

INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO LACÔNICO, CONSEQUÊNCIAS DUVIDOSAS

LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL*

*“Eu quisera ver o mundo
como o vê Sérgio Bernardo:
ver, no mundo, os muitos signos
que vigiam sobre as coisas.*

*Sentir, sob a forma, as formas,
os segredos da matéria,
mais a textura dos sonhos
de que se forma o real.*

*Ver a vida em plenitude
e em seu mistério mais alto;
decifrar a linha, a sombra,
a mensagem não ouvida
mas que palpita na Terra
Eu quisera ter os olhos
que assim penetram i arcano
e o tornam (poder da imagem)*

um conhecimento humano”¹

1 INTRODUÇÃO

Nas Olimpíadas de 1984, a atleta suíça Gabrielle Andersen emocionou o mundo. Cambaleante, ela afastou e recusou a ajuda da equipe médica que tentava fazê-la parar. Com a saúde em risco, não desistiu e finalizou a maratona. Foi considerada um exemplo de superação. É mais lembrada do que a vencedora da prova daquele ano. Em situação muito diferente, Ramon Sampedro, que não mais desejava viver, queria desistir, buscou, por diversos meios, obter auxílio lícito em seu suicídio. Juridicamente, não conseguiu. De fato, o fez. Nas telas dos cinemas, sua história tocou milhões de pessoas. No conto de Lygia Fagundes Telles, *A confissão de Leontina*, a personagem confessa, opta por contar sua vida trágica, que culminou em um crime que ela não esconde nem nega. Nos jornais que circularam no *dia dos pais*, lindas narrativas sobre a relação entre pais e filhos. Numa delas, um paraense conta que seu pai é efetivamente seu herói,

* Doutoranda em Direito Público - UERJ. Mestra em Instituições Jurídico-Políticas - UFSC. Professora da Universidade do Extremo Sul Catarinense. Pesquisadora do NUPEC - Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos e Cidadania, financiado pelo Programa Grupos/UNESC.

¹ ANDRADE, Carlos Drummond. *Amar se aprende amando: poesia de convívio e de humor*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1998, p.56-57.

pois se arriscou em uma cirurgia e doou um rim em vida para salvá-lo. Com frequência, as redes de televisão transmitem anúncios dos hemocentros sobre a necessidade de doadores de sangue. Centenas de pessoas atendem ao chamado, em um ato de solidariedade. Ainda na televisão, em rede quase mundial, pode-se ver uma luta de boxe. No ringue, em combate sangrento, são ovacionados os competidores. Em uma revista feminina, lê-se tranquilos depoimentos de mulheres que participam de grupos sadomasoquistas, muitas vezes com seus companheiros. Dizem que são felizes por obter prazer na dor. Já em revista dedicada às celebridades do momento, noticia-se que as tatuagens estão cada vez mais em voga e que um dos famosos tatuou o rosto da esposa no braço. E, num tabloide inglês, conta-se que uma mulher, ao invés de tatuar o nome do marido, preferiu tê-lo marcado a ferro no quadril.

Recusar tratamento médico em situação de risco para atingir um ideal. Confessar um crime. Tatuar o corpo. Ser marcada a ferro quente. Lutar boxe. Doar sangue. Doar um órgão em vida. Aderir a práticas sadomasoquistas. Suicidar-se com auxílio. Situações fáticas muito diversas. Olhares morais e jurídicos distintos. Louváveis ou reprováveis, todas as hipóteses possuem um ponto comum. Em cada uma, houve consentimento ou recusa. Não houvesse consentimento, não houvesse recusa, o desfecho seria inteiramente outro. Tatuar alguém à força, desferir socos em um indivíduo, extrair sangue ou órgãos de uma pessoa contra sua vontade, contribuir ativa e intencionalmente para a morte de outrem, obter uma confissão com ameaça ou violência, negar socorro médico, constranger alguém a atividades sexuais com métodos sádicos, são condutas condenáveis civil e criminalmente, porquanto representam uma afronta à inviolabilidade do indivíduo, inaceitável em sociedades democráticas que prezam pelos direitos fundamentais e pelas liberdades humanas.

Os exemplos demonstram, todavia, que o consentimento ou a recusa modificaram as relações, tornando-as, à exceção de uma, lícitas. A inviolabilidade do indivíduo foi aquebrantada pelo próprio indivíduo, que, livre, dela abriu mão. Qual foi o papel jurídico do consentimento e da recusa? Representaram um exercício de liberdade que tornou permitido aquilo que seria proibido. Significaram *disposição* de posições jurídicas de direitos fundamentais. Mas não são os direitos fundamentais indisponíveis? Segundo afirmam a doutrina e a jurisprudência, são. Os direitos fundamentais são tradicionalmente considerados indisponíveis.

Embora tradicional, o conceito de indisponibilidade dos direitos fundamentais é confuso, seja pelo próprio entendimento do que é um direito e de qual é o seu objeto, seja pela imprecisão quanto ao sentido de indisponibilidade. Além disso, a assertiva ocorre em dois planos. O primeiro é conceitual-descriptivo, isto é, sustenta que a indisponibilidade integra o próprio conceito de direito fundamental, é intrínseca ao direito. O segundo, o normativo, sustenta que os direitos fundamentais *devem ser* indisponíveis, existindo justificação para o uso da coercibilidade estatal para impedir a disposição dos direitos fundamentais. Em qualquer dos planos, a afirmação é problemática. No conceitual-descriptivo, a quantidade de contra exemplos é intensa a ponto de pôr em risco sua adequação à realidade e às práticas jurídicas existentes. No plano normativo, é um problema de justificação. O que significa, então, a indisponibilidade dos direitos fundamentais? Em qual plano ela atua, no conceitual ou no descriptivo?

No Brasil, como será visto à frente, nota-se que a doutrina dominante considera que indisponíveis são direitos que escapam ao alcance do titular, que não pode modificar, criar ou extinguir as relações a eles subjacentes de modo a sair do polo dominante da relação. Em geral, a indisponibilidade é apresentada como inerente ao conceito de direito fundamental. Na jurisprudência, o conceito é mais fluído, havendo apenas uma leve tendência no sentido de serem indisponíveis aquelas relações jurídicas de direitos fundamentais que não *devem ser*, de um prisma normativo, enfraquecidas pelos seus titulares. O que se nota, portanto, é que não há clareza nem precisão conceitual.

A nebulosidade do conceito de indisponibilidade dos direitos fundamentais não é novidade, muito menos uma exclusividade brasileira. Na década de 1960, Marvin Schiller dedicou um ensaio para demonstrar uma plêiade de conclusões que podem ser obtidas segundo o significado atribuído aos termos 'direitos' e 'indisponíveis'. Assim, por exemplo, se a palavra 'indisponível' for compreendida como um qualificador que impede a perda ou a restrição de um direito, atingir-se-á um tipo de resultado, caso seja compreendida como impeditivo de renúncia, ter-se-á outras conclusões. Neste ensejo, o autor confirmou que há distintas concepções e conceitos dos termos e apontou quais consequências são obtidas a partir de cada combinação². J.J. Thomsom e Terrance McConnell, em obras mais recentes, verificaram também a obscuridade do conceito de indisponibilidade dos direitos fundamentais³.

Em face da confusão conceitual, o eixo deste artigo consiste em compreender, no ordenamento jurídico brasileiro, máxime na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o conceito da expressão 'direitos indisponíveis', principalmente no que toca aos direitos fundamentais de cunho marcadamente pessoal. Com escora nas premissas obtidas da jurisprudência, far-se-á uma proposta conceitual, no intuito de contribuir para a objetivação do emprego da expressão 'direitos fundamentais indisponíveis' e para a racionalização dos cenários do discurso jurídico nos quais ela comumente aparece.

Atualmente, em um ambiente pós-positivista, no qual as vias de comunicação entre o Direito e a moralidade são incrementadas, e que a argumentação recebe um amplo espaço, pode soar estranho e até mesmo anacrônico dedicar-se ao estudo de um conceito. Todavia, a argumentação depende de alguns conceitos. Ainda que não se trate mais de tentar esgotar o fenômeno jurídico em uma ambiência exclusivamente conceitual, de aplicação dedutivista, há necessidade de um mínimo acordo semântico. Os conceitos empregados na argumentação e na dialogicidade jurídicas precisam ser claros e úteis, sob pena de a argumentação tornar-se vazia, preenchida por *slogans*, axiomas e *locus argumentativos* altamente privilegiados que fecham o debate ou confundem o diálogo e a compreensão mútua, especialmente quando eles são travados em sociedades pluralistas, que comportam estranhos morais.

2 SCHILLER, Marvin. Are there any inalienable rights? Chicago: *Ethics*, vol. 74, nº4. Jul. 1969, *passim*.

3 McCONNELL, Terrance. *Inalienable Rights - the limits of consent in medicine and the law*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p.ix. THOMSOM, Judith Jarvis. *The realm of rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p.283-284.

Os chamados “conceitos cameleônicos”⁴, além de confundirem a argumentação, e serem capazes, por sua simples invocação, de definir um caso complexo, também podem operar como joguetes, ora servindo a uma função adequada, ora a outras sequer admissíveis pelo ordenamento jurídico, que resta impregnado pela insegurança e pela incoerência, o que acarreta, também, desigualdade no tratamento dos jurisdicionados. É com o escopo de buscar um conceito adequado e útil, que auxilie a evitar os chamados *déficits argumentativos*, que os tópicos seguintes serão redigidos.

É bom repisar que a dimensão conceitual não esgota o fenômeno jurídico, mormente quando se trata de um tema complexo e mesmo polêmico como o dos direitos fundamentais. Mas é de muita utilidade, pois ao preencher um pressuposto das tarefas de justificação e de aplicação do direito, evita a disseminação de conceitos cameleônicos que turvam a mente dos intérpretes e obliteram os debates jurídicos⁵.

A fim de angariar o objetivo proposto, o artigo está dividido em duas partes principais. Na primeira, serão descritos e examinados os significados atribuídos à expressão ‘direitos indisponíveis’ na doutrina, no ordenamento jurídico e na jurisprudência brasileiros, com ênfase nas decisões do STF. A seguir, será proposto um conceito para a disposição de direitos fundamentais, ao ensejo das teorias sobre a estrutura das relações jurídicas de direitos fundamentais e dos elementos colhidos na primeira parte do estudo.

2 DIREITOS INDISPONÍVEIS: O CONCEITO NA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA

Para compreender o sentido da proclamada indisponibilidade dos direitos fundamentais, faz-se necessário investigar na doutrina, na legislação e na jurisprudência os significados atribuídos e as consequências advindas da locução ‘direitos indisponíveis’. O trabalho iniciará-se pelo levantamento doutrinário quanto aos direitos fundamentais e aos direitos da personalidade. Após, será exposto um amplo levantamento constitucional-legal e jurisprudencial, formulado e redigido com o intuito de desnudar o sentido da expressão ‘direitos indisponíveis’ e seus impactos. Perceber-se-á a plurissignificação dos termos ‘direito’ e ‘indisponível’ e sua reverberação em diferentes entendimentos sobre o conceito e as consequências da indisponibilidade dos direitos fundamentais.

4 A expressão é inspirada em uma das muitas passagens nas quais Hohfeld enfatiza o importante papel do rigor terminológico e da clareza conceitual: HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. (Ed. by Walter Wheeler Cook). New Jersey: The Law Book Exchange, 2000, p.35.

5 A ‘dimensão analítica’ possui relação metodológica com a ‘jurisprudência dos conceitos’, alvo de largas críticas em razão do seu hermetismo. Efetivamente, se ela for a única abordagem realizada, haverá obtenção de clareza conceitual, ladeada por um sério empobrecimento da apreensão do fenômeno jurídico. A opção metodológica ora realizada não desdenha das críticas e dos debates acerca da dimensão analítica, apenas a toma como uma primeira e necessária abordagem, porém limitada e não suficiente. Sobre o tema: ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.241 e ss.

2.1 A doutrina: tendências conceituais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) não consagrou dispositivo específico referente à indisponibilidade dos direitos fundamentais. Existe, apenas, referência à indisponibilidade dos interesses individuais no art. 127, associada à legitimidade processual do Ministério Público⁶. Já o Código Civil, no Capítulo destinado aos direitos da personalidade, trata da indisponibilidade desses direitos, ressalvando a limitação voluntária apenas na medida de lei autorizadora⁷.

A doutrina publicista brasileira refere, com poucas exceções, que os direitos fundamentais são indisponíveis⁸. Na mesma esteira, os privatistas soem afirmar que os direitos da personalidade são indisponíveis⁹ e os internacionalistas que os direitos humanos o são¹⁰. Ainda, no âmbito do direito penal, é forte a ideia de que o consentimento da vítima (ou ofendido) não produz efeitos jurídicos, quando se tratar (o que é normalmente o caso) da proteção de 'bens' ou de 'direitos indisponíveis'¹¹. Também na ambiência dos direitos sociais, assevera-se que são indisponíveis. É assim que ocorre no ramo trabalhista e previdenciário e também quanto aos direitos à saúde e à educação.

6 Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2009, art.127.

7 Esta proibição encontra-se no art. 11. BRASIL. *Código Civil. Lei nº10.406*, de 10/01/2002. São Paulo: Saraiva, 2009.

8 Quanto ao pensamento constitucional brasileiro, não há aprofundados estudos sobre a temática, que é normalmente tratada de forma pouco generosa e recebe espaço, no mais das vezes, como simples *dictum* nos manuais. Como exemplo de publicistas que consideram os direitos fundamentais indisponíveis: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 166. NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à constituição federal: direitos e garantias fundamentais – artigos 1º a 17*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.17. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.125. CAPEZ, Fernando et. al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva: 2004. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2000. (Coleção Temas Jurídicos), p.41.

9 A menção é usual em relação ao art.11 do Código Civil. Não obstante o fato de os autores enunciarem a indisponibilidade, muitos reconhecem casos de disposição sem abandonar a classificação. São exemplos: GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade dos direitos do trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.149. BARROS, Ana Lúcia Porto de et. al. *O novo código civil comentado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003, p.19. LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. Vol. I, Parte Geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003. DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil: estudos numa perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.35-59. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Em outra obra, Tepedino admitiu que a tese da indisponibilidade dos direitos da personalidade admite temperamentos. TEPEDINO, Gustavo et. al. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Vol. I, Parte Geral (arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

10 A afirmação consta do preâmbulo da Declaração de Direitos Humanos. UN. *Everyone's United Nations. A handbook on the work of United Nations*. New York: United Nations Publication, Tenth Edition, 1986, p. 462. Ver ainda, ilustrativamente: ALMIR OLIVEIRA. *Curso de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 11-14; 58-59 e 97-98. Na doutrina portuguesa, QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra: Coimbra, 2002 (Série Teses e Dissertações), p.67.

11 Sobre todos, PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Na obra, o autor mostra a posição doutrinária tradicional, mas conclui por alguns temperamentos.

Apesar de, em um primeiro olhar, juristas de vários ramos do direito adotarem a premissa da indisponibilidade dos direitos fundamentais, não se pode inferir a inexistência de um *problema* quanto ao assunto. De um lado, a Constituição não expressa a indisponibilidade dos direitos fundamentais. De outro, questões práticas recebem respostas que se distanciam da premissa de indisponibilidade. A afirmação geral da indisponibilidade dos direitos fundamentais torna-se fluída, seja em face de elementos teóricos, seja em face da realidade que cotidianamente a desafia, mediante múltiplos exemplos de disposição e das consequências previstas em lei a respeito da consideração de um determinado direito como indisponível.

O que se percebe, então, é que muitos juristas seguem referindo, de modo laudatório, que os direitos fundamentais são indisponíveis. Apresentam os casos de disposição de direitos fundamentais (ou da personalidade) como anomalias incapazes de afetar o epíteto indisponíveis. É pouco comum que se elabore a definição do que se compreende por 'direito fundamental', para que se possa ter claro exatamente o que é indisponível. Por vezes, a ideia é de que o bem protegido pelo direito é que não pode ser afetado pelo próprio titular; noutras, tem-se a noção de que terceiros não podem interferir em direito alheio, mesmo com o consentimento do titular.

Atentos às frequentes hipóteses de disposição de direitos fundamentais e de direitos da personalidade, alguns autores asseveram que a clássica noção de indisponibilidade há de ser relativizada ou temperada. Alguns aderem à relativização com mais intensidade, outros com menos¹². Aqui, basta lembrar que a doutrina civilista, apesar do dispositivo legal proibitivo, está debatendo possibilidades de disposição de alguns dos direitos da personalidade, lançando relativizações à interpretação do art. 11 do Código Civil¹³. Há também, em minoria no Brasil, aqueles que sugerem que os direitos fundamentais e os direitos da personalidade deveriam ser vistos justamente do ângulo oposto – como direitos disponíveis¹⁴.

12 Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. *O direito individual à própria imagem e a possibilidade de disposição por parte do titular. Conteúdo e Limites*. Parecer não publicado. Mimeo. SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.310-311. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: USP, Tese de Livre Docência, 2004, mimeo. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. TEPEDINO, Gustavo et. al. *Comentários...* Op. Cit. Também José Antônio Peres Gediel, apesar de afirmar fortemente a indisponibilidade, admite relativizações. Na doutrina portuguesa, são exemplos CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, s/d, p. 422; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 3ª ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 357-358.

13 Por exemplo, o enunciado aprovado na *Jornada de Direito Civil: "Limitação Voluntária. Jornada STJ 4*. 'o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente, nem geral'". NERY Junior, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2ªed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.158.

14 No Brasil, ver: CUNHA, Alexandre dos Santos. *Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental no direito civil*. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p.260. CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana: o estatuto jurídico da*

Mas o que significa dizer que alguns direitos são indisponíveis? No grupo dos que esposam a indisponibilidade geral, ela normalmente é apresentada como uma característica intrínseca aos direitos fundamentais, descritivamente. Difundem também conceitos circulares, ou seja, mencionam que os direitos fundamentais são indisponíveis por serem irrenunciáveis ou vice-versa. Torna-se mais complicada a tarefa de investigar o sentido da expressão 'direitos indisponíveis' quando se leva em conta os exemplos utilizados. Por vezes, referem-se ao bem tutelado pelo direito, noutras, a relações jurídicas subjacentes.

Já no grupo que adere à relativização da indisponibilidade dos direitos fundamentais, há notas compartilhadas. O mesmo pode ser dito daqueles que primam pela disponibilidade dos direitos como ponto de partida. A indisponibilidade aparece associada à renúncia, a acordos, contratos ou transações que diminuem ou afastam a incidência de um dado direito em face de terceiros. Então, parece haver uma *tendência* no sentido de ser a indisponibilidade ligada a *comportamentos* do titular que conduzem ao enfraquecimento do direito perante terceiros. Mas, ainda assim, o sentido não é unívoco, pois, em alguns juristas vinculados a estes grupos, os exemplos referem-se à afetação do bem tutelado pelo próprio titular, e não à modificação da relação jurídica de direito fundamental diante de terceiros¹⁵.

Pelo visto, da doutrina não se extraem delineamentos certos do conceito de indisponibilidade dos direitos fundamentais. A uma, porque de regra não se encontram definições do que se entende por direitos fundamentais. A duas, por não existir um consenso sobre o que é, exatamente, dispor, tampouco sobre qual é o objeto de um ato de disposição. Nesse diapasão, faz-se necessário perscrutar na legislação brasileira e na jurisprudência quais os sentidos conferidos à expressão 'direitos indisponíveis', bem como as consequências do seu reconhecimento.

2.2 A locução 'Direitos Indisponíveis': seus diversos sentidos na legislação e na jurisprudência brasileiras

Já foi assinalado que a CF/88 refere-se aos interesses indisponíveis no que tange à legitimidade processual do Ministério Público. Existem diversas menções legislativas à atuação do MP e os interesses indisponíveis. É o que ocorre na LC nº75/93, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e no Estatuto do Idoso¹⁶. Nesses diplomas legais, a palavra 'indisponíveis' aparece

personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro, Forense, 2005. Na doutrina portuguesa, NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra, 1996, p.299. Também Vieira de Andrade posiciona-se no sentido da disponibilidade como ponto de partida nas relações permeadas pela igualdade entre os sujeitos, desde que mantidos certos limites: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004, p.331-335. Na doutrina italiana, DE CUPIS, Adriano. *Os direitos de personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

15 Um dos exemplos utilizados nesse sentido é o do suicídio. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo, 2004. Tese (Livre Docência em Direito) - USP. Mimeografado, p.73.

16 Na LC nº75/93, conferir os arts. 1º; 5º; 6º e 83. No ECA, o art.201. No Estatuto do Idoso, os arts.74; 79 e 81. BRASIL. LC nº75/93. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm. Acesso em jun. 2008. BRASIL. ECA. Lei nº8.069/90. Disponível em: <http://>

ligada aos interesses individuais e, em alguns, aos interesses sociais. Porém, não há elo com as expressões direitos ou interesses homogêneos, coletivos e difusos. Dos enunciados normativos, não se conclui se 'interesses' é empregado como sinônimo de 'direitos'. Todavia, diversas decisões judiciais utilizam os termos como intercambiáveis.

Aliás, é exatamente a atuação do MP sobre os interesses indisponíveis que levanta discussões jurisprudenciais de relevo, tanto quantitativa como qualitativamente. É nesta sede que se encontram casos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) na matéria, nos quais é possível localizar o conceito de indisponibilidade de direitos. No STF, o debate sobre ser indisponível o direito das crianças e dos adolescentes de conhecer e pleitear a sua paternidade biológica levou o Ministro Relator a inserir em seu voto o conceito de indisponibilidade de direitos individuais:

Direito individual indisponível é aquele que a sociedade, por meio de seus representantes, reputa como essencial à consecução da paz social, segundo os anseios da comunidade, transmutando, por lei, sua natureza primária marcadamente pessoal. A partir de então dele não pode dispor seu titular, em favor do bem comum maior a proteger, pois gravado de ordem pública subjacente, ou no dizer de Ruggiero 'pela utilidade universal da comunidade'¹⁷.

Do conceito, nota-se que o Ministro não situou a indisponibilidade como uma característica intrínseca a um tipo específico de direito (fundamental, da personalidade, relações de direito público ou privado), mas exprimiu um entendimento *normativo* de que existem motivações para que se considere determinado direito individual indisponível. A motivação suficiente é o interesse público na proteção e tutela daquele direito, de modo que o caráter de indisponibilidade torna-o "patentemente público"¹⁸. Está límpido no excerto que, para que isso ocorra, é preciso que o legislador se manifeste, determinando quais direitos são disponíveis e quais não são.

Entretanto, o conceito gerou algumas inquietações. O então Ministro Nelson Jobim fez uma interessantíssima indagação quanto às consequências do conceito adotado e a legitimação do MP:

www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm Acesso em: jun. 2008. BRASIL. *Estatuto do Idoso. Lei nº10741/03*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/2003/L10.741.htm>. Acesso em: jun. 2008.

17 BRASIL. STF. RE nº248.869/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. [sem grifos no original]. O ECA define, em seu artigo 27, a indisponibilidade do direito discutido no acórdão. BRASIL. ECA. Op. Cit.

18 BRASIL. STF. RE nº248.869/SP. Op. Cit. Nesse caso, o Min. Relator citou os estudos de Hugo Nigro Mazzili sobre a atuação do MP: "Num sentido lato, portanto, até o interesse individual, se indisponível, é interesse público; cujo zelo é cometido ao Ministério Público".

Perfeito, mas, veja, oponho-me a que o Ministério Público possa substituir, em absoluto, à vontade da mãe. Essa é a minha dúvida, pois é difícil conciliar um direito personalíssimo à indisponibilidade: se ele é personalíssimo, é disponível ao titular do direito¹⁹.

O debate travado no Tribunal é realmente importante. Se a CF/88 e a legislação infraconstitucional determinam que há legitimidade do MP para atuar quanto aos interesses individuais indisponíveis, se um direito personalíssimo pode ser – como determina o art.11 do CC – indisponível; ou pior, se todos os direitos fundamentais são indisponíveis, a legitimidade do MP agiganta-se e pode pôr em risco, como bem viu o Min. Jobim, a própria defesa de alguns direitos personalíssimos – cuja tutela pode ligar-se, exatamente, ao não conhecimento público. Ao final, o STF concluiu que, apesar de indisponível o direito, ao MP somente incumbe atuar se provocado pelos interessados diretos.

O julgado torna nítido o descompasso entre muitas abordagens doutrinárias sobre a indisponibilidade dos direitos, o entendimento do STF e as consequências legislativas da indisponibilidade. É de fato árduo conciliar a ideia de que todos os direitos fundamentais ou de que todos os direitos da personalidade são indisponíveis com a legitimação do MP para atuar quando em cena interesses individuais indisponíveis. Outro ponto que deve ser salientado é a possibilidade de ter o STF definido direitos individuais indisponíveis tendo em vista justamente a legitimação do MP, isto é, por um dos efeitos provocados e não por certos características típicos à indisponibilidade²⁰. Também na jurisprudência do STJ encontram-se diversos acórdãos reconhecendo a indisponibilidade do direito das crianças e dos adolescentes ao conhecimento de sua paternidade biológica²¹.

19 BRASIL. STF. RE nº248.869/SP. Op. Cit., Intervenção do Min. Nelson Jobim. A indagação foi corroborada pelo Min. Marco Aurélio: "(...) o Ministério Público não pode sequer representar entidade pública. Poderá representar uma pessoa natural quanto à defesa de direito personalíssimo? Surge uma incongruência". BRASIL. STF. RE nº248.869/SP. Op. Cit., Intervenção do Min. Marco Aurélio.

20 Um dos elementos que corrobora essa possibilidade foram os problemas contingentes quanto às defensorias públicas. Pareceria a melhor solução entender que incumbe às defensorias públicas a tarefa de propor a ação investigatória de paternidade. Porém, a deficiência desse serviço levou o MP a propor a ação e a instaurar a discussão sobre a legitimidade ou não para fazê-lo.

21 O sentido oferecido pelo STJ para a expressão 'direito indisponível' nesses casos discrepa de muitos outros julgados do mesmo Tribunal. Aqui, a noção é a de um direito que não pode ser obstado ou restringido: "Necessário, portanto, para a solução do embate jurídico, pautar a controvérsia sob a perspectiva dada pelo art.27 do ECA, que qualifica o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, o qual pode ser exercitado em face dos pais ou seus herdeiros, sem restrição. Tal dispositivo, portanto, assenta a respeito do amplo e irrestrito direito de toda pessoa ao reconhecimento do respectivo estado de filiação. (...) Não se deve concluir que o referido dispositivo alcança apenas aqueles investigadores que não foram adotados, porque jamais a interpretação da lei pode dar ensanchas a decisões discriminatórias, excludentes de direitos de cunho marcadamente indisponível, de cunho personalíssimo, sobre cujo exercício não pode recair nenhuma restrição, como ocorre com o Direito ao reconhecimento do estado de filiação". BRASIL. STJ. REsp. nº813.604-SC. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 17/09/07 [sem grifos no original].

Se todos os direitos fundamentais forem indisponíveis, ou se todos os direitos da personalidade forem, haveria de se reconhecer o caos na jurisprudência dos Tribunais brasileiros. Tome-se por ilustração a matéria tributária. Sabe-se que as limitações ao poder de tributar são instituídas para garantir pelo menos dois direitos fundamentais, a propriedade e certas manifestações da liberdade²². Todavia, os tribunais não reconhecem a legitimidade do *parquet* para propor ações na defesa dos contribuintes, por entenderem, de modo geral, que a tributação indevida não atinge direitos individuais indisponíveis, nem que os contribuintes são consumidores²³. É forte na doutrina e mesmo nos Tribunais o entendimento de que o direito à previdência social é fundamental, aí incluídos os benefícios a quem deles faz jus. Entrementes, é cediça na jurisprudência a orientação de que os benefícios previdenciários são direitos disponíveis, sobre os quais pode o beneficiário transacionar e renunciar e ao MP falta legitimidade processual para pleiteá-los em nome de terceiros²⁴. Na mesma trilha, é disseminada na literatura a noção

22 Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Os direitos humanos e a tributação – Imunidades e Isonomia* (Vol. III). 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005. No STF, ver: BRASIL. STF. ADI nº939-DF. Rel. Min. Sydney Sanches. Disponível em: www.stf.gov.br Último acesso em: mar./2008.

23 OSTF, nessa situação, não trabalhou com a questão da indisponibilidade dos direitos individuais. Centrou-se na diferença entre o consumidor e o contribuinte. BRASIL. STF. AgRg no RE nº248.191-2 – SP. Rel. Min. Carlos Velloso. Disponível em: www.stf.gov.br Último acesso em: mai./2008.

24 Quando os benefícios previdenciários são tarjados de direitos disponíveis – o que ocorre quando está em liça a legitimidade do MP para propositura de ações em prol dos possíveis segurados – o sentido emprestado à disponibilidade é o daquilo que é passível de abdicação ou renúncia. O mesmo se passa nos julgados que consideram o direito aos benefícios indisponíveis, bem mais raros, diga-se. O STJ reiteradamente define o benefício previdenciário como direito disponível, cerrando as portas à legitimidade do MP para propor ação, no que tem sido seguido pelos Tribunais Regionais Federais. Em um acórdão paradigmático, o Ministro Relator lançou como questão norteadora se “os benefícios previdenciários são bens disponíveis ou não? Ensejam renúncia ou transação?”. E respondeu: “O benefício previdenciário traduz direito disponível. Refere-se à espécie de direito subjetivo, ou seja, **pode ser abdicado pelo respectivo titular, contrapondo-se ao direito indisponível, que é insuscetível de disposição ou transação por parte de seu detentor**”. É límpida a associação entre *dispor* e abdicar, renunciar e transacionar. No acórdão também fica patente a ligação entre disponibilidade e a possibilidade de decidir pleitear ou não um direito em juízo. BRASIL. STJ. REsp. nº369.822-PR. Rel. Min. Gilson Dipp. DJ 22/04/2003 [os grifos constam do original]. Na jurisprudência do STJ, conferir ainda, a título exemplificativo: BRASIL, STJ. EREsp. nº448684-RS. Rel. Min. Laurita Vaz. DJ 02/08/2006. BRASIL. STJ. REsp. nº757.828-PR. Rel. Min. Laurita Vaz. DJ 19/06/2006. BRASIL. STJ. REsp. nº770.741-PA. Rel. Min. Gilson Dipp. DJ 15/05/2006. BRASIL. STJ. REsp. nº762136-RS. Rel. Min. Laurita Vaz. DJ 01/08/2006. É importante verificar a decisão em sede de *habeas corpus*, no qual foi discutida a possibilidade de renúncia ao benefício previdenciário como condição de suspensão condicional do processo criminal por suposta fraude na sua obtenção. A cláusula foi considerada abusiva, e a Sexta Turma concluiu que não se pode privar alguém do benefício sem o devido processo legal, manifestando que “**não nos parece que se tenha como condição da suspensão condicional do processo renúncia a direito em si irrenunciável, como o direito à aposentadoria, se eventualmente cabível**”. Ainda que o direito à aposentadoria seja mencionado como indisponível nesse julgado, em linha diametralmente oposta a daqueles que versam sobre a legitimidade do MP, o sentido emprestado é o mesmo, o de um direito que não pode ser abdicado nem renunciado. BRASIL. STJ. HC nº60.447-RJ. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJ 05/02/2007 [sem grifos no original]. Em alguns acórdãos mais antigos dos Tribunais Regionais Federais, especialmente o da 4ª Região, é possível encontrar referência aos benefícios previdenciários como direitos indisponíveis, sempre no sentido de imunes à abdicação. Um dos

de que os direitos dos trabalhadores, por fundamentais, são indisponíveis, porém, não está aberta a legitimidade do MPT para propor ações por toda e qualquer lesão aos direitos dos trabalhadores. Além disso, admite-se a transação judicial desses direitos, ainda que limitadamente²⁵.

Outra controvérsia de monta no STF acerca do conceito, extensão e interpretação da ideia de indisponibilidade dos direitos fundamentais ocorreu no julgamento da constitucionalidade de alguns artigos da Lei de Arbitragem²⁶. À época da publicação do texto legal, muitos sustentaram a sua inconstitucionalidade, por entenderem que a inafastabilidade do controle jurisdicional e o amplo acesso justiça (estatal) constituíam direitos fundamentais indisponíveis, que não poderiam ser afastados pela vontade das partes, ou seja, que não poderiam ser objetos de disposição. De pronto, entende-se que a disponibilidade era vista como a possibilidade de abrir mão ou abdicar de algum direito fundamental mediante consentimento do titular. E foi esta a tônica do julgado do STF – seria o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional passível de *renúncia* em prol do sistema arbitral?

principais argumentos em razão da indisponibilidade foi o caráter alimentar. Ilustrativamente, conferir: BRASIL. TRF4. AC nº91.04.14004-4. Rel. Des. Sílvio Dobrowski. DJ 11/03/1992. BRASIL. TRF4. AC nº91.04.09097-7. Rel. Des. Gilson Langaro Dipp. Redator do Acórdão: Sílvio Dobrowski. DJ 08/04/1992.

25 No STF, há importante julgado sobre a constitucionalidade do art.83, IV, da LC75/93, que permite ao MPT propor ações cabíveis para a declaração de nulidade de cláusula de acordo ou convenção coletiva que viole, dentre outros, direitos indisponíveis dos trabalhadores. Em primeiro lugar, é nítido que o texto legal permite a propositura de ações cabíveis, não apenas as coletivas, mas o STF interpretou o enunciado normativo no sentido de permitir apenas ações coletivas. Não há maior discussão sobre a definição de direitos individuais indisponíveis, todavia, o que se extrai dos votos é que se trata de direitos que interessam à ordem pública ou à coletividade. Em momento algum os Ministros referem que todos os direitos dos trabalhadores são indisponíveis. BRASIL. STF. ADI nº1852-1/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 21/11/2003. BRASIL. STF. AgRg no AI nº404.860-1-DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa Gomes. Disponível em: www.stf.gov.br Último acesso em: mai./2008. Também no TST não se encontra tal menção, especialmente nos acórdãos que lidam com a legitimidade do MPT. Nos julgados do TST, a indisponibilidade dos direitos aparece com o sentido de ser um direito insuscetível de abdicação, transação ou renúncia. Contudo, não há precisão na delimitação da legitimidade do MPT quanto aos direitos individuais indisponíveis, uma vez que é freqüente o elo entre a legitimidade do *parquet* e os direitos que são de interesse da coletividade, que extrapolam claramente os lindes individuais, sem labor mais aprofundado sobre a indisponibilidade. Além disso, é bastante referida alguma flexibilização quanto aos direitos dos trabalhadores, o que repercute na possibilidade, ainda que limitada, de disposição (no sentido de abdicação parcial). A título exemplificativo: BRASIL. TST. RR nº563227/99.8. Rel. Juiz Convocado Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. DJ 24/09/2004. BRASIL. TST. RR nº1143/2004-005-04-40. Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. DJ 06/06/2008. BRASIL. TST. ED-RR 2090/2003-003-16-00. Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. DJ 09/05/2008. É assaz interessante a manifestação, como simples *dictum*, do Min. Moreira Alves, quando da análise da constitucionalidade de artigos da Lei de Arbitragem. Indagado pelo Min. Nelson Jobim acerca da disponibilidade dos direitos dos trabalhadores, o Min. Moreira Alves respondeu que são eles direitos patrimoniais disponíveis, com o significado de direitos que podem ser abdicados. BRASIL. STF. AgRSE nº5.260-7 Reino da Espanha. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: www.stf.gov.br Último acesso em: jun./2008.

26 A Lei da Arbitragem permitiu a escolha pelo sistema arbitral em detrimento do sistema judicial estatal, quando a lide versar sobre 'direitos patrimoniais disponíveis'. No STF, foi questionada a constitucionalidade de vários tópicos da lei, em especial a da cláusula compromissória. BRASIL. STF. AgRSE nº5.260-7 Reino da Espanha. Op. Cit. BRASIL. Lei de Arbitragem. Lei nº9.307/96. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm Último acesso em: jun/2008.

Em tema de disponibilidade dos direitos fundamentais, esse longo julgado é fulcral. Primeiro, porque a indisponibilidade foi compreendida, de modo uníssono, como a impossibilidade de abdicação, sob a forma de renúncia parcial, de um direito fundamental²⁷. Segundo, porque a indisponibilidade foi relacionada à limitação de liberdades constitucionalmente protegidas²⁸. Terceiro, porque foram discutidos os limites e o alcance da disposição de um direito fundamental. Quarto, porque, não obstante uma afirmação de que “(...) a questão da renúncia de direito fundamental, que, em princípio, são irrenunciáveis por sua própria natureza”²⁹, foi admitida a disposição do direito fundamental de acesso à justiça estatal conforme delineada pela Lei de Arbitragem. Para obter a conclusão, entraram em jogo a dicção do dispositivo constitucional que consagra a inafastabilidade do controle jurisdicional, o histórico do enunciado normativo, além de outros fatores, como as necessidades sociais³⁰.

Por fim, é muito pertinente o julgado para o tema deste artigo, pois nele é feita a distinção entre direitos patrimoniais disponíveis e direitos indisponíveis (patrimoniais ou não). Efetivamente, há direitos que são meramente patrimoniais, em geral tidos como disponíveis (i.e., passíveis de abdicação, renúncia total, transação, etc.), e outros que possuem um âmbito existencial ou pessoal que se destaca, para os quais a disposição se mostra mais problemática. Porém, o fato de a divisão entre direitos patrimoniais e não patrimoniais facilitar a questão da disponibilidade, não se pode simplesmente definir que os direitos patrimoniais são disponíveis, ao passo que os demais não são. Muitos direitos fundamentais traduzem-se justamente em valores pecuniários, e seria um imperdoável sofisma sustentar que os valores pecuniários são disponíveis em sua totalidade e o direito, em si, não é (e.g., alguns direitos dos trabalhadores, direitos relacionados à previdência social, entre outros). Além do mais, muitos direitos não patrimoniais são sujeitos à disposição, como ocorreu com a inafastabilidade do controle jurisdicional no julgado em comento.

Sobre o assunto, Luís Roberto Barroso habilmente percebeu que há direitos fundamentais conhecidos pelo seu cunho existencial que são dotados de uma “esfera econômica”, inexistindo contradição em admitir simultaneamente as duas esferas em um mesmo direito fundamental³¹. A compreensão de uma esfera econômica aliada à esfera existencial de alguns direitos fundamentais dirime muitas dúvidas no que tange à disposição (no sentido de abdicação) de direitos fundamentais e é um potente auxiliar no

27 No acórdão, encontra-se o seguinte conceito de direitos disponíveis, dentre outros de igual ou semelhante teor: “direitos a respeito das quais as partes podem transigir”. BRASIL. STF. AgRSE nº5.260-7 *Reino da Espanha*. Op. Cit. Voto do Min. Relator.

28 Nos votos do Min. Marco Aurélio e Nelson Jobim é fortíssima a associação entre a indisponibilidade de um direito e a ablação da liberdade. Eles insistentemente referiram que a disposição do direito, no caso da arbitragem, prestigia a liberdade e a autonomia da vontade, ambas constitucionalmente tuteladas. BRASIL. STF. AgRSE nº5.260-7 *Reino da Espanha*. Op. Cit.

29 BRASIL. STF. AgRSE nº5.260-7 *Reino da Espanha*. Op. Cit. Proposta de Diligência do Min. Moreira Alves.

30 BRASIL. STF. AgRSE nº5.260-7 *Reino da Espanha*. Op. Cit.

31 BARROSO, Luís Roberto. *O direito individual...* Op. Cit., p.5 e 8.

traçado de um conceito de disposição de direitos, pois uma das propostas conceituais existentes é justamente definir como disponíveis os direitos que protegem *bens* disponíveis, e indisponíveis os direitos que protegem *bens* indisponíveis. Mas a proposta exige separar quais bens são disponíveis e quais não são. A princípio, bens patrimoniais seriam disponíveis. Quais são estes bens? Acaso não é a imagem dotada de valor pecuniário? Poder-se-ia dizer que o corpo humano é um bem indisponível. Assim, todos os direitos que tutelam o bem corpo humano (integridade física) seriam indisponíveis. Se o raciocínio for este, muitos atos do cotidiano das sociedades contemporâneas seriam inviáveis, como fazer uma tatuagem, uma cirurgia plástica, participar de esportes violentos, especialmente os de luta, e assim sucessivamente. Em sendo a saúde humana um *bem* indisponível, não poderiam ser admitidos contratos de trabalho para a realização de atividades insalubres, pois, a bem da realidade, a colocação da saúde em risco tem um preço, traduzido no adicional de insalubridade. O critério, além de dissociado da realidade, é de pouca valia teórica, pois seria preciso definir com precisão quais são os bens disponíveis e os indisponíveis, relacioná-los à ideia de patrimonialização e separar as centenas de anomalias.

Voltando à investigação da jurisprudência, vale colacionar uma posição do STF sobre indisponibilidade que é insistentemente repetida na jurisprudência brasileira. Ela se refere ao direito à saúde, “que se qualifica como direito subjetivo inalienável”³².

Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica **indisponível** assegurada à **generalidade** das pessoas pela **própria** Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade **deve** velar, **de maneira responsável**, o Poder Público, a **quem incumbe** formular – e **implementar** – políticas sociais e econômicas **idôneas** que visem a garantir, aos cidadãos, **inclusive** àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar³³.

32 BRASIL. STF. RE-AgRg nº271.286-8. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: www.stf.gov.br Último acesso em: mar./2008. Porém, há alguns julgados, especialmente do STJ, que não reconhecem a legitimidade do MP para ajuizar ações pleiteando medicamentos, tratamentos médicos para uma pessoa apenas, por não estar em palco direito individual indisponível, ou por exigirem que, além de individual indisponível, seja o direito, simultaneamente, homogêneo. BRASIL. STJ. REsp. nº665164-RS. Rel. Min. Franciulli Netto. DJ 20/03/2006. BRASIL. STJ. REsp. nº664.139-RS. Rel. Min. Castro Meira. DJ 20/06/2005. Há também julgados que não reconhecem a homogeneidade do direito individual, tampouco a presença de interesse público: BRASIL. STJ. REsp. nº613.493-DF. Rel. Min. Cezar Asfor Rocha. DJ 20/03/2006.

33 BRASIL. STF. AgRg no RE nº271.286-8. Op. Cit., Voto do Min. Celso Mello [os grifos constam no original].

Não há maior explicitação, em todo o acórdão, do sentido do termo indisponível. Do contexto, é possível visualizar dois sentidos para indisponível: a) um direito que não pode ser violado, *in casu*, um direito que deve (em sentido forte) ser concretizado pelo Poder Público; b) utilização do termo para motivar a legitimidade ativa do MP para ajuizar ações individuais, como interesse indisponível³⁴. A palavra indisponível, neste excerto, não soa de acordo com o uso, dantes registrado, de um direito de que o titular não pode abrir mão ou abdicar.

Na mesma margem, acórdão do STF reconhece o direito subjetivo público à educação infantil (creche) como prerrogativa indisponível, com aparente sentido de direito que deve (em sentido forte) ser concretizado pelo Poder Público e que pode ser reclamado pelo MP em juízo³⁵. No STJ, houve importante discussão sobre o tema, pois, apesar de ser reconhecido, na esteira do STF, o direito à educação infantil como prerrogativa indisponível, em alguns acórdãos não foi reconhecida a legitimidade do MP para buscar a tutela em juízo para crianças individualmente consideradas³⁶.

No STJ, o conceito de direito indisponível foi formulado em um caso no qual era posta em dúvida a legitimidade do MP para propor a ação³⁷:

Com efeito, **direito disponível** refere-se à espécie de **direito subjetivo** que pode ser abdicado pelo respectivo titular e contrapõe-se ao direito indisponível, que é insuscetível de disposição por parte de seu titular. *In casu*, os candidatos preteridos podem reivindicar ou não a nomeação intentada pelo *parquet*, o que confirma a disponibilidade do direito³⁸.

À luz do voto, a marca da disponibilidade de um direito consistiria na possibilidade de abdicação por parte do titular. Todavia, há uma conexão direta entre a abdicação e a existência de um espaço de escolha, por parte dos titulares, sobre buscar a tutela jurisdicional ou não. Em assim sendo, outro sinal da

34 Em alguns acórdãos anteriores, mencionados no julgado em exame, o Ministro empregava exatamente as mesmas frases, sem, no entanto, utilizar o termo indisponível. Isso pode sugerir que a palavra ali se encontra para justificar a legitimidade do MP para propor ações relativas ao direito à saúde, mesmo em casos individuais. Em diversos julgados sobre o tema, especialmente do STJ e dos TRFs, cuida-se do direito à saúde de crianças, adolescentes e idosos, cujos direitos são, por força legal, indisponíveis. Entretanto, é possível encontrar muitos acórdãos nos quais estão em causa direitos de pessoas carentes ou hipossuficientes e esses elementos não são empregados como razão para titularidade do direito, mas para a concessão da sua tutela em juízo.

35 BRASIL. STF. RE nº410.715-AgR-SP. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: www.stf.gov.br Último acesso em: jun./2008. BRASIL. STF. RE nº436.996-AgR-SP. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: www.stf.gov.br Último acesso em: jun./2008.

36 BRASIL. STJ. Embargos de Divergência em REsp. nº485969 - SP. Rel. Min. José Delgado. DJ 11/09/2006. Conferir ainda: BRASIL. STJ. REsp. nº753.565-MS. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 28/05/2007. BRASIL. STJ. Embargos de Divergência em REsp. nº466.861 - SP. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. DJ 07/05/2007.

37 BRASIL. STJ. AgRg no Recurso Especial nº547.704 - RN. Rel. Min. Paulo Medina. DJ 13/06/2005.

38 BRASIL. STJ. AgRg no Recurso Especial nº547.704 - RN. Op. Cit. [sem grifos no original].

disponibilidade seria o de um direito a respeito do qual incumbe ao titular decidir pleiteá-lo judicialmente. O elemento traz a lume a confusão conceitual instaurada. Ora, se o STF reconheceu que o direito ao conhecimento da paternidade biológica é indisponível, mas não há um dever de protegê-lo judicialmente, nem pode o MP fazê-lo se os interessados não requererem, como conciliar com a noção de que uma das características da disponibilidade é justamente a possibilidade de decidir ou não pela busca da tutela jurisdicional? No mesmo rumo, poderia o MP, sem a provocação dos interessados, ajuizar ações cujos pedidos sejam tratamentos médicos ou fornecimento de medicamentos para uma pessoa apenas? A ligação da indisponibilidade com a justiciabilidade, nesse julgado do STJ, tampouco está em conformidade com ideia de um direito gravado pelo interesse público, muito menos com noção de um direito que não pode ser alvo de restrições³⁹.

Apesar das incongruências apontadas, o sentido geral da expressão direito disponível no acórdão do STJ é o de um direito que pode ser abdicado por *manifestação* do seu titular. Então, de modo simplista, encontra aproximação com o conceito forjado pelo STF na decisão sobre a constitucionalidade de artigos da Lei de Arbitragem. O sentido de disposição de direito fundamental como possibilidade de abdicção por *manifestação de vontade* do titular (sob a forma de renúncia total ou parcial, alienação, cessão, etc.) é muito recorrente na jurisprudência, como atestam os casos retrocitados e os seguintes:

- a) impossibilidade de renúncia ao processo de extradição e irrelevância jurídica do consentimento do extraditando para sua entrega imediata ao país de origem⁴⁰;
- b) impossibilidade de renúncia ao devido processo penal, inclusive quanto à possibilidade de recurso, quando houver dissenso entre o réu e seus defensores⁴¹;
- c) impossibilidade de confissão por criança e adolescente e de

39 Não é compatível porque o tema do julgado era a contratação de um professor substituto em detrimento de candidatos aprovados em concurso público e habilitados para a ocupação do cargo. Ora, tratando-se de legalidade da contratação de servidor público e da lisura dos concursos públicos, parece claro que há interesse público envolvido na questão, não apenas direitos subjetivos dos candidatos já aprovados e não nomeados. Em decisão mais antiga, o STJ decidira que o MP era parte legítima para propor ação sobre a mesma matéria. BRASIL. STJ. REsp. nº268.548-SP. Rel. Min. Edson Vidigal. DJ 06/11/2000. Há também acórdão aceitando a legitimidade do MP em caso análogo, em razão da presença de interesses difusos e metaindividuais. BRASIL. STJ. REsp. nº191751-MG. Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJ 06/06/2005.

40 É bastante antigo e pacífico este entendimento no STF. Cf. BRASIL. STF. HC nº67.775 -SP. Rel. Min. Paulo Brossard. DJ 23/02/1990. Neste acórdão, são citados precedentes há longa data firmados. Em decisões mais atuais, tem-se: BRASIL. STF. Ext. nº953 Governo da República Federal da Alemanha. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 11/11/2005. BRASIL. STF. Ext. nº1.071-9 República Francesa. Rel. Min. Cezar Peluso. DJ 11/04/2008.

41 Esta questão é importante, pois, por vezes, a demora processual faz com que o réu permaneça detido, sem condenação transitada em julgado, por mais tempo do que permaneceria se a decisão de primeiro grau transitasse em julgado, em razão dos regimes da pena. Em assim sendo, não se pode tarjar de *irracional* a escolha feita pelo réu. Ver, ilustrativamente: BRASIL. STJ. HC nº33.385-SP. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. DJ 03/05/2004.

renúncia à produção probatória⁴²;

d) validade do consentimento expresso do proprietário quanto à vistoria para fins de reforma agrária sem atenção a prazos estabelecidos em lei⁴³;

e) possibilidade de renúncia ao direito de impenhorabilidade de bens legalmente estipulado, excluído o bem de família⁴⁴;

f) impossibilidade de a genitora transacionar acerca da paternidade de seu filho⁴⁵;

g) irrelevância do consentimento e da participação de médicos na pactuação e na elaboração de regras de exclusividade de prestação de serviços com cooperativa de saúde⁴⁶;

42 Na matéria, assim se pronunciou o STJ: “1. O Supremo Tribunal Federal assentou entendimento de que o direito de defesa, consagrado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, é **irrenunciável, ou seja, as partes litigantes não podem dele dispor**. 2. O respeito aos princípios do *due process of law* e da ampla defesa interessa também ao Estado, representado na figura do Ministério Público, na busca do esclarecimento dos fatos e da verdade real. Assim, o juízo menorista, ao homologar a **desistência das partes** de produzirem provas durante a realização da audiência de instrução feriu diametralmente o direito constitucional da ampla defesa assegurado ao paciente”. Esse entendimento do STJ é pacífico, especialmente quando se trata de crianças e adolescentes. Porém, quanto à **confissão**, há de ser observado que, ao passo que adolescentes não podem confessar (abdicar de uma alternativa de ação), adultos podem fazê-lo. O fato atesta que o *direito em si* não é indisponível, pois o que entra em questão é justamente a *capacidade* para dispor, não uma indisponibilidade intrínseca. BRASIL. STJ. *HC nº61017-RJ*. Rel. Min. Laurita Vaz. DJ 30/10/2006 [sem grifos no original]. Colhe-se ainda na jurisprudência do STJ: “2. A ampla defesa e os meios a ela inerentes são processualmente indeclináveis, deles não se abrindo mão; portanto **não se admite, em relação a eles, haja renúncia**. BRASIL. STJ. *HC nº48.003-SP*. Rel. Min. Nilson Naves. DJU 03/04/2006 [sem grifos no original]. Exemplificativamente, conferir: BRASIL. STJ. *RHC nº15.559-SP*. Rel. Min. Laurita Vaz. DJ 02/08/2004. BRASIL. STJ. *HC nº42.496-SP*. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. DJU 06/06/2005. De modo geral, esse entendimento é seguido pelos TRFs.

43 “Ainda que, na linha do entendimento majoritário do Tribunal, se empreste à notificação prévia da vistoria do imóvel expropriando, prevista no art.2º, 2º, da L. nº8.629/93, as galas de requisito de validade da expropriação subsequente, **não se trata de direito indisponível**: não pode, pois, invocar a sua falta o proprietário que, **expressamente, consentiu que, sem ela, se iniciasse a vistoria**”. O Min. Sepúlveda Pertence foi enfático quanto à questão da disponibilidade: “Mas, posto me ajuste à maioria, **não posso chegar a elevar o seu prazo em direito indisponível**. Realmente, aí estamos indo além da marca que a **dúvida de redação daquele dispositivo permite**. Obviamente um homem *sui juris*, proprietário, que consente em que a vistoria se faça sem o decurso de prazo não pode depois impugnar a sua validade”. Quanto ao ponto, houve discordância entre os Ministros, vencido o Relator. BRASIL. STF. *MS nº23.370-2 – Goiás*. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Redator do Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. DJ 28/04/2000 [sem grifos no original].

44 O STJ entendeu que, se o devedor indica bem à penhora, renuncia à impenhorabilidade, dispondo do seu direito. Mas excetuou o direito sobre o bem de família, não suscetível de renúncia em virtude da proteção da entidade familiar e da ordem pública. Foram vencidos a Relatora e o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, que entendiam nula a renúncia, por tratar-se de direito indisponível. BRASIL. STJ. *REsp. nº351932*. Rel. Min. Nancy Andrighi. Rel. do Acórdão. Min. Castro Filho. DJ 09/12/2003.

45 BRASIL. STJ. *AgRg no Ag nº19374*.

46 O julgado é demasiadamente interessante. Por um ângulo, pode-se pensar que foram tratados como indisponíveis a liberdade de contratação, a livre iniciativa e a livre concorrência, além da liberdade de trabalho dos médicos cooperados e discutido o alcance da indisponibilidade. Mas não é exatamente nesse ponto que está empregado o termo indisponibilidade. A cláusula de

h) validade do consentimento do morador para buscas e apreensões em domicílio sem o cumprimento dos demais procedimentos previstos⁴⁷.

Exemplo muito incidente, cujo sentido de indisponibilidade não é fácil de desvelar, é a consideração dos direitos das pessoas jurídicas de direito público como indisponíveis, especialmente no que toca às consequências previstas pelo CPC para as lides que versam sobre direitos indisponíveis⁴⁸. À primeira vista, parece certo o sentido oferecido à locução 'direitos indisponíveis'. Ela seria empregada para designar o direito que não pode ser abdicado. Todavia, um exame mais cauteloso enseja pelo menos duas dúvidas. Primeira, qual é o 'direito' que é indisponível? O processual – ampla defesa, produção probatória – ou o elemento mediato versado na lide – direito sobre o patrimônio público? Em conformidade com os enunciados normativos processuais, é o direito versado na lide que deve ser indisponível para que se operem as consequências ali previstas. Então, é o direito ao patrimônio público que é indisponível. É carente de lógica sustentar que se trata, no caso, de direito indisponível, uma vez que quem não pode abdicar do direito não é o seu titular, mas apenas aquele que apresenta a pessoa jurídica de direito público em circunstâncias bem delimitadas. Ora, se dispor de um direito significa *manifestar-se* de modo a abicar (renunciar total ou parcialmente, transacionar, ceder, etc.) o primeiro elemento que deve se fazer presente para a disposição é a titularidade do direito. Portanto, não há que se falar, propriamente, em direito indisponível, mas em ausência de atribuição, advinda da falta de titularidade, para movimentar com direito e bens alheios⁴⁹.

exclusividade, segundo os ministros, atingiria, por via oblíqua, o indisponível direito à saúde. Dessarte, em que pese ser possível extrair a ideia de não abdicção, ela não é de todo clara. Cf. BRASIL. STJ. *REsp*. nº768.118 – SC. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 30/04/2008.

47 Há julgados do STJ sobre a matéria. Se houve consentimento genuíno, o Tribunal não considera as provas obtidas por meios ilícitos, tampouco considera que haveria invasão de domicílio: "I. Não há ilegalidade na entrada em domicílio, ainda que sem mandado, se evidenciado o efetivo consentimento da moradora do imóvel". BRASIL. STJ. *RHC* nº12.280-RJ. Rel. Min. Gilson Dipp. DJ 04/12/2000. Conferir também: BRASIL. STJ. *RHC* nº43-737-SP. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. DJ 03/10/2005. BRASIL. STJ. *RHC* nº4.225-7-MS. Rel. Min. Assis Toledo. DJ 06/03/1995. BRASIL. STJ. *RHC* nº12.674-SP. Rel. Min. Gilson Dipp. DJ 05/08/2002.

48 Conferir os artigos 320, II; 333, Parágrafo Único; 351, todos do CPC. Cf. BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº5.869/73. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm Último acesso em: mai./2008.

49 São incontáveis os acórdãos que se referem à indisponibilidade dos direitos das pessoas jurídicas de direito público como indisponíveis, para extrair as consequências previstas no CPC. Na matéria, é necessário frisar que em muitas ocasiões sequer é cogitada a hipótese de serem tais direitos fundamentais. Porém, embora essa referência seja comum na jurisprudência dos Tribunais, não é nada usual nos julgados do STF. No STJ, encontra-se pacificada a seguinte orientação: "O executivo fiscal versa sobre **direito de natureza patrimonial e, portanto, indisponível**. O julgador singular, ao decretar de ofício a prescrição da execução fiscal, deixou de observar esta indisponibilidade, conforme estabelece o artigo 166 do Código Civil e parágrafo 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil". BRASIL. STJ. *REsp*. nº607.350 – SC. Rel. Min. Castro Meira. DJ 23/05/2005. Há julgado do STJ no qual se manifesta com clareza a não titularidade do direito pelo presentante da pessoa jurídica de direito público. Essa clareza é, no entanto, rara. BRASIL. STJ. *REsp*. nº96.691 – PR.

Em muitos desses acórdãos, as palavras 'direito indisponível' e 'indisponibilidade do interesse público' são tratadas como intercambiáveis, ou, pelo menos, como análogas. No tópico, reforça-se a ideia de que não está claro exatamente qual é o 'direito' em jogo e o que se entende pelo termo, assim como resta obscurecido o sentido de 'interesse público'⁵⁰.

Com frequência bem menor, há acórdãos que se referem aos direitos indisponíveis como aqueles que não podem sofrer ablações, existindo, até mesmo, relação com a ideia de imprescritibilidade⁵¹.

Por fim, uns poucos acórdãos evidenciam a diferença entre o direito – a relação jurídica – e o bem tutelado pelo direito. São casos nos quais o *bem* está gravado pela indisponibilidade quanto ao titular do direito, todavia, aceita-se que o titular possa alienar, ceder ou renunciar o *direito*. Nesse diapasão, não se pode confundir nem igualar a disposição de um bem juridicamente tutelado com a disposição do direito que o protege, pois são institutos distintos.

2.3 Síntese Conclusiva

Na pesquisa doutrinária, foi possível entrever um sentido prevalente para o termo 'indisponível', que significaria aquilo que não é passível de abdicação, nas mais diversas formas jurídicas que 'abdicar' pode assumir. Entretanto, não se pode comprovar o emprego unívoco da palavra, principalmente quando qualificadora do termo 'direito', pois às vezes refere-se ao bem tutelado pelo direito, noutras, à relação jurídica subjacente e noutras, ainda, a uma entidade altamente abstrata e abrangente cognominada 'direito'. Em repetidas ocasiões, a 'indisponibilidade' é referida na literatura jurídica como uma característica intrínseca ao conceito de direito fundamental.

Quanto à possibilidade de disposição (no sentido de abdicação) de direitos fundamentais, foram encontradas **três correntes**, cujas diferenças não estão apenas no resultado a que chegam, mas também nos conceitos que esposam: a) indisponibilidade dos direitos fundamentais; b) disponibilidade

Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJ 13/12/2004. Nos TRFs e nos TJs, são inúmeros os acórdãos que se referem aos direitos do erário, da fazenda, do INSS, etc., como direitos indisponíveis.

50 Dois acórdãos são aptos a lançar luzes sobre a temática. O primeiro, do STF, no qual foi admitida transação envolvendo o interesse público. O segundo, do STJ, no qual foi admitida opção pela arbitragem por sociedade de economia mista. Neste último, a diferenciação entre direito disponível e indisponível da administração é feita aliada às noções de interesse público primário e secundário, aquele indisponível, este disponível. BRASIL. STF. RE nº253.885-0-MG. Rel. Min. Ellen Gracie. Disponível em: www.stf.gov.br Último acesso em: mai./2008. BRASIL. STJ. MS nº11.308 - DF. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 19/05/2008. Acerca da expressão interesse público, seus significados, seu emprego na prática jurídica nacional e novas leituras, é relevante a coletânea organizada por Daniel Sarmento: SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados Desconstruindo a supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

51 Afora os casos já expostos, o sentido de direitos que não podem ser violados, aliado à manifestação, por citação da doutrina, de que os 'direitos humanos são indisponíveis' e de que 'a dignidade humana é inalienável', é trabalhado em demandas por danos morais e materiais promovidas por dissidentes políticos do regime militar que vigorou no Brasil. Desse modo, são casos nos quais a intrusão nos direitos individuais é fortíssima, constituindo grave violação. Cf. BRASIL. STJ. REsp. nº845228-RJ. Rel. Min. Luiz Fux. Vencido, quanto à prescritibilidade, O Min. Teori Albino Zavascki. DJ 18/02/2008. BRASIL. STJ. REsp. nº816209. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 03/09/2007.

relativa ou temperada dos direitos fundamentais (nesse grupo, a ideia é, normalmente, de indisponibilidade *prima facie*); c) disponibilidade *prima facie* dos direitos fundamentais.

Do levantamento legislativo, nota-se que quando um direito (fundamental ou não) for reputado indisponível, haverá consequências de monta, que se referem não apenas ao direito material, mas também ao direito processual. Porém, o uso da expressão não é simples de divisar nos enunciados normativos, especialmente quando eles são cotejados com a doutrina, que se mostra flutuante ao ensejo da matéria que está em pauta. Ou seja, muitos dos dissensos doutrinários acerca da indisponibilidade advêm da diferença entre áreas do direito e textos legislativos estudados por cada autor. Desta forma, asseverar, em um âmbito do direito, que 'os direitos fundamentais são indisponíveis' acarreta consequências que são negadas em outro âmbito, tornando os posicionamentos incoerentes entre si e diante do ordenamento jurídico visto sistematicamente.

Já as manifestações jurisprudenciais apresentadas deixam patente que não se consideram todos os direitos fundamentais indisponíveis. Além do mais, os julgados demonstram que a consideração de um direito como indisponível é casuística, seja porque a legislação assim determina em circunstâncias específicas, seja porque os Tribunais assim decidem diante do caso concreto. Este elemento pode sugerir que os Tribunais brasileiros elaboram a indisponibilidade como uma questão *normativa*, isto é, não como um elemento ontológico, intrínseco ao conceito de direito fundamental, o que destoa de uma linha doutrinária bastante difundida.

O exame dos julgados tornou evidente que o conceito de 'indisponível' aplicado nem sempre é o mesmo. Em alguns, trata-se de direito não suscetível de abdicação total ou parcial, transação, acordo ou renúncia, desencadeada por *manifestação* do titular. Em outros, de direito gravado pelo interesse público ou coletivo, sem que isto implique, necessariamente, a impossibilidade de abdicação. Existem casos nos quais o conceito de indisponibilidade é combinado à possibilidade de o titular do direito decidir pleiteá-lo em juízo ou não. Sinteticamente, os sentidos encontrados na jurisprudência são:

- a) direitos que não podem sofrer ablações, mesmo que o titular coopere para tanto;
- b) direitos que não podem ser abdicados por manifestação pelo titular;
- c) direitos gravados pelo interesse público, sem que fique claro o significado de indisponível;
- d) direitos que não estão ao alcance de um indivíduo, por não ser ele o titular;
- e) direitos que devem ser pleiteados em juízo;
- f) direitos titularizados por pessoas que não possuem capacidade plena para abdicá-los.

Dentre todos os sentidos, quer os doutrinários, quer os legislativos e jurisprudenciais, opera-se a prevalência da conexão do conceito de indisponibilidade à *manifestação* do titular para abdicar do direito. Então, embora exista certo descompasso, é possível delinear uma *tendência*. Essa tendência é, no entanto, obscura, pois não há coerência nem aprofundamento na delimitação de qual é o objeto de abdicar, quais os casos e formas nos quais ela pode ser admitida, quais são seus limites, tampouco há congruência quanto a ser a indisponibilidade uma característica intrínseca a alguns direitos, ou uma opção normativa que grava certos direitos.

Tudo isso conduz à inexorável afirmação de que efetivamente existe um problema conceitual detrás da ideia de indisponibilidade dos direitos fundamentais. E o problema não reside apenas na conceituação de 'indisponível', mas também de 'direito', mais especificamente 'direito fundamental'. A investigação da jurisprudência brasileira demonstrou a ausência de um acordo semântico sobre os 'direitos fundamentais' e também sobre a 'indisponibilidade', confirmando as palavras de Schiller, pois as consequências obtidas são diferentes, na medida em que os conceitos são diversos e também na proporção em que os elementos lacônicos permitem. A análise ora realizada torna nítido que não há, mesmo sob a melhor luz, um fio de integridade, uma teia inconsútil que permita reconhecer, com clareza e utilidade, o que são, quais são e, especialmente, quais os efeitos jurídicos dos chamados 'direitos fundamentais indisponíveis'⁵².

3 UMA PROPOSTA CONCEITUAL

A investigação da jurisprudência brasileira demonstrou a ausência de um acordo semântico sobre os 'direitos fundamentais' e também sobre a 'indisponibilidade'. Por conseguinte, a noção de 'indisponibilidade dos direitos fundamentais' é camaleônica e carrega consigo a imprecisão, a possibilidade de usos indiscriminados e até caóticos, ferindo a construção argumentativa e dificultando não apenas a dialogicidade, mas também a racionalidade e o controle das decisões judiciais proferidas. Diante do problema, propor-se-á um conceito de 'disposição de direitos fundamentais'.

3.1 Direitos Fundamentais – esclarecimentos indispensáveis

Nas últimas décadas, foi intensa a retomada e o crescimento dos estudos sobre os direitos fundamentais, nos mais variados prismas. Aqui, interessa revisar as noções sobre a estrutura dos direitos fundamentais, para que seja possível compreender o que é disposição de um direito fundamental. O desafio deste tópico é discutir e propor um conceito de disposição de direitos fundamentais. Ainda que muitos passos do caminho traçado contribuam para facilitar a tarefa, ela é complexa. Por isso, os exemplos utilizados serão bastante simplistas e não será uma preocupação deste artigo investigar se cada um deles é ou deve ser permitido ou proibido em uma dada ordem jurídica.

52 As noções de *integridade*, *teia inconsútil* e de *reconstrução da jurisprudência sob sua melhor luz* foram inspiradas em Ronald Dworkin. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, *passim*.

Um direito fundamental em sua inteireza, “como um todo”, comporta duas dimensões, a subjetiva e a objetiva. A dimensão subjetiva é velha conhecida dos estudos e da prática jurídica. Embora existam dissensos, ela pode ser visualizada em sua estrutura, elemento que muito contribui para a clareza conceitual. Estruturalmente, a dimensão subjetiva de cada direito fundamental é um feixe de posições jurídicas jusfundamentais. As posições jurídicas apresentam-se como relações jurídicas triádicas, com dois sujeitos e um objeto⁵³. Cada sujeito figura em um polo da relação, que se estabelece quanto a um objeto, que é, necessariamente, uma ação ou uma alternativa de ação. A relação não é de um sujeito para com o bem protegido, mesmo que se trate de direitos reais. A relação se estabelece entre os dois sujeitos. O objeto não é o bem protegido, mas o comportamento, comissivo ou omissivo, de um ou dos dois sujeitos da relação. Do ponto de vista estrutural, não há a hipótese de se estabelecer uma relação jurídica jusfundamental de um sujeito para consigo⁵⁴. Em síntese, a dimensão subjetiva é intersubjetiva e possui como objeto uma ação ou alternativa de ação.

A dimensão objetiva é uma noção mais recente e ainda multifacetada, mas é possível apreender um mínimo denominador comum acerca do conceito⁵⁵. De pronto, sabe-se que não se trata da mera distinção entre direito subjetivo e direito objetivo como enunciado normativo positivado. A dimensão objetiva traduz uma “mais valia”, traz em si elementos que ultrapassam os efeitos da subjetiva. É um arcabouço de mecanismos, instituições, procedimentos, organizações e sistemas destinados a garantir e a efetivar os direitos fundamentais, de forma direta ou indireta. Conforme Reis Novais, há certo acordo na doutrina e jurisprudência “na sua [da dimensão objetiva] tradução em deveres de conformação institucional e de organização e procedimento, bem como em deveres de prestações e de protecção que impendem objectivamente sobre o Estado”. A relação entre as duas dimensões não é de dependência, mas de “integração essencial”, na medida em que pode existir uma dimensão objetiva autônoma quanto a alguns direitos, a qual não

53 É importante destacar que *sujeito* não se reduz apenas a uma pessoa física. O sujeito, aqui, é todo aquele ente que se considera titular ou destinatário de direitos fundamentais, como por exemplo, pessoas jurídicas, coletividades, etc. Quem será ou não considerado sujeito dependerá de uma série de questões normativas, pois existem casos discutíveis, como a vinculação de particulares, e também casos limítrofes, como o dos embriões e dos animais não-humanos.

54 Sobre o assunto, é impreterível consultar: HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental... passim*. ALEXY, Robert. *Teoria de los... passim*. THOMSON, Judith Jarvis. *Op.cit. passim*. RAINBOLT, George W. Rights as normative constrains on others. *Philosophy and phenomenological research*, v.53, n.1, Mar., 1993. COOK, Walter Wheeler. Introduction. In: HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning*. New Jersey: The Law Book Exchange, 2000. BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Consent in the law*. Oxford: Hart Publishing, 2007.

55 Sobre a dimensão objetiva, suas origens, conceito e aceitação pela jurisprudência pela doutrina, ver: ALEXY, Robert. *Teoria de los...* p.500 e ss.; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...* p.113-170; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p.57-125. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional...* p.1025 e ss. SARMENTO, Daniel. Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.251-314.

corresponda diretamente uma dimensão subjetiva⁵⁶. Deste modo, reconhecer a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não significa, necessariamente, a existência de direitos subjetivos que a acompanhem, tampouco a admissão de que eles sejam justiciáveis ou que o Poder Judiciário possua competência institucional para concretizá-los em todo e qualquer caso⁵⁷.

Visto isso, passa-se à proposta e discussão de um conceito de disposição de direitos fundamentais.

3.2 Disposição de Direitos Fundamentais

Inicia-se o item pela proposição do conceito, seguida da apresentação dos motivos e discussão dos seus elementos. Entende-se que dispor de um direito fundamental é enfraquecer, por força do consentimento do titular, uma ou mais posições jurídicas subjetivas de direito fundamental perante terceiros, quer seja o Estado, quer sejam particulares, permitindo-lhes agir de forma que não deveriam, tudo o mais sendo igual, se não houvesse o consentimento⁵⁸. Os elementos que formam o conceito são: a) o tripé: a.1.) a titularidade da dimensão subjetiva; a.2) a intersubjetividade; a.3) o objeto da relação jurídica de direito fundamental; b) o consentimento; c) enfraquecimento de posições jurídicas de direito fundamental.

3.2.1 O tripé: titularidade da dimensão subjetiva, intersubjetividade e o objeto da relação jurídica jufundamental

Uma vez cientes de que um direito fundamental como um todo possui duas dimensões, uma subjetiva e outra objetiva, e que à segunda nem sempre corresponde um direito subjetivo, tem-se um primeiro e importante elemento do conceito de disposição de direitos fundamentais. Se, grosso modo, 'dispor de um direito fundamental' significa que um titular dele 'abre mão', é fácil concluir que ele apenas pode fazê-lo em relação às posições subjetivas que titulariza. Não se pode 'abrir mão' de algo cuja titularidade não se possui. Em assim sendo, o conceito de disposição de direitos fundamentais refere-se à parcela subjetiva de um direito fundamental. Quando à dimensão objetiva não corresponder uma dimensão subjetiva, não há que se falar em disposição. Quando houver uma dimensão subjetiva associada à objetiva, ou apenas uma dimensão subjetiva, cabe tratar da disposição.

56 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições...*, p.67; 89.

57 Quando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é aceita, há duas consequências jurídicas importantes. A primeira delas é a eficácia irradiante, que quer dizer, sinteticamente, a (re)leitura do ordenamento jurídico sob a lente dos direitos fundamentais, cujos significados "penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário". A eficácia irradiante tem como uma de suas manifestações a chamada "filtragem constitucional". A segunda consequência é o reconhecimento dos deveres estatais de proteção, de promoção e de conformação institucional, isto é, de mandamentos destinados ao Estado para que institua, por meio da criação e execução de políticas públicas, e da produção normativa, mecanismos e aparatos de proteção e promoção dos direitos fundamentais, bem como adote medidas de adequação institucional para este fim, inclusive as procedimentais. Cf. SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva...* *Op. cit.*

58 A proposição assemelha-se à de Jorge Reis Novais. Todavia, existem diferenças, tanto no conceito, quanto nos motivos que a ele conduziram. NOVAIS, Jorge Reis. *Renúncia...* *Op. cit.*, p.267.

A estrutura do direito subjetivo permite perceber, *em primeiro lugar*, que os direitos subjetivos são sempre relacionais. Representam a relação de um sujeito com outro sujeito e não a relação de um sujeito consigo nem de um sujeito com um bem corpóreo ou incorpóreo. Desta feita, dispor de um direito significa movimentar com essa relação intersubjetiva, ou seja, com as posições subjetivas de direito fundamental. Para que exista disposição, é imprescindível a modificação (alteração, criação ou extinção) de posições subjetivas de direitos fundamentais, as quais envolvem, necessariamente, dois sujeitos.

Além disso, o objeto da relação não é o bem por ela protegido, mas uma ação, comissiva ou omissiva, ou uma alternativa de ação. Quando se dispõe de uma posição subjetiva de direito fundamental, não se trata de uma ação do titular em relação ao bem juridicamente protegido. Trata-se da movimentação da posição quanto aos seus sujeitos e ao seu objeto – uma ação ou alternativa de ação. Em assim sendo, o mero uso, o gozo, a fruição, o exercício ou mesmo a destruição de um bem pelo titular não representam necessariamente disposição de posição subjetiva de direito fundamental. Por exemplo, se X for proprietário de um livro, ao usá-lo, riscá-lo, desgastá-lo ou mesmo destruí-lo, não terá exercido disposição de nenhuma posição subjetiva do direito fundamental, eis que não permitiu nenhum outro sujeito fazer o que fez com o seu livro. Se Y houvesse riscado o livro de X, teria descumprido um dever, violando o direito de X à propriedade do livro. Porém, se X houvesse emprestado seu livro a Y e meramente permitido que Y o riscasse, teria disposto de posições subjetivas de direito fundamental, pois permitiu que Y agisse de forma que não poderia agir em razão do direito. Nessa hipótese, o direito de X, ao qual correspondia o dever de Y, é alterado, de modo que Y poderá riscar o livro.

Se for admitido que o uso, o gozo, o exercício, ou mesmo a destruição do bem configuram uma disposição de posição subjetiva de direito fundamental, ter-se-ia de assumir, para classificar um direito como indisponível, que a relação estabelecida é a de um sujeito com um bem, ou, pior, que o mesmo sujeito figura nos dois polos de uma relação. É claro que certos comportamentos do titular quanto ao bem possuem **reflexos** nas posições subjetivas de direito fundamental, especialmente quando se trata da destruição de um bem. Se X destruir seu livro, um dos efeitos de seu ato será justamente a extinção das posições subjetivas que o direito à propriedade do livro lhe conferia. Entretanto, o que ocorre não é propriamente uma disposição da posição subjetiva de direito fundamental, porquanto a modificação é meramente um reflexo de um comportamento asilado do titular, que não modificou, enquanto titularizava o direito, suas posições em face de terceiros, tudo o mais sendo igual. Ninguém diferente do titular poderia ter destruído o bem, a menos que houvesse permissão para tanto, tudo o mais sendo igual.

Buscando um exemplo fronteiriço, tome-se o direito à vida. Ao entender que o suicídio de X é uma disposição das posições subjetivas do direito à vida, compreende-se a destruição do bem vida como disposição (renúncia). Inexoravelmente, a destruição do bem ensejará consequências quanto às posições subjetivas do direito à vida. Mas isso autoriza a chamar essa extinção do direito de disposição? Não⁵⁹.

59 No Brasil, Virgílio Afonso da Silva adota a teoria alexyana e posiciona-se em sentido diverso:

Tudo o mais sendo igual, nenhum terceiro poderia agir de forma diversa daquela ditada pelas posições subjetivas do direito à vida de X enquanto o bem ainda fosse existente. Em hipótese, se for entendido que uma das posições subjetivas do direito à vida é o direito de X a ser salvo por Yⁿ, Y teria o dever de tentar salvar X, mesmo que para isso tivesse que empregar a força razoável. Tudo o mais sendo igual, Y não poderia, ao saber que X pretendia matar-se, matá-lo, pois X não efetuou nenhuma modificação na posição subjetiva de Y⁶⁰.

Além disso, o conceito de disposição ficaria tão extenso que perderia sua utilidade e sua clareza. Suponha-se que X tente suicidar-se e, não conseguindo, fique em estado vegetativo persistente. Teria ele disposto de alguma posição subjetiva de direito fundamental? Do direito à vida, não. Mas, se está em estado vegetativo persistente, X destruiu sua habilidade para comunicar-se, bem como para locomover-se. Se for aplicado o tirocínio de que a destruição do bem é uma disposição de posições subjetivas de direito fundamental, a conclusão terá que ser a de que X dispôs (renunciou) às posições subjetivas do direito à liberdade de expressão e do direito à liberdade de ir e vir. Com isso, perde-se muito em clareza conceitual, pois os fenômenos a serem abarcados pela ideia de disposição serão tantos, tão distintos entre si e, em determinadas ocasiões, terão resultados tão absurdos, que não há como enquadrá-los em um conceito delimitado e útil.

Por enquanto, há uma conclusão inicial. A disposição de direito fundamental refere-se à disposição de *posição subjetiva* de direito fundamental, realizada entre *dois sujeitos de uma relação jusfundamental* tendo em vista seu *objeto*, na qual há modificação ou extinção da posição original, ou criação de novas posições. A disposição é *intersubjetiva e relacionada ao objeto de uma relação de direito fundamental*.

3.2.2 Condição necessária: o consentimento

Em segundo lugar, a disposição de posições jurídicas de direito fundamental será sempre autônoma. Esta foi uma das poucas tendências que os diversos conceitos de disposição inventariados permitiram extrair. A disposição de posição subjetiva de direito fundamental advém de *comportamento do titular* – daquele que ocupa o ‘papel dominante’ na relação. Destarte, a disposição de posição subjetiva de direito fundamental não poderá ser heterônoma, isto é, efetuada por terceiro e sem encontrar sua *justificação em comportamento do titular* (ou titulares) da posição.

Um exemplo será bem-vindo. X está doente e precisa fazer uma cirurgia. O médico Y solicita a autorização de X para realizar os procedimentos cirúrgicos necessários. X formalmente o autoriza. Houve disposição de uma posição subjetiva de direito fundamental por parte de X, uma vez que seu *consentimento* modificou a posição inicial. X era titular de um direito à integridade

⁶⁰ Mesmo que não se recorra a exemplos limítrofes – a renúncia ao direito à vida por meio do suicídio, por exemplo [...]”. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização...* p.73.

⁶⁰ Utiliza-se a expressão ‘tudo o mais sendo igual’, pois poderia haver circunstâncias nas quais a Y fosse permitido matar X, como a legítima defesa.

física e Y do dever correlativo de não interferência. Com o consentimento, Y poderá realizar atos que não poderia caso não houvesse o consentimento. É o comportamento de X que *autoriza e justifica* a ação de Y. Todavia, se X chegasse inconsciente em uma sala de emergência hospitalar e Y, médico, realizasse uma cirurgia imprescindível, não haveria disposição de posições subjetivas de direito fundamental por parte de X, mas uma interferência heterônoma em seus direitos. O ato de Y poderia ser *justificado e lícito, mas por motivos distintos da ação autônoma* de X. Portanto, é uma interferência heterônoma. A disposição de posições subjetivas de direito fundamental é autônoma. Realiza-se quando há um comportamento do titular da posição em face do outro polo da relação de direito fundamental, envolvendo seu objeto.

Em terceiro lugar, cabe perguntar qual é, exatamente, o comportamento do titular que enseja a disposição de posição jurídica de direito fundamental. A revisão da jurisprudência e da literatura no primeiro item sugeriu que parcela significativa dos estudiosos e da jurisprudência considera que é a *manifestação* do titular que está na base da disposição. Todavia, alguns autores e julgados alargaram essa noção, asseverando haver disposição quando o titular *se comporta* de uma determinada maneira e *coopera* para a ablação da posição subjetiva de direito fundamental. Uma autora que sustenta essa posição com muita ênfase é Diana Meyers. Ela entende que um direito indisponível é aquele que não pode ser negativamente afetado por comportamento do titular, especialmente pela renúncia. Em seu conceito de indisponibilidade, Meyers deixa claro que comportamentos do titular que conduzam à perda ou à restrição do direito, mesmo que indiretamente, são também disposição. No seu pensar, um indivíduo que comete um crime e tem seu direito de liberdade atingido pelo sistema penal teria disposto de posições jurídicas subjetivas de direito fundamental⁶¹. Embora não fique bem marcada a postura, o exemplo de Virgílio Afonso da Silva, a respeito do suicídio, também insinua que comportamentos diferentes do consentimento podem ensejar disposição de posições jurídicas de direito fundamental⁶². Do ponto de vista mais amplo sustentado pelos autores, um elemento continua presente, ainda que em certos momentos de forma muito tênue: a ideia de voluntariedade do comportamento⁶³.

Com o fito de verificar qual das posições condiz com um conceito mais adequado e útil, elas serão testadas. O uso corrente é afirmar que ‘os direitos fundamentais são indisponíveis’ ou, pelo menos, ‘os direitos da personalidade são indisponíveis’. Vejam-se então os resultados que serão obtidos ao se compreender que comportamentos voluntários do titular que contribuam para a perda, extinção ou restrição de um direito são atos de disposição. Se X cometer o crime de homicídio doloso e for condenado, por sentença transitada em julgado, à pena de prisão, terá disposto de diversas posições subjetivas de direito fundamental,

61 MEYERS, Diana T. *Inalienable rights: a defense*. New York: Columbia University Press, 1985, p.9. É exatamente por este motivo que a lista de direitos indisponíveis de Meyers é bastante enxuta (apenas quatro direitos), porém muito forte.

62 SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização...* p.73.

63 Na realidade, Meyers não atenua muito a ideia de ‘voluntariedade’. Mas o exemplo de Virgílio Afonso da Silva implica uma versão bastante leve de voluntariedade, pois é altamente questionável o quão voluntariamente age alguém que comete suicídio.

dentre elas a dos direitos à liberdade de ir e vir e à privacidade. Nesse mesmo sentido, se X ofender grosseiramente Y e for por isso condenado a indenizá-lo, terá disposto de posições subjetivas de direito fundamental. Essas são duas ilustrações simples que deixam entrever quão dilatadas são as consequências de se conceber que qualquer comportamento 'voluntário' do titular dá azo a uma disposição de posições subjetivas de direito fundamental. Se empregada, a frase 'os direitos fundamentais são indisponíveis' perde completamente seu sentido, e será preciso, como fez Meyers, trabalhar um rol muito sintético das posições subjetivas de direito fundamental que são indisponíveis. Caso contrário, o conceito de disposição mais uma vez se tornará tão amplo e hábil a abraçar uma gama tão vasta de circunstâncias, que se torna impossível visualizar qual o seu núcleo, qual a sua aplicação e qual a sua utilidade no discurso jurídico-prático.

Mas os argumentos ainda não são suficientes para descartar a postura ampla esposada por autoras como Meyers, pois sua intenção deve ser bem compreendida, uma vez que, ainda que torne o conceito de disposição amplíssimo, ela visa a evitar a disposição indireta. Ou seja, se o titular é proibido ou não pode (*cannot*) diretamente abdicar de uma posição subjetiva de direito fundamental, ele o faz indiretamente, cometendo um ilícito que leve à perda, suspensão ou restrição de posições subjetivas de direito fundamental. Isso seria uma 'disposição' mascarada, e de nada valeria o epíteto 'indisponível' de um direito ou de uma posição subjetiva de direito fundamental, se um ato voluntário do titular pudesse conduzir ao resultado proibido pela ordem jurídica. Em hipótese, seria o caso de um sistema jurídico que prevê a pena de morte, mas proíbe contratos cujo objeto seja a permissão dada por X para que Y o mate, bem como a eutanásia e o auxílio ao suicídio. Se X quiser obter o resultado morte com auxílio, bastará cometer um dos crimes para os quais a pena de morte for imputada que provavelmente obterá seu intento.

Pois bem, um (qualquer) comportamento voluntário que contribua para a perda, suspensão ou restrição de posições subjetivas de direito fundamental não se encaixa na ideia usual de disposição e torna o conceito muito amplo. Mas possui por base uma razão importante. Deve a noção de comportamento em sentido amplo ser descartada? Pensa-se que sim. Os motivos expostos por Terrance McConnell contra a proposta ampla são convincentes e soam muito mais adequados à formulação de um conceito de disposição de posições subjetivas de direito fundamental. McConnell observa que os comportamentos não permitidos aos quais se imputa sanção que recai negativamente sobre posições subjetivas de direito fundamental são bastante diferentes do consentimento do titular. Inicialmente, porque, no primeiro caso, o que *justifica* a interferência com posições subjetivas de direito fundamental do titular é o ilícito que ele cometeu. No segundo caso, o que *justifica* a interferência é o consentimento. Consoante o autor, há sólidas razões para se considerar que interferências sejam permitidas e/ou proibidas de forma muito diversa num e noutro caso. Além disso, não se pode imaginar que alguém que comete um ilícito voluntariamente *pretende* a sanção do mesmo modo que aquele que consente *pretende* um resultado⁶⁴.

64 McCONNELL, Terrance. *Op.cit.* p.13-14.

Assumir a diferença entre um comportamento 'voluntário' que leva à perda, suspensão ou restrição de posições subjetivas de direito fundamental e a disposição não significa que um sistema jurídico poderá interferir com certos direitos porque o titular pode deles dispor mediante consentimento. Assim, por exemplo, se X consente em doar um rim, em vida, para seu filho Z, X dispõe de posições subjetivas de direitos fundamentais. O que *justifica* a cirurgia de retirada de seu órgão e a transplantação é o seu consentimento. Mas isso não quer dizer que um sistema jurídico estaria justificado a instituir como pena a retirada de órgãos dos condenados, em vida ou mesmo *pos mortem*, para doação. Para uma política pública como esta, seria necessária justificação suficiente⁶⁵.

O problema enfrentado foi o de delinear quais comportamentos do titular da posição ensejam a disposição de posições subjetivas de direito fundamental. Concluiu-se que o comportamento que a enseja é o consentimento do titular diretamente destinado à modificação da posição em face do outro polo da relação, envolvendo seu objeto. O consentimento, em suas diversas manifestações, é a *justificação* do comportamento do outro polo, é ele quem oferece as razões para que Y se comporte do modo que não poderia para com X. É importante destacar, como fazem Deryck Beyleveld e Roger Brownsword, que o consentimento é uma *justificação procedimental*, não substantiva, ou seja, não oferece razões para justificar um ato em si, mas fornece a justificação para o comportamento de Y em relação a X⁶⁶.

Há uma terceira conclusão a respeito da disposição de posições subjetivas de direito fundamental. Somente para lembrar, a primeira foi a de que a disposição de direito fundamental refere-se à posição subjetiva de direito fundamental, realizada entre dois sujeitos de uma relação jusfundamental tendo em vista seu objeto, na qual há modificação ou extinção da posição original, ou criação de novas posições. A segunda, a de que é ato autônomo, e não heterônomo. A terceira, de que o comportamento que enseja a disposição é o 'consentimento' (em diversas manifestações). O consentimento é condição *necessária* para a existência de disposição. Não havendo consentimento, ou *um ato complexo que o garanta ou dele dependa*, não haverá disposição, mas interferência heterônoma na posição subjetiva de direito fundamental.

Mais uma vez, há que se trazer à baila que a pesquisa aqui feita restringe-se à depuração conceitual. Por isso, não são apresentados argumentos acerca da qualidade e dos tipos de consentimento que *devem* ou *podem ser* admitidos para a disposição de posições subjetivas de direito fundamental em um determinado sistema jurídico num dado momento, nem sobre as formas de interpretar o consentimento. Tampouco são objeto de consideração as razões pelas quais a disposição pode ser proibida ou permitida, nem em quais casos certo sistema jurídico o faz.

65 Frisa-se o que foi mencionado antes. Os exemplos postos neste item são meramente ilustrativos. Daí informar que, embora baseado em argumento de McConnell, o exemplo não é dele. McCONNELL, Terrance. *Op. cit.*, p.14.

66 BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Consent...* p.63.

3.2.3 Enfraquecimento de posições jurídicas subjetivas de direito fundamental

Em quarto lugar, a disposição de posições subjetivas de direito fundamental é normalmente vista como uma desvantagem para quem a realiza. É usual ligar a disposição à *perda* de algo precioso pelo titular, como a quebra de um elo que ele possui com algo dotado de grande valor e pelo qual tem estima. Realmente, em muitos casos será assim. Não em todos, porém. É conveniente investigar o porquê da difusão da ideia de a disposição traduzir uma desvantagem, um resultado aparentemente indesejado (ou não desejável) pelo titular, do ponto de vista conceitual.

Pelas conclusões até agora obtidas, sabe-se que a disposição de posições subjetivas de direito fundamental é uma modificação operada autonomamente pelo titular, mediante consentimento, em relação jurídica de direito fundamental, tendo em vista seu objeto. Por que essa modificação é vista como uma *perda*, como uma desvantagem? Porque a modificação da posição subjetiva retira o titular do lado dominante da relação; significando a troca de uma posição mais forte ou protegida para outra mais fraca ou desprotegida. Para o titular, isto representa um enfraquecimento (variável em graus) de posição subjetiva de direito fundamental. Ao dispor, o titular se autolimita e empodera o outro sujeito da relação, permitindo-lhe agir de forma que não poderia se não houvesse o consentimento, tudo o mais sendo igual.

Os exemplos da cirurgia e do transplante de rim podem auxiliar. Quando X consente em fazer uma cirurgia e autoriza o médico Y, X dispõe de posição subjetiva do direito estrito à integridade física, permitindo que Y realize atos que não poderia realizar, tudo o mais sendo igual, se não houvesse o consentimento. X, que titularizava um direito em face de Y, libera-o do dever correlativo, deixando-o na posição *dominante na relação*. X, que era titular de um direito, passa a ter um não direito ou mesmo um novo dever. Aqui se vê que a ideia de *perda* de algo parece manifestar-se. X não mais está no lado dominante da relação, Y está. Entretanto, X quer realizar a cirurgia e, no exemplo, ela será benéfica para sua saúde. Então, apesar de ocorrer um enfraquecimento nas posições subjetivas de direito fundamental de X, é no seu interesse, em razão do seu querer e para sua vantagem que ele consente na disposição. O mesmo acontece no transplante *inter vivos*. Se X, pai de Z, decide consentir com a retirada de seu rim para o transplante em seu filho, dispõe de posições subjetivas de direito fundamental e permite aos outros polos das relações agir de modo que não poderiam se não houvesse o consentimento. Novamente, a modificação enfraqueceu posições subjetivas de direito fundamental de X. *In casu*, o enfraquecimento atinge um grau muito forte.

Os dois exemplos mostram, propositalmente, casos de disposição nos quais não há, propriamente, uma desvantagem *fática* para aquele que dispôs. Esta é uma face da moeda. É preciso não perder de vista a outra face. Em muitas situações a disposição pode redundar em graves desvantagens fáticas e ônus jurídicos para quem a realiza. Por isso, a qualidade do consentimento, sua interpretação, e as situações nas quais pode ser admitido como condição

suficiente para a disposição são relevantíssimas. Do contrário, abre-se uma poderosa senda, pela qual poderão passar incólumes as explorações de circunstâncias adversas - como o estresse, baixas condições econômicas, sociais ou educacionais - ou sérias violações e o menosprezo dos direitos fundamentais, pois que travestidas de disposição. O que estas duas caras da disposição revelam quanto ao seu conceito?

Uma mostra que um dos componentes do conceito é carente de justificação nas searas normativa e empírica. O consentimento é *necessário* à disposição. Para que o consentimento exista, haverá condições; para que seja válido, haverá condições. A outra expõe que a disposição não pode ser vislumbrada apenas à luz do enfraquecimento de uma ou algumas posições subjetivas de direito fundamental específicas. A disposição é "ato complexo", uma vez que o consentimento advém justamente do exercício de outras posições jurídicas - que poderão ser posições subjetivas de direito fundamental. Em sendo assim, a disposição implica, por um ângulo, o enfraquecimento de posições subjetivas de direito fundamental. Por outro ângulo, pode ser o exercício de posição (ou posições) subjetiva de direito fundamental⁶⁷.

As lapidações conceituais produzidas explicam o conceito de disposição apresentado, em cada um dos seus elementos. Antes de finalizar, convém aclarar mais alguns pontos sobre o conceito, em especial a vinculação de particulares na relação jurídica de direito fundamental e a disposição, assim como a distinção entre a disposição e outras figuras jurídicas afins que com ela são indevidamente mescladas.

3.2.4 Premissas e Distinções relevantes

Para arrematar, importante traçar uma premissa e algumas distinções quanto a figuras jurídicas afins, a saber: a) a vinculação de particulares nas relações jurídicas de direitos fundamentais; b) a distinção da disposição quanto: b.1) a restrição e a violação de posições jurídicas de direito fundamental; b.2) o dano a si e a autocolocação em risco; b.3) o não exercício de posições jurídicas de direito fundamental.

A disposição em face de particulares apenas ocorrerá se eles estiverem vinculados à posição que se pretende dispor. Ou seja, para que seja possível enfraquecer uma posição subjetiva de direito fundamental, é indispensável que ela já exista. Em assim sendo, o complexo tema dos assim chamados efeitos horizontais dos direitos fundamentais é pressuposto para o problema da disposição. Primeiro verifica-se a vinculação do particular, a seguir, discute-se a disposição. Os exemplos que foram dados partiram do pressuposto de que, em cada um deles, os particulares estavam vinculados⁶⁸.

67 Nesse sentido: NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p.299. O estudioso português, ao analisar a renúncia como um ato complexo, afirma que ela é de dupla via, uma vez que "na renúncia se verifi[cam], simultaneamente, um exercício e uma restrição de um direito fundamental".

68 No tema: SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares... *Op. Cit.*, p.310-311. ALEXY, Robert. *Teoria de los...*; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização... passim*; ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p.442-444; CANARIS,

Estabelecida a premissa, cumpre realçar as diferenças entre a disposição e outras figuras jurídicas.

A **disposição é diferente da restrição**. Uma das teorias mais em voga atualmente sobre os direitos fundamentais considera-os *princípios* constitucionais *prima facie*, sujeitos à colisão horizontal, que será, via de regra, solucionada pelo método da proporcionalidade. Existem variações quanto ao conceito de princípios e também quanto às formas de aplicação da proporcionalidade⁶⁹. Todavia, de um modo geral, há pontos importantes de compartilhamento. Uma das principais bases da teoria está nos escritos de Robert Alexy, por isso, seus conceitos de *restrição* e *violação* de posições jurídicas de direitos fundamentais serão empregados aqui.

A pergunta é: a disposição é restrição? É violação? Em face dos conceitos largamente empregados na teoria dos princípios, as respostas são limpidamente negativas. É nítida a inadequação do emprego dos conceitos de restrição e de violação para o ato de disposição de posições jurídicas subjetivas de direitos fundamentais. Confira-se a linha de pensamento: dispor de posições jurídicas subjetivas de direito fundamental significa enfraquecer, mediante consentimento, posições (ou posição) jurídicas subjetivas de direito fundamental em face de terceiros, sejam particulares, seja o Estado, permitindo-lhes agir ou omitir-se de agir de modo que não poderiam se não houvesse o consentimento. O **consentimento** é figura chave. O direito indisponível é aquele para o qual **apenas o consentimento** não é hábil a justificar procedimentalmente a conduta do sujeito passivo da relação jurídica de direito fundamental. Por via inversa, disponível é o direito para o qual o consentimento do titular é hábil a justificar procedimentalmente a conduta do sujeito passivo da relação jurídica de direito fundamental.

Então, quando o titular dispõe de uma ou mais posições jurídicas de direito fundamental opera-se uma restrição? Sabe-se que haverá um enfraquecimento de posição jurídica de direito fundamental em face de terceiros quando da disposição. Ou, seja, há uma diminuição no alcance do direito. Neste prisma, há muita similitude com o conceito de restrição.

Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003; CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.223-244; CANOTILHO, J.J. Gomes. Dogmática dos direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.339-357; ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, as liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.271-298; UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En qué medida vinculan los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.299-338; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação de particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada, construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.107-163; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Lumen Juris, 2005. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.431 e ss.

69 Há também críticas relevantes sobre esta concepção teórica. Porém, em virtude da sua larga adoção na doutrina e na jurisprudência brasileiras, ela será aqui abordada em sua acepção alexyana.

Segundo o conceito de restrição forjado por Alexy, a ação constritiva de posições jurídicas subjetivas de direito fundamental não é restrição. A restrição será *sempre normativa*. O consentimento do titular, no ato da disposição, pode ser compreendido como normativo. Desse modo, o consentimento seria a compressão/ablação normativa da posição jurídica subjetiva de direito fundamental, *in abstracto* ou *in concreto*.

Todavia, há um ponto crucial aqui. Quando trata do tema das restrições de direitos fundamentais e quando constrói o modelo da ponderação, Alexy tem em vista a normatização estatal, isto é, a compressão do direito provinda de enunciado normativo ou norma estatal, não de um ato do **próprio titular** do direito. Se se entender que haverá restrição do direito em virtude da disposição, ter-se-ia que aplicar o modelo alexyano em sua completude, ou seja, o ato de disposição teria que ser apreciado à luz das leis de colisão e de ponderação, desenhadas inicialmente para o apreço de ablações estatais dos direitos fundamentais.

Na disposição, quer em face do Estado, quer em face de particulares, a relação jurídica que se estabelece é completamente distinta, a ela sendo aplicável diferentes limites e controles. Mal comparando, pode-se dizer que tratar o ato de disposição de modo idêntico à restrição seria o mesmo que tratar de modo idêntico as relações de direito fundamental entre Estado e o indivíduo e aquelas que se estabelecem entre particulares. A restrição de direitos fundamentais é, no molde de Alexy, **heterônoma**. Já a disposição é **autônoma**. Isso justifica plenamente diferenciá-las. Para relações tão diferentes, métodos diferentes de análise⁷⁰.

Uma hipótese ventilada dantes será útil. Cientes de que a casa é o asilo inviolável do indivíduo, se não houver flagrante delito nem situação de emergência, não poderá um policial adentrar em uma casa. Poderá fazê-lo sob duas condições alternativas: a) autorização judicial; b) consentimento do morador. A autorização judicial, nesse caso, é uma restrição de direito fundamental. Para que seja válida, há que seguir uma série de requisitos e padrões, determinados pelo sistema jurídico. Mas se houver consentimento? Poderá haver requisitos, como capacidade, inexistência de coação, simulação, conhecimento das consequências, etc., mas tais requisitos não serão os mesmos que se empregam para a autorização judicial, pois são relações distintas e também a *justificação* da compressão do direito é diversa.

Pelos motivos expostos, entende-se que, diante da construção teórica hegemônica, convém tratar a disposição de posições jurídicas subjetivas de direito fundamental como figura distinta da restrição de direitos fundamentais. Acredita-se que um termo adequado poderia ser **autolimitação** de posições jurídicas de direito fundamental⁷¹. Mas quais são as diferenças determinantes entre autolimitação e a restrição? Bem, a restrição é **heterônoma**, sua justificação

70 Para um aprofundamento: MARTEL, Leticia de Campos Velho. São os direitos fundamentais disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Robert Alexy. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho (org.). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

71 A palavra é usada, de modo parecido, por Vieira de Andrade. No entanto, o jurista não adere às categorias alexyanas aqui apresentadas. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...* p.331-333.

não provém unicamente de ato do titular das posições jurídicas subjetivas de direito fundamental atingidas. A autolimitação é **autônoma**, sua justificação reside em ato do próprio titular das posições jurídicas subjetivas de direito fundamental atingidas. Na restrição, a justificação é normalmente substantiva, ou seja, são direitos e/ou princípios colidentes que prevalecem sobre as posições restringidas. Em certas hipóteses, poderá existir combinação de justificação substantiva com procedimental, porém o fundo é efetivamente substantivo. Na autolimitação, a justificação reside no consentimento e é procedimental.

Do exposto se conclui que a disposição de posição jurídica subjetiva de direito fundamental não é sinônimo de restrição de posições jurídicas subjetivas de direito fundamental. A proibição da disposição, por ato estatal, é que deve, em muitos casos, ser tratada como *restrição* ou *violação* de direitos fundamentais. O enunciado normativo estatal que proibir a disposição ou que a regular haverá de ser apreciado segundo o método de exame das restrições. Com isso não se quer dizer, sobremaneira, que todo e qualquer ato de disposição de posições jurídicas de direito fundamental *deve ser* permitido. Haverá inúmeros casos em que a proibição se mostrará uma restrição e, portanto, acorde à Constituição. Haverá inúmeros casos em que a exigência de condições e requisitos, por vezes bastante fortes, mostrar-se-á uma restrição e, portanto, constitucional. Todavia, haverá inúmeros casos em que proibição de dispor poderá ser uma violação de direitos e, portanto, inconstitucional.

A disposição é diferente do dano a si e da autocolocação em risco. Além de estabelecer a diferença entre restrição e disposição, é necessário distinguir a disposição do dano a si e da autocolocação em risco. Do conceito oferecido à disposição compreendeu-se que ela é intersubjetiva. Destarte, situações de dano a si que não são intersubjetivas estão fora do conceito de disposição. Se uma pessoa comete suicídio, sozinha e sem qualquer auxílio ou instigação por terceiro, não dispõe de posições subjetivas do direito fundamental à vida, porquanto não desobriga qualquer pessoa (nem o Estado) mediante seu consentimento, apenas destrói o 'bem' jurídico protegido. Por outro lado, se uma pessoa permitir, mediante consentimento, que um terceiro realize o ato de matá-la (e.g., eutanásia), disporá de posições jurídicas do seu direito fundamental à vida, pois o consentimento visou a desobrigar terceiro e a enfraquecer posições subjetivas de direito fundamental. O mesmo vale para a autocolocação em risco. Situações que envolvem apenas uma parte - o titular da posição jurídica de direito fundamental - sem movimentar com o outro sujeito da relação, não são atos de disposição, mas dano a si ou autocolocação em risco.

A disposição é diferente do não exercício de posições jurídicas de direito fundamental. Uma posição subjetiva de direito fundamental admite, em muitas hipóteses, o não exercício ou um aparente não exercício. É o que em geral se passa com as liberdades. Como seu objeto é uma alternativa de ação, o titular pode optar pela face negativa, aparentemente não exercendo a posição subjetiva. As liberdades albergam, então, o chamado *direito-antítese*⁷². Deste modo, a

⁷² O termo 'direito antítese' foi utilizado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. ECHR. *Pretty v. United Kingdom*.

liberdade de associação envolve a liberdade de não se associar; a liberdade de cultivar uma divindade envolve a de não cultivar, e assim sucessivamente. É notório que a opção pelo lado negativo da liberdade não implica uma disposição de posições subjetivas de direito fundamental, uma vez que elas restam intactas em face de terceiros, ou seja, não há enfraquecimento de posições subjetivas de direito fundamental perante terceiros fundado no consentimento.

A possível confusão entre o não exercício e a disposição de posições subjetivas de direito fundamental advém dos resultados que um ordenamento jurídico poderá prever para alguns direitos que deixam de ser exercidos pelos seus titulares. Há inúmeras ocasiões nas quais o não exercício fático (real ou aparente) de um direito fundamental dá azo à impossibilidade de o titular voltar a exercê-lo, à perda do direito, dentre outras ablações. São tais ablações disposição de posição subjetiva de direito fundamental? Frequentemente não, pois o que justifica a ablação não é o consentimento do titular que enfraquece posições subjetivas de direito fundamental. O fundamento encontra-se no enunciado normativo (e na sua justificação) que prevê consequências para a inação do titular, normalmente em razão de outros princípios e direitos concorrentes de outra titularidade. O comportamento do titular contribui para esse resultado, mas *sozinho* não o justifica. Trata-se, pois, de ablações heterônomas na posição subjetiva de direito fundamental.

Entender que tais casos sempre são disposição importa em uma interpretação assaz expansiva de consentimento. Nitidamente, o consentimento possui um cunho marcadamente interpretativo, e poderá assumir diversas formas, dentre elas a de atos comissivos e omissivos, lidos como se consentimento fossem. Nessa linha, há situações bem delimitadas em que o não exercício de uma posição subjetiva de direito fundamental até admite a leitura de ser um 'consentimento' do titular, interpretado como condição necessária e suficiente para uma ablação por terceiros. São os casos fronteirços que envolvem a interpretação do consentimento. Porém, é um exagero e um equívoco sustentar que sempre que houver não exercício (aparente ou real) haverá disposição. O estudo dos casos limítrofes e da qualidade dos atos que podem ser interpretados como consentimento é de relevo e compõe a parte empírica e normativa da disposição de posições jurídicas de direitos fundamentais.

4 Conclusões

Partindo da síntese conclusiva apresentada no item 2.3, propôs-se um conceito de disponibilidade de direitos fundamentais. Foi sugerido que dispor de um direito fundamental é enfraquecer, por força do consentimento do titular, uma ou mais posições jurídicas subjetivas de direito fundamental perante terceiros, quer seja o Estado, quer sejam particulares, permitindo-lhes agir de forma que não deveriam, tudo o mais sendo igual, se não houvesse o consentimento. O ponto nodal do conceito reside no consentimento e tem por premissa o caráter relacional e intersubjetivo dos direitos, cujo objeto é sempre um comportamento ou uma alternativa de ação.

Com isso, diferencia-se a disposição da restrição heterônoma de posições jurídicas subjetivas de direitos fundamentais, da autocolocação em risco, do dano a si e do não exercício de posições subjetivas de direitos fundamentais. Também fica claro que a disposição envolve o exercício de direitos, pois o consentimento, quando livre e informado, é uma manifestação da liberdade humana e das escolhas feitas.

O estudo mostrou que a disposição de posições subjetivas de direitos fundamentais é normativa, uma vez que não faz parte da estrutura do direito, situando-se nas razões para se ter e exercer direitos. A linha decisória do STF confirma que a indisponibilidade situa-se no patamar normativo. O elemento é revelador, pois a indisponibilidade deixa de ser compreendida como intrínseca ao conceito, o que afasta a noção de que todos os direitos fundamentais *são* indisponíveis. Os sistemas jurídicos definem quais posições subjetivas de direitos fundamentais *devem ser* indisponíveis. E mais, ao determinar a indisponibilidade, é necessário apresentar as razões e suprir ônus de argumentação, uma vez que o consentimento, elemento nuclear da disposição, possui íntima relação com o exercício de posições subjetivas de direito fundamental, isto é, quando uma posição é reputada indisponível, pode-se abalar indevidamente outras posições subjetivas de direito fundamental.

Por fim, salienta-se que, na delicada trama dos direitos fundamentais, reconhecer que as posições subjetivas de direito fundamental não são conceitualmente (in)disponíveis não significa que a cautela possa ser afastada no exame normativo. O cuidado quanto às condições e interpretação do consentimento, quanto à efetiva liberdade na disposição, e com aqueles limites substantivos aceitos em sociedades democráticas e plurais precisa ser intenso, para que a inviolabilidade do indivíduo não se perca pela supervalorização do consentimento, em um ideal de liberdade isolado, caótico e vazio.