sendo assim, não assegura apenas a concretização desses direitos, como também a não interfere nas condições para sua efetividade.

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 1998. P. 73.

Oscar Vilhena Vieira, acerca do tema, entende que:

“Direitos fundamentais” é a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional. A Constituição de 1988 incorporou esta terminologia para designar sua generosa carta de direitos. Embora incorporados pelo direito positivo, os Direitos fundamentais continuam a partilhar de uma série de características com o universo moral dos direitos da pessoa humana. Sua principal distinção é a positividade, ou seja, o reconhecimento por uma ordem constitucional em vigor”.³

Então, em um Estado Democrático de Direito o poder estatal, não pode ignorar um limite de ação em vista das barreiras impostas pelos direitos fundamentais, nas quais se torna o Estado, impedido de invadir a esfera jurídica do cidadão, que é tutelada por ele próprio.

A definição de direitos fundamentais de Dimoulis e Martins é a seguinte:

“Direitos fundamentais são direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”. (Dimoulis, e Martins, 2007. P. 54).

O Estado assegura a efetividade dos direitos fundamentais através de meios coercitivos dos quais dispõe, com a finalidade de possibilitar o exercício das prerrogativas jusfundamentais constitucionalmente estabelecidas.

³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 2006. P. 36.

Há uma relação de interdependência harmônica entre normas constitucionais e infraconstitucionais com os direitos fundamentais, com o objetivo de buscar e defender o alcance dos objetivos previstos por esses direitos. Logo, atua o Estado de forma positiva e negativa, positiva quando assume uma postura de implementar políticas públicas, a fim de tornar possível o exercício de um direito. Explicam melhor os autores Dimoulis e Martins, quando tratam do assunto dizendo:

“A categoria dos direitos de *status positivus*, também chamados de direitos “sociais” ou a prestações, engloba os direitos que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado no intuito de melhorar as condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de *status negativus*”.⁴

E negativamente, quando não interfere na esfera protegida por ele próprio, que é criada pelos direitos fundamentais, visando proteger o cidadão da ação do Estado. Do mesmo modo tratam o assunto Dimoulis e Martins:

“Trata-se de direitos que permitem aos indivíduos resistir a uma possível atuação do Estado. Nessa hipótese, E (esfera Estado) não deve interferir (“entrar”) em I (esfera indivíduo), sendo que o indivíduo pode repelir eventual interferência estatal, resistindo com vários meios que o ordenamento jurídico lhe oferece. Estes direitos *protegem* a liberdade do indivíduo contra uma possível atuação do Estado e, logicamente, *limitam* as possibilidades de atuação do Estado”.⁵

Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que:

⁴ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos**

Fundamentais. São

Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. P. 67.

⁵ Dimoulis, e Martins,. 2007. P. 64 e 65.

“os Direitos fundamentais (na sua primeira fase), nos termos em que o pacto os preserva, constituem limitação ao poder. O poder Político, estabelecido pela Constituição – ela própria garantia institucional do pacto – nada pode contra eles.

Definem esses direitos a fronteira entre o que é lícito e o que não o é para o Estado. E, limitando o poder, deixam fora de seu alcance um núcleo irreduzível de liberdade”.⁶

Dessa forma, essa complementaridade, busca permitir que a interpretação dos direitos fundamentais seja plena, e assim também, seja entendida sua função e apropriação deles pelo indivíduo destinatário de suas ações, objetivando sua realização de forma absoluta.

Tratando da evolução dos direitos fundamentais, a doutrina tradicionalmente os classifica em gerações. Essa denominação vem sofrendo várias críticas. Os autores contemporâneos acreditam que essa denominação traria uma idéia de ruptura com o estágio antecedente, mas na realidade, as gerações se complementariam. Isso explica a mudança de denominação da classificação de geração para dimensão, pois a terminologia dimensão traz a idéia de acumulação, uma vez que haveria uma adequação, uma acomodação de muitas dimensões, de um mesmo direito a um novo contexto.

1.1 - Direitos de Primeira Dimensão

Os direitos fundamentais de Primeira Dimensão, os chamados Direitos Cíveis, aparecem em contraponto ao absolutismo monárquico. Tais direitos têm um conteúdo claramente negativo, que visa proteger o indivíduo e sua esfera

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva. 2002. P. 6

particular da interferência do Estado. Nesse momento surge a proteção do Estado, contra o seu próprio poder, limitando o alcance do poder estatal na esfera privada do indivíduo. Poderíamos ainda entender, que essa dimensão de direitos surge em um Estado ideologicamente comprometido com o liberalismo político, buscando garantir as liberdades públicas, oponíveis portanto ao Estado. O indivíduo que era visto anteriormente como inimigo do Estado, passa a ter seus direitos tutelados por este, tendo seus direitos civis, como a liberdade de locomoção, liberdade de religião, inviolabilidade do domicílio, Liberdades de expressão, Liberdades de consciência, direito de propriedade privada, garantidos pelo Estado.

1.2 - Direitos de Segunda Dimensão

Os Direitos de Segunda Dimensão ou ainda Direitos Sociais, passam a existir a partir do Estado do Bem Estar Social, que é o resultado da insatisfação pública com a atuação do Estado Liberal, que buscava meramente não intervir nas relações privadas e, ou ainda intervir minimamente. A postura do indivíduo mudou e com isso suas demandas. Nesse momento, emergem os movimentos sociais, surgidos no contexto da Revolução Industrial, protestando por um Estado mais atuante, capaz de ultrapassar o absentéismo liberal e promover o bem estar.

Mas essa reivindicação só poderia ser concretizada com a instituição de outra dimensão de direitos, direitos que garantissem programas governamentais voltados a satisfazer necessidades da coletividade, na área da saúde, educação, assistência social, direitos dirigidos ao trabalhador, enfim direitos econômicos, sociais e culturais, que refletiriam uma postura positiva do Estado em relação aos governados, no sentido de promover o fortalecimento econômico do indivíduo, diminuir as diferenças sociais e fomentar a igualdade.

1.3 - Direitos de Terceira Dimensão

Os Direitos de Terceira Dimensão ou de Solidariedade ou Fraternidade trazem em sua essência, a característica de tutelar a coletividade, quando o Estado passa a se preocupar com o direito à paz, o meio ambiente e a conservação do patrimônio cultural. Tais direitos são voltados para coletividade e é construído a partir de uma idéia humanista e universalista, não apenas para o homem enquanto indivíduo, mas para o homem como parte de um grupo social, que depende de um ambiente equilibrado para se desenvolver.

1.4 - Direitos de Quarta Dimensão

A globalização fomentou a existência desta dimensão de Direitos de Quarta Dimensão ou de Responsabilidade. Seus defensores entendem que os Direitos fundamentais estarão sempre evoluindo, junto com a humanidade e hoje estamos caminhando para uma sociedade onde não há mais fronteiras entre as nações. Dessa forma, o cidadão pode ser considerado como ser universal. Em sendo assim, com a abertura das fronteiras sociais, políticas e econômicas, devemos ter também uma nova dimensão de direitos para tutelar tais relações. Porém, é necessário observar se essa universalização é fruto de um desenvolvimento natural ou imposição cultural e econômica de nações mais fortes sobre outras culturas.

Podemos citar como direitos tutelados pela quarta dimensão promoção e manutenção da paz, à autodeterminação dos povos, direitos difusos, ao direito ao pluralismo, fomento a ética da vida defendida pela bioética.

George Marmelstein dispõe a respeito das dimensões dos direitos fundamentais:

“Há quem pense que os Direitos fundamentais representem valores imutáveis e eternos. Trata-se, porém, de uma visão equivocada. Na verdade, esses valores são bastante dinâmicos, sujeitos a saltos evolutivos e a tropeções históricos, já que acompanham a evolução cultural da própria sociedade. Desse modo, é natural que o conteúdo ético dos Direitos fundamentais também se modifique ao longo do tempo”.⁷

2 – Características dos Direitos fundamentais

São características dos direitos fundamentais: historicidade, imprescritibilidade, inviolabilidade, efetividade, interdependência, inalienabilidade, concorrência, complementaridade e universalidade.

a) Historicidade

Essa característica se reporta ao nascimento e evolução dos direitos fundamentais. Sendo fundamentado no Direito Natural e na essência humana, os Direitos fundamentais surgiram nas revoluções burguesas e de acordo com os acontecimentos históricos foram se modificando, desaparecendo ou sendo criados novos direitos.

Quando tratam de historicidade, David Araújo e Nunes Júnior, explicam que a visão do homem como destinatário de direitos mínimos, naturais começa a existir com o Cristianismo, que traz o homem como imagem e semelhança de

⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas. 2008. P. 40.

Deus e com o passar do tempo vieram a se transformar em um direito consolidado em leis positivas, afirmando tais autores:

“O quadro desenhado revela, desta feita, o pronunciado caráter histórico que marca os Direitos fundamentais, que, por outras palavras, “não surgiram do nada”, mas foram resultado de um processo de conquistas de alforrias humanitárias, em que a proteção da dignidade humana prosseguia ganhando, a cada momento, tintas mais fortes”.⁸

b) Inalienabilidade

É uma característica que traz a impossibilidade de disposição dos Direitos fundamentais. Como esses não são revestidos de conteúdo patrimonial, não poderiam ser negociados.

c) Imprescritibilidade

Os direitos fundamentais são imprescritíveis na medida em que não perdem sua validade com o decorrer do tempo, podendo o titular do direito exercer esses direitos a qualquer tempo. Como já foi visto tais direitos não têm caráter patrimonial, mas sim de Direitos personalíssimos e, portanto não são atingidos pela prescrição.

d) Irrenunciabilidade

⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David e Nunes Júnior, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Verbatim. 2011. P.152.

Acredita-se que por serem direitos inatos, não podem ser renunciados pelo sujeito desse direito. O que se admite seria seu não exercício, mas não sua renunciabilidade.

e) Inviolabilidade

É a característica que garante que os direitos fundamentais criem uma esfera protetora que impede intervenções estatais nessa área protegida. Dessa forma, o Estado não pode violar qualquer direito fundamental, exceto em hipóteses legais, que representam a exceção, nunca a regra. Por isso, o Estado tem a obrigação constitucional de garantir seu exercício.

f) Universalidade

De acordo com o princípio da isonomia, todos são iguais e sendo assim, os direitos fundamentais são prerrogativas que devem ser disponibilizadas a todos os cidadãos, independentemente de credo, sexo, raça, etnia.

Para Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

“Os Direitos fundamentais são universais, ou seja, sua razão de existir faz com que sejam destinados ao ser humano enquanto gênero. Destarte, é incompatível com a

natureza dos Direitos fundamentais sua restrição a um grupo, categoria, classe ou estamento de pessoas”.⁹

g) Concorrência

O conjunto de direitos fundamentais que são oferecidos ao indivíduo pode ser exercido conjuntamente. Em determinadas situações pode haver choque ou contraposição de alguns Direitos fundamentais, porém isso não implicará em qualquer prejuízo para o detentor do direito, uma vez que um direito não faz perecer quaisquer outros.

h) Efetividade

A efetividade dos direitos fundamentais deve ser garantida pelo Estado, que não apenas deve instituir políticas para seu efetivo exercício, utilizando inclusive, se necessário, meios coercitivos. Mas também, não se opor e nem intervir na esfera protegida por estes.

i) Complementaridade

Essa característica visa a concretização total dos direitos fundamentais, quando um direito se utiliza do outro para garantir o seu efetivo exercício.

⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David e Nunes Júnior, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Verbatim. 2011. P.153.

Sendo estes interpretados conjuntamente para complementar seu sentido, possibilitando assim sua concreta aplicação.

j) Interdependência

A interdependência visa o pleno alcance da interpretação e exercício dos direitos fundamentais através da legislação, seja esta constitucional ou infraconstitucional, trabalhando conjuntamente para viabilizar a realização absoluta desses direitos.

3 – Colisão dos Direitos fundamentais

O exercício dos direitos fundamentais é conferido a todos, cabendo ao Estado garantir sua efetiva realização. Uma vez que todos têm as mesmas prerrogativas e dispõem de meios para gozar destas, podem ocorrer situações onde haja invasão dos limites dos direitos de um indivíduo, por direitos de outrem. Nessa circunstância há o que se denomina colisão entre direitos fundamentais.

De outra forma, pode haver também a colisão entre o direito fundamental de um indivíduo, com um direito que garante um bem coletivo, neste caso estaríamos diante de uma colisão entre direitos fundamentais e valores constitucionais.

Nos dizeres de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

“Os problemas jurídicos começam a partir do momento que se constata uma “invasão” na área de proteção de um direito fundamental. Essa invasão é feita, quase sempre,

por uma autoridade estatal. A esse respeito devem ser feitos alguns esclarecimentos. Tem-se um problema, isto é, uma situação de tensão (*Spannungsverhältnis*) a partir do momento em que se constata um choque de interesses entre indivíduos ou grupos que desejam ou estão tendo, ao mesmo tempo, condutas que são mutuamente exclusivas por razões fáticas: ninguém pode circular livremente nas ruas onde se realiza uma manifestação e ninguém pode receber uma prestação educacional se os recursos orçamentários foram dedicados ao atendimento de outras pessoas e direitos sociais”.¹⁰

Com isso devemos entender que os direitos fundamentais podem entrar em colisão, porém, por sua própria essência, em havendo conflitos entre direitos fundamentais, a aplicação de um não invalidará o outro, uma vez que a resolução desse conflito se dará mediante a aplicação de critérios de valoração. Sendo os direitos fundamentais entendidos como princípios, não há a anulação de um por outro, haverá uma “sobreposição” momentânea entre eles. Ao contrário do que aconteceria com leis ou regras que, em havendo choque, uma causaria a invalidade de outra.

Os direitos fundamentais não estariam susceptíveis de invalidação uns pelos outros, mas através da utilização de princípios, serem submetidos a uma valoração no momento do conflito, a qual deverá dizer qual direito fundamental deverá prevalecer para aquele caso concreto. Em suma, essa ponderação de valores entre os direitos fundamentais diria qual direito a ser utilizado em dado momento, sem, no entanto, invalidar o outro.

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos**

4 - Renúncia aos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais foram conquistados ao longo dos anos e originaram com eles uma série de prerrogativas para o indivíduo, seja no sentido de ter o Estado oportunizando condições de efetivar tais direitos, seja no sentido de proteção do próprio indivíduo em face do Estado. Talvez por isso seja tão difícil conceber, entre a maioria dos doutrinadores, a possibilidade da renúncia aos direitos fundamentais, pois estes representam a construção dos principais direitos dos indivíduos.

Todavia, alguns autores entendem que os direitos fundamentais poderiam ser renunciados, quer seja por vontade do titular desse direito, visando ou não um benefício para si. Quer seja quando legalmente é permitido ao Estado, neste último caso não haveria controvérsias entre os doutrinadores.

Jorge Reis Novais, entendendo possível a renúncia dos direitos fundamentais, se baseia na concepção de que a própria renúncia seria também o exercício de um direito fundamental. Nos seus dizeres:

“A renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive o sentido de sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de auto-determinação e livre desenvolvimento da personalidade individual, e porque, por outro lado, através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considere, no caso concreto,

mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício positivo do direito”.¹¹

Segundo essa linha de pensamento, devemos notar que o livre exercício de direitos envolve a disposição deles, quando e como convier ao titular. Pois, do contrário, os direitos fundamentais não trariam limites de atuação apenas ao Estado, obrigando-o a não intervir na esfera jurídica protegida por estes direitos. Mas, traria também limitações ao seu titular, no momento em que o obriga a exercê-lo sempre, sem poder de decisão e de disposição.

A de renúncia aos direitos fundamentais deve ser considerada como possibilidade constitucional de exercício de um direito. Neste sentido George Marmelstein se posiciona:

“Na verdade, não permitir que uma pessoa, com plena capacidade de discernimento, negocie ou renuncie a direitos fundamentais é violar um dos mais básicos atributos da dignidade da pessoa humana, que é a autonomia da vontade”.¹²

Ainda segundo o autor:

“No fundo, a discussão em torno da possibilidade de renúncia de direitos fundamentais vai desembocar, mais uma vez, no sopesamento de valores, onde, de um lado,

¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora. 1996. P. 287.

¹² MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas. 2008. P. 439.

estará a autonomia da vontade e, do outro, o direito a ser renunciado. Em alguns casos, prevalecerá a autonomia da vontade; em outros, o direito fundamental em jogo, conforme a importância de cada um desses valores no caso concreto. Geralmente, aceita-se com mais facilidade a renúncia de direitos fundamentais de cunho patrimonial. Já os direitos mais ligados à dignidade humana, como os direitos à vida e à integridade física e moral, são bem menos flexíveis, mas ainda assim podem ceder em determinadas situações”.¹³

Assim, devemos entender que a posição da irrenunciabilidade defendida pela maioria dos doutrinadores e tida como característica dos direitos fundamentais, não pode ser sustentada quando estiver sendo impecilho à autodeterminação do detentor do direito fundamental. Mas é importante salientar, que a disposição desses direitos é mais facilmente aceita quando se trata de direitos patrimoniais. O que não quer dizer que todos os direitos fundamentais não possam ser renunciados, mas que, quando se trata de direitos fundamentais que envolvem valores como a vida, liberdade, integridade física, a discussão gravita geralmente em torno de princípios e de sua ponderação.

Jorge Reis Novais tece o seguinte comentário sobre a disposição dos direitos fundamentais:

“Ora, a partir do momento em que o poder de disposição individual sobre posições de direitos fundamentais é um poder fundamentado na própria titularidade do direito e que, embora não se esgote nessa dimensão, é também

¹³ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas. 2008. P. 440.

exercício de direito fundamental em causa, então ele assume a natureza de “princípio” típica dos direitos fundamentais. Assim, aquele poder de disposição tem natureza de comando que exige uma realização tão otimizada quanto possível, tendo em conta as possibilidades fácticas e jurídicas, pelo que, num quadro de ponderação de bens, só deve ceder na sua realização quando houver disposições constitucionais ou princípios mais fortes que exijam uma solução diversa”.¹⁴

O Estado que persiste na impossibilidade de disposição de um direito, pode ser visto como um Estado “paternalista”, que não acredita na autodeterminação do indivíduo, obrigando-o a aceitar determinadas condições impostas pelo conjunto de garantias oferecidas por esses direitos.

Consideremos que o direito de crença religiosa esteja sendo questionado pelo indivíduo, diante de outro direito fundamental. É o caso do Estado proporcionar o direito do indivíduo seguir uma religião, desde que seja aquela designada pelo Estado. O indivíduo que professa uma fé diferente da apontada pelo Estado, deverá renunciar a esta. Ou ainda o Estado sendo laico, impossibilita o indivíduo professar sua fé.

Podemos citar a lei francesa de abril de 2011, que impede a utilização das vestimentas muçulmanas em locais públicos. De acordo com a lei, as mulheres que utilizarem burcas ou qualquer véu que cubra totalmente o rosto podem sofrer severas sanções.. A lei foi aprovada sob o argumento de que a utilização da burca lesionaria a dignidade da mulher, provocando sua discriminação perante a sociedade. Outro argumento utilizado foi o da segurança pública, pois as vestimentas muçulmanas trazem dificuldades no

¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora. 1996. P. 291.

reconhecimento de seus usuários, o que dificultaria o reconhecimento do autor de eventuais práticas contrárias ao interesse público.

Inúmeros protestos eclodiram em decorrência da lei, em grande parte pelas mulheres muçulmanas, que foram às ruas e protestaram por seu direito de professarem sua fé, sua cultura e da importância simbólica da utilização destas vestimentas, por esta minoria.

Notamos que a imposição do exercício de um direito, no caso apontado, na realidade pode trazer outros interesses camuflados, por trás da utilização das tintas dos direitos fundamentais. Neste sentido, é de grande importância que indivíduos possam dispor de seu direito. Pois, o que deve ser ponderado é se a renúncia àquele direito posto trata maiores benefícios ao detentor do direito, do que seu efetivo exercício. Por esse motivo é que a valoração dos bens envolvidos no momento da renúncia a um direito deve ser considerada.

4.1 – Pressupostos da Renúncia a Direitos Fundamentais

Para que a renúncia seja considerada válida se faz necessário que nesta estejam presentes dois pressupostos. O primeiro seria a titularidade e o segundo seria o caráter voluntário da renúncia.

4.1.1 – Titularidade

Somente haverá possibilidade de aceitar a renúncia de um direito fundamental como válida, se quem o renuncia é o titular da posição jurídica do direito em questão e possa dispor deste. Dessa forma, o indivíduo deve concentrar todas as características necessárias a realizar um negócio jurídico, mesmo a renúncia se manifestando sob forma de declaração unilateral de

vontade, pois não se faz necessário a aceitação de terceiro ou do Estado para que o titular de um direito o renuncie.

Há casos, no entanto, em que a renúncia a direitos fundamentais traz conseqüências irreversíveis. Isso ocorre quando os bens envolvidos dizem respeito à vida ou a bens que envolvem a própria dignidade do homem, ou seja, de cunho essencialmente principiológicos. Podemos citar o caso dos indivíduos que professam a religião testemunhas de Jeová. Sua crença não permite transfusões de sangue, e quando os indivíduos seguidores dessa crença se encontram em situações de risco de morte, e necessitam de tal intervenção para salvar suas vidas, optam por não fazerem a transfusão. O que seria isso senão a renúncia do direito à vida em detrimento do direito a crença?

Sendo o indivíduo titular do direito à vida, cabe a este escolher entre o direito à vida ou a crença religiosa, não caberia ao Estado ou outrem decidir pelo titular do direito, mesmo que essa decisão tivesse a intenção de resguardar seu direito à vida.

Não haveria respeito ao direito a autodeterminação, intervir na opção de escolher a sua crença em detrimento de sua vida, obrigando, caso contrário, o indivíduo a conviver, com o desrespeito das normas espirituais determinadas pelo seu credo, tolerando por toda uma vida, a desonra de ir contra o que determina sua religião, envergonhando-se de não ter tido a grandeza espiritual de suportar as designações divinas da sua existência, contrariando as promessas feitas perante seu Deus.

Neste sentido, o Estado não deveria interferir na renúncia a um direito fundamental que traga repercussões diretas na existência de um indivíduo, sob pena de prejudicar definitivamente suas convicções, abalando suas determinações e entendimento da realidade.

O mesmo exemplo pode ser considerado, porém com uma nova variável, digamos que quem esteja necessitando de transfusão de sangue para ter sua vida salva seja o filho de um pai que pertença a religião testemunha de Jeová. E o pai não permite que seja realizada a transfusão, alegando o direito à crença religiosa. Neste caso, não estaria havendo uma renúncia válida, pois o

verdadeiro titular do direito seria o filho menor, neste caso estaríamos diante de uma restrição heterônoma, pois a escolha entre os direitos em questão está sendo tomada não pelo seu titular, mas por um representante. Dessa forma, caberia uma ponderação dos bens em conflitos pelo Estado, sendo o direito à vida e o direito à educação, pois a educação não se limitaria a uma dimensão meramente formal, mas a uma dimensão ética e moral, no contexto no qual se insere a religião. Sobre o assunto discorre Jorge Reis Novais:

“Neste sentido, não deverão ser consideradas legítimas ou, pelo menos, não deverão ser consideradas como verdadeiras renúncias, mas antes como restrições heterônomas, as situações em que, por exemplo, o pretense consentimento é prestado pelos pais em nome do filho menor”.¹⁵

4.1.2 - Caráter Voluntário da Renúncia

A renúncia para ser considerada válida deve necessariamente ter sido feita de maneira consciente e livre de qualquer tipo de coerção, pois é imprescindível para a admissibilidade da renúncia, que esta tenha sido realizada sem nenhum tipo de vícios de vontade.

Para Jorge Reis Novais:

“A declaração de vontade só é válida quando emitida consciente e voluntariamente, numa situação em que quem renuncia está em condições de avaliar todas as conseqüências da sua decisão e decide tanto quanto possível livre de constrangimento, ameaças ou coacções, mas, mais ainda, quando as partes da relação jurídica se encontrem numa situação de poder negocial equilibrado,

¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora. 1996. P. 302.

em que, no fundo, a renúncia a uma posição de direito fundamental signifique um exercício autônomo de liberdade e não um mero disfarce de uma restrição heterônoma não admissível”.¹⁶

O que deve ser levado em consideração no momento do exercício ou da renúncia de um direito pelo indivíduo é a valoração dos bens que são protegidos pelos direitos fundamentais e, quais os interesses que estão em jogo. O mesmo raciocínio deve ser utilizado pelo Estado no momento de restringir direitos dos seus tutelados.

4.1.3 – Renúncia Ficta

Esse tipo de renúncia seria na realidade restrições impostas pelo Estado legalmente, para o exercício das chamadas relações especiais, onde o indivíduo renunciaria ao exercício de um direito fundamental para ingressar em algumas instituições, como por exemplo: função pública, onde há o impedimento de exercer determinadas profissões, um juiz não pode advogar, então abre mão do direito ao exercício da advocacia em detrimento da função pública que assumiu depois de prestado um concurso público. Haveria neste caso uma renúncia ficta, pois quando o indivíduo se submeteu a prova já sabia que em sendo aprovado, seria necessário abrir mão deste direito fundamental como pré-requisito de admissibilidade na função pública.

Analisando a constituição, notamos que o próprio legislador procurou dar aos direitos fundamentais uma ponderação. Trazendo restrições a alguns direitos fundamentais quando estes entram em colisão com interesses da coletividade e estatais. Notamos, então que um direito fundamental deverá ser restringido em detrimento de outro, quando observadas certas circunstâncias,

¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora. 1996. P. 304.

podendo o Estado restringir total ou parcialmente o direito fundamental de um cidadão para preservação de um bem maior, levando em consideração os princípios constitucionais.

Entretanto o Estado no ordenamento jurídico mesmo tutelando a inviolabilidade dos direitos fundamentais, determina exceções na sua própria constituição, onde pode haver intervenção estatal nesta esfera protegida. Podemos citar alguns artigos constitucionais que propiciam prerrogativas aos indivíduos, mas imediatamente depois, dispõe sobre a possibilidade de limitação destas prerrogativas. O artigo 5^a, XI da CF/88, diz: “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador” e, fazendo uma ressalva, continua... “salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. No mesmo sentido o inciso XII do mesmo artigo, diz: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas” e fazendo uma ressalva, segue... “salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Para este mesmo dispositivo há ainda uma restrição que pode ser encontrada no art. 136 da CF/88, determinando que em virtude de decretação de estado de defesa poderá haver violação dos sigilos da correspondências, assim como comunicação telefônica e telegráfica. No mesmo sentido, o artigo 139 da CF/88, que traz a decretação do estado de sítio. Esses são apenas alguns dos exemplos que são apresentados pela Constituição Federal Brasileira de restrição de direitos fundamentais.

Podemos trazer também ao debate, casos que não são contemplados pela legislação, mas que gravitam em torno dela, a quebra de sigilo telefônico, muito utilizado para investigações de crimes. O direito ao sigilo telefônico, como visto anteriormente, é protegido pela constituição e, tem sua exceção também prevista na constituição, determinando que o mesmo só pode ser quebrado mediante ordem judicial. Entendemos a necessidade da expressa ordem judicial, pois caso contrário, não haveria controle e legítima proteção a esse direito, trazendo inclusive, insegurança às relações sociais e deixando a

mercê do livre arbítrio das empresas a disposição de tais direitos que são expressamente garantidos pelo ordenamento jurídico.

Porém, em determinados momentos de extrema urgência que são vivenciados cotidianamente por nossa polícia, como por exemplo, nos casos de seqüestro, onde há necessidade com a máxima rapidez da localização de um determinado aparelho telefônico que poderia estar sendo utilizado para o cometimento de extorsão mediante seqüestro, esta instituição deve esperar a ordem judicial para que empresa telefônica possa liberar a informação, não ferindo, dessa forma, determinação legal e assim não estando sujeita a processos por quebra de sigilo telefônico ou por invasão de privacidade.

A invasão ao direito ao sigilo telefônico ou à privacidade, pelo Estado deve ser pesada no momento em que nos deparamos com um caso concreto da possibilidade do cometimento de um delito que poderia ser impedido, mas a espera pelos trâmites legais poderia inviabilizar seu “desmantelamento”. Havendo a quebra do sigilo ou da privacidade do indivíduo, sem ordem judicial, estariam o Estado e a empresa, ferindo frontalmente a constituição. Mas, ficando parados, esperando as devidas providências legais, estariam ferindo o direito à liberdade ou até o direito à vida, sendo estes direitos fundamentais também tutelados pelo Estado. Devemos refletir em torno desse e tantos outros casos concretos que envolvem a possibilidade de sopesar os valores dos direitos envolvidos e agindo, inclusive, *contra legem*, quando se está salvaguardando direitos que protegem bens maiores na escala de valores principiológicos.

4.2 – Renúncia Parcial e Renúncia Total

A doutrina dominante, assim como a jurisprudência, tenta separar ou conceituar os tipos de renúncia. Dessa forma, tendem a aceitar a disposição a um direito fundamental quando este assume a forma de renúncia parcial e ou ao exercício do direito e de rejeitar as hipóteses de renúncia total ou da

titularidade do direito. Pois a renúncia total a um direito fundamental, seria a disposição da própria titularidade do direito, tirando do indivíduo a capacidade de um futuro exercício do mesmo. Enquanto que a renúncia parcial, estaria ligada ao não exercício do direito por um determinado período de tempo, podendo o titular depois reavê-lo.

Jorge Reis Novais faz a seguinte consideração sobre o assunto:

“Muitas vezes, a rejeição que a doutrina dominante faz da distinção entre a renúncia ao direito e renúncia ao seu exercício vem acompanhada ou confundida com a distinção entre renúncia total e renúncia parcial a direitos fundamentais, defendendo-se, em geral, que a primeira é inadmissível, por envolver a renúncia ao próprio direito fundamental, enquanto a segunda, a renúncia parcial, implicando apenas a renúncia a algumas modalidades do seu exercício, seria admissível em certas circunstâncias.

Note-se, em primeiro lugar, que não deve confundir-se a natureza jurídica do bem que é o objeto de renúncia (a titularidade ou a capacidade de exercício de um direito) com a delimitação puramente quantitativa do objeto de renúncia”.¹⁷

O que se deve observar no momento da renúncia e sua admissibilidade é na realidade a natureza jurídica do bem em questão e não apenas se está se renunciando total ou parcialmente a um direito. Então a renúncia de um direito fundamental envolveria o ato de disposição do direito fundamental como um todo ou apenas a algumas das faculdades que o integram, independentemente de ser um de caso de renúncia à titularidade ou à capacidade de exercício, pois um direito fundamental pode ser composto por diversas faculdades e sendo assim, o seu titular pode renunciá-lo no todo ou em algumas áreas

Um exemplo dado por Jorge Reis Novais, diz respeito a:

¹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora. 1996. P. 283.

“Neste plano, de considerar a medida da extensão temporal da renúncia (temporariamente delimitada ou de duração indefinida ou ilimitada); por exemplo, num divórcio por mútuo consentimento, um dos cônjuges compromete-se a não residir na mesma localidade do outro, por um período de cinco anos ou por toda vida”.¹⁸

Deveríamos então entender que, a renúncia ao direito fundamental, independentemente de ser total ou parcial, antes de qualquer coisa deve ser avaliada sobre seus efeitos práticos e jurídicos, pois sua disposição enfraqueceria o titular do direito, deixando-o susceptível a intervenções diretas do Estado, sem a possibilidade de limitações e proteções contra este. Mas impor inadmissibilidade da renúncia, seria obrigar o indivíduo a exercer um direito que em determinadas ocasiões impede que o detentor deste direito se beneficie com sua renúncia.

Devemos observar também, que nem sempre a renúncia a um direito fundamental é irrevogável. Sendo o direito renunciado pelo próprio titular, ou quando é restringido pelo Estado, a titularidade do direito fundamental não é retirada definitivamente do indivíduo. Como exemplo podemos citar o caso dos reality shows, onde o indivíduo abre mão de seu direito à privacidade por um determinado período de tempo, visando adquirir fama e fortuna, acabado o programa ou prazo contratual, o indivíduo retoma seu direito à privacidade.

O que deve ser observado são as circunstâncias reais e o direito fundamental envolvidos na renúncia e o quanto estes irão influenciar no resultado da operação realizado pelo indivíduo, pois em determinadas situações a renúncia parcial de um direito pode trazer maiores implicações do que quando há uma renúncia total de um direito fundamental.

Conclusão

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora. 1996. P. 284.

A renúncia aos direitos fundamentais, mesmo trazendo o enfraquecimento da posição alcançada pelo indivíduo frente ao Estado, que depois de renunciado, deixa de impor limites à atuação Estatal na esfera antes protegida pelos próprios direitos, deve ser compreendido como possível e aceitável. Pois, esta é a expressão de vontade do titular, que sendo livre de qualquer coerção deve ser respeitada e originar as consequências jurídicas pretendidas pelo sujeito de direito que o renunciou.

Se o consentimento do titular vai no sentido da renúncia, esta deve ser considerada e entendida também como um exercício de direito, pois obrigar o indivíduo ao exercício de um direito, sem o questionar ou poder fazer suas próprias opções, seria também, não acreditar na autodeterminação humana e que o indivíduo seja incapaz de fazer suas próprias escolhas, sem que haja a necessária tutela estatal. Agindo assim, o Estado traria em si um padrão extremamente paternalista e autoritário, acreditando que não haveria discernimento nas decisões dos indivíduos que integram a sociedade.

Almejamos através deste trabalho refletir sobre uma concepção alternativa da tutela dos direitos fundamentais. Sobretudo ante a percepção de que a efetividade de um direito vai muito além do seu mero exercício, abrangendo também a possibilidade do seu titular não o exercer ou ainda o renunciar. Dessa forma, o real detentor do poder conferido ao indivíduo pelo direito é o próprio indivíduo e, nessa leitura, o Estado deve se submeter às decisões tomadas pelo indivíduo quando esta diga respeito a sua esfera de direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David e Nunes Júnior, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Verbatim. 2011.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva. 2002.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas. 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora. 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 2006.