

rados, e incorrigi: Nefta confideração, não obtante os direitos communs da Guerra, e da Reprefalia, univerfalmente recebidos, e quotidianamente obfervados, na praxe de todas as Naçoens civilizadas; fegundo os quaes Direitos, todos os indivíduos da fobredita Sociedade fem excepção [...].

E efta fe cumprirá como nella fe contém. Pelo que Mando á Mefa do Dezembargo do Paço, Regedor da Cafá da Supplicação, ou quem feu cargo fervir, confelheiros da Minha Real Fazenda e dos meus Dominios Ultramarinos, Mefa da Confciencia e Ordens, Senado da Camera, Junta do Commercio deftes Reinos, e feus Domínios, Junta do Depozito Publico, Capitaens Generaes, Governadores, Defembargadores, Corregedores, Juizes, e mais Officiaes de Juftiça, e Guerra, a quem o conhecimento defta pertencer, que o cumpraõ, e guardem, e o fação cumprir, taõ inteiramente como nella fe contém, fem duvida, ou embargo algum, e naõ obftantes quefquer Leys, Regimentos, Alvarás, Difpoziçoens, ou eftilos contrários, que todas, e todos, hei por derogados como fe delle fizeffe individual, e expreffa menção, para efte effeito fómente, ficando aliás fempre em feu vigor. E ao Doutor Manoel Gomes de Carvalho, Defembargador do Paço, do meu Confelho, e Chancellor Mor deftes Meus Reinos, que a mande publicar na Chancellaria, e que della fe remetaõ Copias a todos Tribunaes, Cabeças de Comarca, e Villas deftes Reinos: regiftando-fe em todos os lugares, onde fe coftumaõ regiftar fimilhantes Leys: E mandando-fe o Original para a Torre do Tombo. Dado no Palácio de Noffa Senhora da Ajuda, aos tres de Setembro de mil feteçentos finçoenta e nove.

REY²¹

É esta a verdadeira contradição do século XVIII português.

Poucos ou nenhuns países da Europa possuíam as condições para obstar ao absolutismo como Portugal e, no entanto, o país haveria de cair no autoritarismo de um ministro do Rei e no obnubilar do próprio Rei, que, se bem que consta da estátua da praça do Comércio de Lisboa, pouco mais fez, que se saiba, senão observar a ação do seu governo sem se perceber até hoje se a apoiava ou se apenas a ignorava.

²¹ Ley por onde fe expulfaõ os Padres da Companhia, de 3 de setembro, in *Collecção Das Leys, Decretos, e Alvaras, que comprehende o Feliz Reinado Del Rey Fidelissimo D. Jozé o I. Nosso Senhor Defde o anno de 1750 até o de 1760, e a Pragmatica do Senhor Rey D. Joaõ o V. do anno de 1749*, Tomo I, ob. cit., s. p.

Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares – Algumas notas¹

BENEDITA MAC CRORIE

Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho

1. Introdução

Neste breve texto vamos, de forma resumida, dedicar-nos à questão de saber até que ponto e em que circunstâncias é, ou deve ser, admissível, no ordenamento jurídico português, a renúncia a direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

A escolha deste tema deve-se, antes do mais, ao facto de a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais não ser consensual na doutrina. Por outro lado, o problema da renúncia tem vindo a ser normalmente tratado na perspetiva das relações Estado/cidadão e não nas relações jurídicas privadas.

Parece-nos também que se verifica, por parte da doutrina e da jurisprudência, uma tendência para limitar excessivamente a possibilidade de renúncia, seja porque se entende que em determinadas situações o sujeito deve ser protegido contra as suas próprias decisões, por se considerar que estas não são racionais, ou invocando o princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio que se pode opor ao entendimento que o próprio tem quanto ao que é para si mais ou menos digno. Este princípio assume um papel fundamental a propósito da renúncia, na medida em que tem vindo a ser invocado quer enquanto fundamento do poder de disposição, quer enquanto justificador de limites à autonomia privada, o que demonstra a sua ambiguidade e a necessidade de maior concretização.

¹ O texto que agora se publica corresponde, no essencial, à apresentação oral que fizemos nas provas públicas de doutoramento da nossa dissertação intitulada *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*.

2. A renúncia a direitos fundamentais

Impõe-se, antes do mais, definir e delimitar o conceito. Partilhamos a definição dada por Jorge Reis Novais, que defende um conceito abrangente de renúncia, entendendo que se trata do “*poder individual de dispor das posições jurídicas próprias, tuteladas por normas de direitos fundamentais, de cujo exercício resulta, como consequência jurídica, uma diminuição da protecção do indivíduo*”², o que significa que a renúncia a direitos fundamentais não implica necessariamente, ao contrário do que acontece na renúncia no direito civil, a extinção do direito em causa. Por outro lado, também não seguimos a perspectiva daqueles que consideram que a ter lugar essa extinção, tal envolverá necessariamente a invalidade da renúncia³.

Em nosso entender, justifica-se distinguir a renúncia de determinadas figuras afins, como é o caso da perda⁴, do não-exercício de direitos fundamentais⁵, da autolesão⁶ e do mero exercício de direitos⁷. A renúncia pode assumir diferentes

² JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, in Jorge Miranda (org.), *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 271.

³ Seguimos mais uma vez a posição de JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, *cit.*, pp. 270-272. Considerando que o conceito de renúncia envolve a extinção do direito e propondo, em alternativa, outras designações, ver JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 384 e 385; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 464; LUISA NETO, *O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 371; JOST PIETZCKER, “Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts”, in *Der Staat*, nº 17, 1978, p. 531; KLAUS RÜDIGER WILDE, *Der Verzicht Privater auf subjective öffentliche Rechte*, Hamburg, 1966, pp. 78 e segs.; ANSGAR OHLY, “*Volenti non fit iniuria*” – *die Einwilligung im Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, p. 89; KNUT AMELUNG, *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, pp. 14 e segs.; HANS D. JARASS/BODO PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 9ª ed., München, Verlag C. H. Beck, 2007, p. 31.

⁴ Tal como na renúncia também na perda de um direito se dá “um enfraquecimento da posição jurídica” do titular do direito, só que, neste caso, não se trata já de uma decisão voluntária, mas sim de uma imposição externa. JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, *cit.*, p. 274; também MARTINA DOROTHEE EPELT, *Grundrechtsverzicht und Humangenetik*, Herdecke, GCA-Verlag, 1999, p. 173.

⁵ Nos casos de não-exercício não há qualquer vinculação pela parte do particular, uma vez que estamos perante “uma posição jurídica que a ordem jurídica lhe permite exercer ou não exercer”. JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, *cit.*, p. 273. Também distinguindo a renúncia do “não exercício-fáctico”, ver J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *cit.*, p. 465; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, *cit.*, p. 385.

⁶ Na autolesão a pessoa dispõe unilateralmente de posições jurídicas de direitos fundamentais, lesando-se a si própria, enquanto a renúncia pressupõe uma relação intersubjectiva. Nesse sentido, RALPH MALACRIDA, *Der Grundrechtsverzicht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1992, p. 10; GERHARD SPIESS, *Der Grundrechtsverzicht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1997, pp. 49 e 50; CHRISTIAN HILLGRUBER, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, München, Verlag Franz Vahlen, 1992, pp. 82 e 137. Considerando que a disposição de um direito fundamental envolve necessariamente dois sujeitos, ver

configurações, abrangendo todas ou apenas algumas faculdades decorrentes do direito em causa⁸ ou ser uma renúncia temporária ou de duração indeterminada.

Uma questão importante é a de definir as condições a que a renúncia tem de obedecer para ser válida. Esta tem de ser, antes do mais, voluntária, pelo que se torna necessário garantir que não é condicionada por qualquer tipo de erro ou coação⁹. É ainda condição da renúncia a capacidade para uma determinação livre da vontade, sendo que a capacidade para consentir na renúncia não coincide necessariamente com a capacidade negocial¹⁰.

Em nosso entender, os vários direitos fundamentais, enquanto concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, encerram um “conteúdo de autonomia” específico, devendo o poder de disposição ancorar-se nos próprios direitos renunciados¹¹. A renúncia traduz-se, portanto, em exercício de direitos, o que significa que a limitação do poder de disposição se traduz numa restrição a esse exercício, pelo que só poderá ter lugar se houver outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que justifiquem a restrição e na estrita

LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL, *Direitos Fundamentais Indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida*, disponível em http://works.bepress.com/leticia_martel/5, p. 62.

⁷ No mero exercício estamos perante direitos cujo bem jurídico é principalmente protegido na medida da vontade do titular. Já na renúncia estarão em causa direitos relativos a bens que também constituem valores comunitários. Esta diferenciação baseia-se na distinção entre consentimento e acordo no direito penal, considerando-se que no acordo há uma identificação entre a autonomia e o bem protegido, sendo que o mesmo já não acontece no consentimento, onde claramente se distinguem. Ver, mais desenvolvidamente, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, pp. 362 e segs.

⁸ Podendo estar em causa uma renúncia total ou meramente parcial.

⁹ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 310; JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, *cit.*, p. 304; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *cit.*, p. 464.

¹⁰ O que defendemos é que as pessoas que gozam de capacidade negocial de exercício terão, em regra, capacidade para renunciar. Porém, a maioria deve ser apenas considerada como um “indício” da capacidade para dispor sobre posições subjectivas de direitos fundamentais, podendo os maiores de dezasseis anos ser capazes de consentir, desde que compreendam o sentido e o alcance da sua decisão.

¹¹ Nesse sentido, JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, *cit.*, pp. 285 e segs., p. 299; MARTINA DOROTHEE EPELT, *Grundrechtsverzicht und Humangenetik*, *cit.*, p. 81; também JÜRGEN SCHWABE, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, 1977, p. 123; GERHARD ROBBERS, “Der Grundrechtsverzicht. Zum Grundsatz, ‘volenti non fit iniuria’ im Verfassungsrecht”, 1994, in *Juristische Schulung*, 1985, p. 927; ALBERT BLECKMANN, “Probleme des Grundrechtsverzichts”, in *Juristenzeitung*, nº 2, 1988, p. 57, afirma que “para se poder construir corretamente o problema da renúncia a direitos fundamentais é necessário analisar mais de perto as estruturas dos direitos de liberdade”. Segundo o Autor, “estas liberdades, ao contrário do que considera a doutrina maioritária, não asseguram primariamente direitos de defesa. Com o seu âmbito de protecção asseguram em primeira linha, sobretudo, um espaço de liberdade determinado”.

medida do necessário para a garantia desses outros direitos ou interesses¹². Consideramos serem de afastar as perspetivas que defendem a irrenunciabilidade de todos ou alguns direitos fundamentais, partindo da ideia de que estes são indisponíveis¹³.

Para além de exercício de direitos e uma vez que implica o concomitante enfraquecimento da posição subjetiva do titular do direito, a renúncia envolve ainda uma afetação negativa¹⁴, o que, a nosso ver, justifica, mesmo nas relações entre entes privados, que o Estado, para garantir que esse enfraquecimento não vai além do que é constitucionalmente admissível, faça determinadas exigências ao ato de renúncia de modo a atribuir-lhe força jurídica.

3. O paternalismo estadual e a defesa da pessoa contra si própria

Antes de tratar os limites da renúncia propriamente ditos, julgamos essencial procurar uma resposta à questão da legitimidade do paternalismo estadual e da defesa da pessoa contra si própria, porque é a proteção da pessoa contra si mesma que está muitas vezes na origem dos limites que se estabelecem ao poder de disposição sobre posições subjetivas de direitos fundamentais.

Admitir-se a defesa da pessoa contra si própria implica que se entenda que é legítimo o Estado proteger os direitos fundamentais do indivíduo para o seu próprio bem e contra a sua vontade, quando não se lesam quaisquer bens de terceiros ou da comunidade. Há uma ligação estreita entre a defesa da pessoa contra si mesma e o paternalismo estadual, na medida em que se considera paternalista um comportamento do Estado que visa impor proteção, independentemente da questão de saber se essa proteção é ou não desejada pela pessoa protegida¹⁵. Ora, se se restringe a possibilidade de renúncia para o bem dos próprios cidadãos, por se considerar que estes poderão não ter em devida conta as consequências desse ato de disposição, estamos perante uma medida paternalista.

¹² JORGE REIS NOVAIS, "Renúncia a direitos fundamentais", *cit.*, p. 333.

¹³ Os Autores que sustentam essa indisponibilidade têm vindo a convocar diferentes argumentos para fundamentar a sua posição: a ideia de inalienabilidade destes direitos, a sua caracterização com direitos subjetivos públicos, através do recurso a diferentes teorias dos direitos fundamentais ou da distinção entre diferentes tipos de direitos ou invocando a sua dimensão objetiva. Sobre esta questão, ver JORGE REIS NOVAIS, "Renúncia a direitos fundamentais", *cit.*, pp. 292 e segs.

¹⁴ Defendendo que a renúncia se consubstancia também numa restrição de direitos, ver JORGE REIS NOVAIS, "Renúncia a direitos fundamentais", *cit.*, pp. 288 e 289.

¹⁵ Considerando que o termo paternalismo significa a "privação ou redução da liberdade de escolha do indivíduo operada pelo ordenamento a fim de assegurar uma particular proteção da pessoa ou de uma categoria de pessoas de atos contrários ao seu próprio interesse" – FABRIZIO COSENTINO, "Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati", in *Quadrimestre*, nº 1, 1993, p. 120.

Parece-nos também relevante fazer a distinção entre perfeccionismo¹⁶ e paternalismo, uma vez que entendemos que a recusa do paternalismo não implica, necessariamente, que se considere que o Estado tenha de se assumir como neutral. Se o respeito pelos indivíduos e pela sua autonomia é fundamental em Estado de Direito plural, baseado na dignidade da pessoa humana, tal poderá inclusivamente implicar que os poderes públicos sejam não-neutrais no que se refere a diferentes concepções do bem. Sendo a autonomia um valor central na nossa ordem jurídica, o Estado deverá optar por concepções de bem que valorizam a escolha autónoma em detrimento das que não o fazem¹⁷.

Há Autores que pretendem superar esta dicotomia entre perfeccionismo e paternalismo, como é o caso de Cass Sunstein e Richard Thaler, considerando que o paternalismo não tem de implicar necessariamente limitação da liberdade. Estes Autores defendem aquilo que designam de "paternalismo libertário", tendo desenvolvido mais aprofundadamente esta sua perspetiva numa obra mais recente, intitulada *Nudge*¹⁸, na qual consideram que é legítimo que os poderes públicos encorajem, "deem um empurrão" aos cidadãos para que façam uma determinada escolha, pela forma como essa escolha lhes é apresentada, desde que não seja proibida nenhuma opção. O debate em torno desta perspetiva tem sido aceso, até porque os Autores conseguiram obter apoio político para implementar este tipo de medidas, tanto nos EUA como no Reino Unido. Esta perspetiva tem, no entanto, suscitado críticas no sentido de se considerar que este "moldar" das escolhas dos indivíduos por parte dos poderes públicos pode conduzir a abusos, uma vez que é mais difícil de controlar do que políticas assumidamente coercivas e por se entender que há aqui uma certa manipulação e um aproveitamento das fraquezas dos indivíduos quando tomam decisões¹⁹.

¹⁶ O perfeccionismo político defende que "a ação do Estado deve ter como um dos seus objetivos a promoção de formas de vida moralmente valiosas". No entanto, os seguidores do perfeccionismo liberal situam-se "na tradição do pensamento político liberal, com o qual partilham a maioria das posições substantivas acerca dos valores que devem presidir à ordenação da sociedade política e do desenho institucional que deve configurá-la". O "perfeccionismo liberal" afasta-se do "perfeccionismo tradicional" em dois aspetos essenciais: por um lado, na "defesa do pluralismo valorativo" e, por outro, no papel atribuído à "autonomia pessoal" enquanto elemento essencial de uma "vida boa". Nesse sentido, ver JOSÉ LUIS COLOMER, "Autonomía y Gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal", in *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 24, 2001, pp. 252 e 264.

¹⁷ ANDREW D. MASON, "Autonomy, liberalism and State Neutrality", in *The Philosophical Quarterly*, vol. 40, nº 160, p. 452.

¹⁸ RICHARD THALER/CASS SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. 2ª ed., New York, Penguin Books, 2009.

¹⁹ DANIEL M. HAUSMAN/BRYNN WELCH, "Debate: to Nudge or Not to Nudge", in *The Journal of Political Philosophy*, vol. 18, nº 1, 2010, pp. 128 e 135.

Independentemente da bondade desta perspectiva, pensamos, no entanto, que, ao partirem de uma definição de paternalismo que não envolve, forçosamente, uma limitação da liberdade, estes Autores alargam excessivamente o conceito. O paternalismo estadual, tal como o definimos, deve ser, então, totalmente de afastar, não cabendo ao Estado, em princípio, um dever de proteção contra a vontade do indivíduo (desde que capaz). Tal dever existe apenas em situações extremas²⁰ ou quando este não esteja em posição de cuidar de si²¹.

4. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

Outra questão prévia é a da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, sendo a recusa de qualquer eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, hoje, indefensável²².

²⁰ Que serão aquelas em que, como veremos *infra*, se admite que o princípio da dignidade da pessoa humana pode servir como limite da renúncia, isto é, quando estejam em causa as possibilidades de “autodeterminação futura” da pessoa. Retiramos esta expressão de JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, *cit.*, p. 318. Considerando que o ordenamento pretendeu consagrar a liberdade como uma “situação duradoura”, ver ALBERT BLECKMANN, “Probleme des Grundrechtsverzichts”, *cit.*, p. 59. LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL, *Direitos Fundamentais Indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida*, *cit.*, p. 123, defende que “a protecção da liberdade futura de uma pessoa escapa à refutação do paternalismo”. PETER DE MARNEFFE, “Avoiding Paternalism”, in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 34, nº 1, 2006, p. 81, entende que a autonomia pessoal “implica ter o controlo sobre a própria vida como um todo”. Este aspeto da autonomia justifica “políticas governamentais que desencorajam atividades que podem matar ou deixar o indivíduo física ou mentalmente debilitado”; CHRISTOPH LEUENBERGER, *Die unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1976, p. 54, afirma que há “uma determinada medida mínima de liberdade que deve ser considerada inseparável da pessoa”. Este será o caso típico de contratos de escravidão.

²¹ Distinguindo entre paternalismo forte e paternalismo fraco, ver KAI MÖLLER, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, pp. 16 e 17. Os defensores do “paternalismo forte” sustentam que se pode impor proteção a pessoas capazes que decidiram voluntariamente autocolocar-se em perigo ou lesar-se. Para o “paternalismo fraco” apenas será de admitir uma interferência para a proteção do próprio quando a sua decisão não é voluntária. Ver também JOEL FEINBERG, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1986, pp. 12 e segs., que considera que o paternalismo fraco é compatível com o liberalismo. Sobre esta distinção, ver ainda GERALD DWORKIN, “Paternalism”, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2005, <http://plato.stanford.edu/entries/paternalism> (última visita a 10/9/2016); CARLA AMADO GOMES, “Risque sanitaire et protection de l’individu contre soi-même. Quelques topiques pour un débat”, in *Revista do Ministério Público*, nº 116, 2008, p. 143; ERNESTO GARZÓN VALDÉS, “Kann Rechtspaternalismus ethisch gerechtfertigt werden?”, in *Rechtstheorie*, nº 18, 1987, pp. 283-289, que estabelece que na vida social se pressupõe que os cidadãos, no que se refere às questões do seu dia-a-dia, dispõem de uma “competência de base”. A ausência dessa competência é uma condição justificativa de medidas paternalistas, que visam a supressão de desigualdades que têm como fundamento essa mesma ausência.

²² JORGE REIS NOVAIS, “Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares”, in Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 72.

A tese da eficácia mediata não tem devidamente em conta a evolução sofrida pelos direitos fundamentais, limitando-se a defender uma ideia de interpretação conforme à Constituição²³. Por outro lado, a teoria dos deveres de proteção acaba por se reconduzir a uma vinculação das entidades públicas, pois é aos poderes públicos que cabe o dever de proteger os direitos fundamentais contra quaisquer ameaças, ainda que essas ameaças resultem da atividade de outros particulares.

Por conseguinte, entendemos ser de reconhecer uma “vinculação direta *prima facie*” dos particulares aos direitos fundamentais, uma vez que considerar que há uma vinculação imediata não implica uma equiparação total entre pessoas públicas e privadas. Trata-se de relações entre titulares de direitos fundamentais, pelo que sempre se verificarão conflitos que exigem soluções distintas, dependendo do caso concreto e dos direitos fundamentais em causa, sendo, em última análise, “um problema de ponderação”²⁴.

Partindo da tese da vinculação imediata, não há dúvidas quanto à pertinência da renúncia nas relações jurídicas privadas. O mesmo já não se pode, contudo, dizer dos limites a respeitar, uma vez que neste caso o destinatário da declaração de renúncia é um particular e não o Estado.

5. Os limites da renúncia

Chegamos, então, à questão dos limites da renúncia propriamente ditos, isto é, quais os tópicos de argumentação a considerar no processo de ponderação a levar a cabo para aferir a validade de uma renúncia concreta. Não é possível dizer, sem mais, quando é que a renúncia nas relações entre particulares é ou não admissível, dada a própria natureza principiológica dos direitos fundamentais²⁵. Aquilo que pretendemos é apenas apontar alguns tópicos que permitem tornar o processo de ponderação, que tem inevitavelmente de ter lugar para chegar a essa resposta, mais racional e menos permeável a pré-compreensões subjetivas.

Atendendo aos limites que a doutrina tem vindo a invocar na renúncia perante o Estado, devem considerar-se os seguintes tópicos: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a ordem pública e os bons costumes,

²³ DANIEL SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Editora Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 245; LUIS PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Debate, 1990, pp. 211 e 212.

²⁴ Esta é a posição defendida por INGO WOLFGANG SARLET, “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *A Constituição Concretizada*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 157.

²⁵ ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 3ª ed., Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1996, pp. 117 e segs.

a maior ou menor disponibilidade de posições de direitos fundamentais e a exigência de ato legislativo prévio.

O poder de dispor sobre posições subjetivas de direitos fundamentais não tem, em princípio, de estar previsto em lei prévia, embora em matérias particularmente sensíveis ou nas situações de renúncia em que os titulares dos direitos se encontrem numa posição de maior vulnerabilidade poderá ser de exigir um ato legislativo que venha estabelecer os termos dessa renúncia.

A disponibilidade das posições subjetivas de direitos fundamentais deve ser tida em conta na ponderação, uma vez que o poder de renunciar depende também do próprio direito fundamental em causa, o que significa que será maior se esse direito garantir essencialmente bens que dizem respeito ao próprio indivíduo e será menor se tiver em vista também ou sobretudo bens jurídicos relevantes para a comunidade²⁶.

Os limites da renúncia não se devem ir buscar às cláusulas de ordem pública e dos bons costumes, uma vez que a densificação destas cláusulas se tem vindo a fazer através do recurso aos direitos fundamentais²⁷. Ainda assim, há alguns contributos quanto à densificação destes conceitos que são transponíveis para o problema da renúncia, como é o facto de o carácter grave e irreversível da lesão servir para integrar a cláusula dos bons costumes²⁸ e a ideia de que pode haver

²⁶ JORGE REIS NOVAIS, "Renúncia a direitos fundamentais", *cit.*, p. 323. Também JASON MAZZONE, "The waiver paradox", in *Northwestern University Law Review*, vol. 97, nº 2, 2003, pp. 864 e 865, refere que um dos elementos a ter em conta na aferição da validade de uma dada renúncia diz respeito à questão de saber se o direito em causa visa proteger essencialmente um bem público ou se protege sobretudo interesses individuais.

²⁷ Entendendo que seguindo "uma perspectiva liberal-democrática são precisamente os direitos fundamentais que constituem a essência da própria ideia de ordem pública", ver LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO, "Nota sobre la renuncia a los derechos fundamentales", in *Persona y Derecho*, nº 45, 2001, pp. 133 e 134. FRANZ JÜRGEN SÄCKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. I, 3ª ed., München, Verlag C. H. Beck, 1993, p. 1139, entende, por sua vez, que "os direitos fundamentais são um elemento especialmente importante para a concretização dos bons costumes através do ordenamento interno". DIETER MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 8ª ed., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2002, p. 269, defende que "os valores da Constituição, sobretudo os direitos fundamentais, têm efeitos na validade de negócios jurídicos", "através da cláusula geral de bons costumes". Também MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 846, nota 940, faz referência a um preenchimento da cláusula dos bons costumes "à luz da proteção constitucional dos direitos fundamentais" e ao facto de que vários princípios jurídicos fundamentais obtêm realização através dela. Finalmente, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I, *Parte Geral*, Tomo I, Almedina, 2005, p. 508, em relação ao conceito de ordem pública, entende que "são contrários à ordem pública negócios que atinjam valores constitucionais importantes".

²⁸ Considerando que no direito penal se tem privilegiado, como resposta ao problema dos bons costumes a contraposição entre "lesões ligeiras e graves", estas últimas normalmente qualificadas pela sua

um fim positivo capaz de "anular" a ofensa aos bons costumes, que em princípio se verificaria, atendendo à gravidade da lesão²⁹.

O princípio da dignidade da pessoa humana, excetuando situações extremas, não deve atuar enquanto limite da renúncia. Defendemos uma interpretação deste princípio que contraria a tendência que consideramos existir para a sua utilização enquanto princípio limitador da liberdade, devendo a sua densificação depender do entendimento que o próprio indivíduo tenha quanto ao que é para si mais ou menos digno³⁰, não estando em causa uma renúncia à dignidade³¹.

Este princípio deverá apenas servir como limite da renúncia quando, seguindo a posição de Jorge Reis Novais, estejam em risco as "condições de autodeterminação futura e de livre desenvolvimento da personalidade"³² da pessoa que renuncia, o que só se conseguirá determinar através de um juízo de ponderação, atendendo às circunstâncias do caso concreto.

O princípio da proporcionalidade serve, em primeiro lugar, para confinar a ação do Estado quando este restringe o poder de disposição do titular do direito, o que só poderá acontecer quando haja outros direitos ou interesses constitucio-

irreversibilidade e pelo teor das suas sequelas, ver MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, *cit.*, p. 546.

²⁹ Entendendo que, no que se refere à existência de uma violação dos bons costumes quando se verificarem lesões graves, a corrente maioritária tem vindo a admitir "a intervenção de um fim positivo susceptível de neutralizar o estigma da ofensa (...), em princípio indiciado pela gravidade da lesão", ver MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, *cit.*, pp. 546 e 547. Uma parte da doutrina entende ainda que esta perspectiva deve ser recebida, "como orientação geral, pelo Direito Civil". Nesse sentido, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 145 e 146.

³⁰ Defendendo que existe um conflito entre uma "noção liberal-individualista" e uma "noção paternalista" de dignidade, ver DAVID FELDMAN, "Human Dignity as a Legal Value - Part II", in *Public Law*, Spring, 2000, p. 75. GIORGIO RESTA, "La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (Note a margine della Carta dei Diritti)", in *Rivista di Diritto Civile*, nº 6, 2002, p. 833, estabelece também uma distinção similar entre um "modelo processual/subjetivo" e um "modelo substancial/objetivo" de dignidade. Também considerando que existem duas abordagens colidentes do conceito: a dignidade enquanto "atribuição de poder" e a dignidade enquanto "constrangimento", ver STÉPHANIE HENNETTE-VAUCHEZ, "When Ambivalent Principles Prevail. Leads for Explaining Western Legal Orders' Infatuation with the Human Dignity Principle", *EUI Working Paper Law nº 2007/37*, <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/7664/LAW-2007-37.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (última visita a 12/4/2010), p. 3.

³¹ Considerando que na renúncia não está tanto em causa apurar se o indivíduo pode renunciar à dignidade, mas antes até que ponto lhe cabe decidir o que é ou não atentatório da sua dignidade, ver JORGE REIS NOVAIS, "Renúncia a direitos fundamentais", *cit.*, p. 329.

³² JORGE REIS NOVAIS, "Renúncia a direitos fundamentais", *cit.*, p. 318.

nalmente protegidos a salvaguardar e que, na situação concreta, devam sobrelevar o poder de renúncia³³.

Enquanto limite da renúncia nas relações entre particulares será diferente o papel deste princípio consoante exista ou não algum desequilíbrio entre as partes. Se se verificar uma relação de sujeição o julgador deve ter legitimidade para avaliar o respeito do princípio da proporcionalidade nas suas várias vertentes, ainda que quanto à proporcionalidade em sentido estrito e à razoabilidade se tenha de ter em conta que quem renuncia aceitou a interferência no seu direito³⁴.

Nas relações entre iguais o titular do direito não tem de justificar a autolimitação por um qualquer valor social ou público³⁵, o que não quer dizer que o fim da renúncia e a intensidade da intervenção não devam ser elementos a ponderar quando se está a aferir a validade concreta de uma dada renúncia.

Finalmente, no que se refere ao respeito do conteúdo essencial, esta garantia não acrescenta nada em relação aos outros limites já referidos³⁶.

³³ JORGE REIS NOVAIS, "Renúncia a direitos fundamentais", *cit.*, pp. 332 e 333. Ver também GERHARD SPIESS, *Der Grundrechtsverzicht*, *cit.*, p. 155.

³⁴ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, *cit.*, pp. 313 e 314; também JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de Expressão*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 738 e 739; ALBERT BLECKMANN, "Probleme des Grundrechtsverzichts", *cit.*, p. 62. ANDRÉ FIGUEIREDO, "O princípio da proporcionalidade e a sua expansão para o direito privado", *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, 2008, p. 50.

³⁵ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, *cit.*, p. 258, nota 67; JORGE REIS NOVAIS, "Renúncia a direitos fundamentais", *cit.*, p. 328, nota 96.

³⁶ JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, *cit.*, p. 786, defende que esta garantia não cumpre "qualquer papel autónomo significativo nem desenvolve qualquer efeito jurídico efectivo enquanto limite aos limites dos direitos fundamentais", uma vez que para a densificação do conteúdo essencial dos direitos acabamos sempre por recorrer a outros princípios.

As metamorfoses da justiça urgente: notas breves sobre a reforma do CPTA

CARLA AMADO GOMES

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Metamorfose e deslumbramento: a nova justiça urgente introduzida pela reforma de 2002/2004

Quando, em 2002/2004, o legislador do direito processual administrativo abriu as portas à justiça urgente, o paradigma da proteção dos direitos dos particulares foi radicalmente alterado. A revisão constitucional de 1997 e a alteração do n.º 4 do artigo 268.º da Constituição da República Portuguesa contribuíram decisivamente para a conformação de um direito processual urgente verdadeiramente pleno e efetivo na jurisdição administrativa, fazendo eco de apelos doutrinários e de lugares paralelos no Direito comparado¹. O Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) terminou a *travessia do deserto* iniciada em tempos idos, pondo termo a um quase exclusivo da suspensão jurisdicional da eficácia de atos, oriunda da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos de 1985², e promovendo a transição, no plano cautelar, de um sistema de *numerus clausus* para um regime de *numerus apertus*, com sede no artigo 112.º³. Paralelamente, foram

¹ Veja-se CARLA AMADO GOMES, *Contributo para o estudo das operações materiais da Administração e do seu controlo jurisdicional*, Coimbra, 1999, pp. 425 e segs.

² Recorde-se que no âmbito da LPTA, além da providência cautelar indicada no texto, única específica do processo administrativo, havia a possibilidade de aplicação subsidiária das providências previstas no Código de Processo Civil (CPC), fortemente condicionada pelo facto de as vias principais estarem circunscritas ao recurso de anulação e à ação para reconhecimento de direitos e interesses legalmente protegidos.

³ Cfr. CARLA AMADO GOMES, "O regresso de Ulisses: um olhar sobre o novo sistema de protecção cautelar no contencioso administrativo", in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 39, 2003, pp. 3 e segs.