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

Benedita Mac Corrie
Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho

1. Introdução

Este breve texto vimos, de forma resumida, dedicar-nos à questão de saber até que ponto e em que circunstâncias é, ou deve ser, admisível, 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 perspectiva 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, seja por 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.

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 define 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 proteção do indivíduo”, 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 seguímos a perspetiva daqueles que consideram que a perda desta extinção, talvez envolva necessariamente a invalidade da renúncia.

Em nosso entender, justifica-se distinguir a renúncia de determinadas figuras afins, como o caso da perda, do não-exercício de direitos fundamentais, ou autolesão, e do mero exercício de direitos. A renúncia pode assumir diferentes figuras.


3 Tal como descrito anteriormente, na perda do direito ad nutum um enfraquecimento do poder jurisdicional se processa, o que, neste caso, não se trata de uma decisão voluntária, mas sim de uma impossibilidade jurídica.


5 Na autolesão a pessoa dispõe unilateralmente de posições jurídicas de direitos fundamentais, levando-se a si própria, enquanto a renúncia implica um relacionamento intersubjetivo. Neste sentido, RALF MALACRINA, Der Grundrechtsverzicht, Zürich, Schaffhuser Polygraphischer Verlag AG, 1992, p. 10; GERHARD SPIESS, Der Grundrechtsverzicht, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1997, pp. 49 e 50; CHRISTIAN HIMMLER, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München, Verlag Franz Vahlen, 1992, pp. 82 e seguintes.

Considerando que a disputa de um direito fundamental envolve necessariamente dois sujeitos, a renúncia a direitos fundamentais implica necessariamente duas pessoas, a renúncia a direitos fundamentais implica necessariamente duas partes.


No meio-exercício estamos sempre frente a um já bem jurídico e está claramente protegido na medida da sociedade, já na renúncia estaremos em causas 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 a bem protegido, sendo que o mesmo já não acontece no consentimento, onde claramente se distinguem. Ver, mais desenvolvi- dentemente, MANUEL DA COSTA ANDRADE, Consentimento e Acordo em Direito Penal, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 362 e seguintes.

Pode-se estar em causa uma renúncia total ou meramente parcial.


O que defendemos é que a pessoa que goza de capacidade pessoal de exercício, no regra- capacidade para renunciar. Porém, a maioridade deve ser apenas considerada como um “indício” da capacidade para dispor sobre questões de direitos fundamentais, podendo os mais de 21 anos ser capazes de consentir, desde que compreendam o sentido e o alcance da sua decisão.


Na autolesão a pessoa dispõe unilateralmente de posições jurídicas de direitos fundamentais, levando-se a si própria, enquanto a renúncia implica um relacionamento intersubjetivo. Neste sentido, RALF MALACRINA, Der Grundrechtsverzicht, Zürich, Schaffhuser Polygraphischer Verlag AG, 1992, p. 10; GERHARD SPIESS, Der Grundrechtsverzicht, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1997, pp. 49 e 50; CHRISTIAN HIMMLER, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München, Verlag Franz Vahlen, 1992, pp. 82 e seguintes. Considerando que a disputa de um direito fundamental envolve necessariamente dois sujeitos, este caso, não se trata de uma decisão voluntária, mas sim de uma impossibilidade jurídica.


Na autolesão a pessoa dispõe unilateralmente de posições jurídicas de direitos fundamentais, levando-se a si própria, enquanto a renúncia implica um relacionamento intersubjetivo. Neste sentido, RALF MALACRINA, Der Grundrechtsverzicht, Zürich, Schaffhuser Polygraphischer Verlag AG, 1992, p. 10; GERHARD SPIESS, Der Grundrechtsverzicht, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1997, pp. 49 e 50; CHRISTIAN HIMMLER, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München, Verlag Franz Vahlen, 1992, pp. 82 e 117.

Considerando que a disputa de um direito fundamental envolve necessariamente dois sujeitos, este caso, não se trata de uma decisão voluntária, mas sim de uma impossibilidade jurídica.


Na autolesão a pessoa dispõe unilateralmente de posições jurídicas de direitos fundamentais, levando-se a si própria, enquanto a renúncia implica um relacionamento intersubjetivo. Neste sentido, RALF MALACRINA, Der Grundrechtsverzicht, Zürich, Schaffhuser Polygraphischer Verlag AG, 1992, p. 10; GERHARD SPIESS, Der Grundrechtsverzicht, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1997, pp. 49 e 50; CHRISTIAN HIMMLER, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München, Verlag Franz Vahlen, 1992, pp. 82 e 117.
medida do necessário para a garantia desses outros direitos ou interesses. Consideramos serem de afastar as perspectivas que defendem a irrenunciabilidade de todos ou alguns direitos fundamentais, partindo da ideia de que estes são indisponíveis.

Para além do exercício de direitos e uma vez que implica o concomitante enfraquecimento da posição subjetiva do titular do direito, a renúncia envolve ainda uma afetação negativa, o que, a nosso ver, justifica, mesmo nas relações entre entes privados, que o Estado, para garantir que esse enfraquecimento não vá 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 protegida. 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.

Jorge Reis Novais, “Renúncia a direitos fundamentais”, cit., p. 333.

Os Autores que sustentam essa indiscutibilidade têm vindo a conivenciar diferentes argumentos para fundamentar a sua posição: a idéia 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.

Defendendo que a renúncia se consubstancia também numa restrição de direitos, ver Jorge Reis Novais, “Renúncia a direitos fundamentais”, cit., pp. 288 e 289.

Considerando que o termo paternalismo significa “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”. - Paulino Conceição, “Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell’autonomia dei privati”, in Quaderni, n° 1, 1993, p. 120.

Parece-nos também relevante fazer a destrinça entre perfeccionismo 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 às diferentes concepções do bem. Sendo a autonomia um valor central na nossa ordem jurídica, o Estado deverá optar por concepções de bem que valorizem a escolha autónoma em detrimento das que não o fazem.

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 perspectiva numa obra mais recente, intitulada Nudge, 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 perspectiva tem sido acirrado, até porque os Autores conseguiram obter apoio político para implementar este tipo de medidas, tanto nos EUA como no Reino Unido. Esta perspectiva 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 coercitivas e por se entender que há aqui uma certa manipulação e um aproveitamento das fraquezas dos indivíduos quando tomam decisões.

* 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 aspectos 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 DOCA – Cuadernos de Filosofía del Derecho, n° 24, 2001, pp. 252 e 264.


Independentemente da bondade desta perspetiva, pensamos, no entanto, que, ao partir 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 extremas ou quando este não esteja em posição de cuidar de si.

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, indefensável.

28 Que serão aquelas em que, como veremos infra, se admite que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser visto como limite da renúncia, isto é, quando estejam em causa as possibilidades de "auto-determinação futura" da pessoa. Retiramos esta expressão de Jorge Reis Novais, "Renúncia a direitos fundamentais", cit., p. 368. Considerando o que o ordenamento pretende consagrar a liberdade como uma "situação duradoura", ver Albert Bleckmann, "Probleme des Grundrechtsverzichts", cit., p. 59. Leticia de Campos Velho Martel, Direitos Fundamentais Independentes: limites e possibilidades do consentimento para a ausência do direito à vida, cit., p. 123, defende que "a proteção da liberdade futura de uma pessoa escapa à refutação do paternalismo", Peter de Manneville, "Avoiding Paternalism", in Philosophy & Public Affairs, vol. 34, nº 2, 2006, p. 81, entende que a autonomia pessoal "implicar o controle sobre a própria vida como um todo". Este aspecto da autonomia justifica "políticas governamentais que desencorajam atividades que podem matar ou deixar o indivíduo fisicamente ou mentalmente debilitado".

Christoph Leuenberger, Die unverzichtbaren und unverzichtbaren 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 imprescindível para a pessoa". Este é o caso típico de contratos de escravidão.


Jorge Reis Novais, "Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares", in Jorge Reis Novais, Direitos Fundamentais: Teorias e Estruturas, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 72.

5. Os limites da renúncia

Chegamos, então, à questão dos limites da renúncia propriamente dito, 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, dado a própria natureza principiológica dos direitos fundamentais. 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 pre-concepções 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.


a maior ou menor disponibilidade de posíçoes 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 tidà em conta na ponderação, uma vez que o poder de renunciar depende tambéim 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 seria menor se tiver em vista também ou sobretudo bens jurídicos relevantes para a comunidade.

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 fundamentais. Ainda assim, há alguns contributos quanto à densificação destes conceitos que são transponíveis para o problema da renúncia, como é o fato de o carácter grave e irreversível da lesão servir para integrar a cláusula dos bons costumes e a ideia de que pode haver um fim positivo capaz de “anular” a ofensa aos bons costumes, que em princípio se verificaria, atendendo à gravidade da lesão.

O princípio da dignidade da pessoa humana, exceutando situações extremas, deve ter lugar 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 digno, não estando em causa uma renúncia à dignidade.

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” 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 coninar 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 constituição.

Irrreversibilidade e pelo teor das suas sequelas, ver MANUEL DA COSTA ANDRADE, Considerações e Acórdos em Direito Penal, cit., p. 546.

26 Entendendo que, no que se refere à existência de uma viólbio dos bons costumes quando se verifiquem lesões graves, a corrente majoritária tem vindo a admitir “a intervenção de um fim positivo susceptível de neutralizar a estigma da ofensa (.)”, em princípio indicado pela gravidade da lesão”, ver MANUEL DA COSTA ANDRADE, Considerações e Acórdos em Direito Penal, cit., p. 546 e 547. Uma parte da doutrina entende ainda que esta perspectiva deve ser recebida, como orientação geral, pelo Direito Civil. Nesse sentido, ANDRÉ GONÇALVES DIAZ PEREIRA, o Comentário Informado / Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 144 e 146.


28 Considerando que o direito penal se tem privilegiado, como resposta ao problema dos bons costumes e cláusulas de contraposição entre “leis ligeiras e graves”, estas últimas normalmente qualificadas pelo seu
As metamorfoses da justiça urgente: notas breves sobre a reforma do CPTA

CARLA AMADO GOMES
Professor 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 nº 4 do artigo 268\(^{1}\) 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 comparado\(^2\). O Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) terminou a fraquezas 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 1985\(^3\), promovendo a transição, no plano cautelar, de um sistema de numeros clausulas para um regime de numeros apertus, com sede no artigo 1129\(^4\). Paralelamente, foram

---

\(^1\) Veja-se CARLA AMADO GOMES, Contributo para o estudo das operações materiais da Administração do direito processual civil, 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.

\(^3\) Cf. CARLA AMADO GOMES, "O regresso de Ulisses: um olhar sobre o novo sistema de proteção cautelar no comprimento administrativo", in Cadernos de Justiça Administrativa (CJA), nº 39, 2003, pp. 3 e segs.