



*Os direitos humanos fundamentais no
contexto contemporâneo: entre
eficácia absoluta e renúncia volitiva*

FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS IN THE CONTEMPORARY CONTEXT: BETWEEN
EFFECTIVENESS AND ABSOLUTE RENUNCIATION OF WILL

Adriana Martins Silva

Advogada na área empresarial. Professora de Direito Civil na FACINTER. Orientadora do Grupo de Pesquisa: Direito da Personalidade no âmbito Global na FACINTER. Mestranda em Direito Empresarial pela Unicuritiba. Especialista em Direito Processual Civil pelo IBEJ. Integrante dos Grupos de Pesquisa: Tutela dos Direitos de Personalidade na Atividade Empresarial: Os Efeitos Limitadores na Constituição da prova Judiciária, sob a coordenação do Professor Luiz Eduardo Gunther e Grupo de Pesquisa Os Direitos Constitucionais e o regime da prova nos Crimes contra a Ordem Econômica, sob a coordenação do Professor e orientador Luiz Antonio Câmara, ambos pela Unicuritiba. E-mail: adriana.msilva@uol.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9612349372893165>.

Willian Padoan Lenhardt

Acadêmico de Direito da Faculdade Internacional de Curitiba - FACINTER. E-mail: willian.facinter@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3634070719205555>.

RESUMO: O propósito deste trabalho se funde à discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais em meio às emergentes relações intersubjetivas, as quais demonstram novos horizontes jurídicos e, simultaneamente, a urgência da atualização das suas entidades tutelares. Propõe-se, assim, a análise do rompimento do alcance relativo a essas instituições, avaliando-se as condições nas quais os institutos jurídicos ligados aos direitos fundamentais se expõem diante do aprimoramento da cultura liberal.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Renúncia volitiva. Relações jurídicas.

The purpose of this study merges the discussion on the effectiveness of fundamental rights among the emerging interpersonal relations, which demonstrate new legal horizons and, simultaneously, the urgency of updating your tutelary entities. It is proposed, therefore, the anal- **ABSTRACT:**

ysis of the relative reach disruption to these institutions, assessing the conditions under which the legal institutions linked to fundamental rights expose themselves before the current liberal culture.

Keywords: fundamental rights. Volitional resignation. Legal.

1 INTRODUÇÃO

Como é cediço, as instituições jurídicas sofrem diretamente o perecimento periódico resultante das itinerantes relações sociais, o que força um constante exame da estrutura das relações intersubjetivas objetivando a atualização normativa e a aproximação do direito à efetiva realidade. Esta perspectiva serve de base para um perene trabalho em prol do reconhecimento da função jurisdicional calcada em consonância à justiça social, de maneira a respeitar a cultura liberal preservando os valores imperativos ligados à proteção humana.

Nesse sentido, diversas são as sistemáticas em prol do esclarecimento cognitivo inerente ao âmbito jurídico-subjetivo¹. Contudo, em que pese o laborioso intento em preencher um conteúdo humanitário consistente, ainda encontramos num período de transição: do reconhecimento à objetividade de numerosos aspectos intrínsecos aos direitos humanos, principalmente no que diz respeito à sua eficácia diante das relações sociais. Reluz, assim, além da celeuma conceitual, uma série de hipóteses quanto à efetividade dos direitos humanos e, principalmente, dos direitos fundamentais.

Inseridas nas relações intersubjetivas, é comum a colisão entre essas instituições jurídicas, ou mesmo, o seu encontro com as demais instituições inerentes às relações sociais. Nesse sentido, há casos em que é justa a relatividade atribuída mesmo aos direitos humanos fundamentais, tendo em vista as condições híbridas a que se expõem os seus titulares (BOBBIO, 1992, p. 22; PERELMAN, 2000, p. 131 e ss.). No entanto, algumas lesões ocasionadas pelos atos decorrentes da frenética atividade social lhes supõem um abuso irrefragável. Resultado advindo da alienada atividade contemporânea, as possibilidades de se concretizar esta perspectiva aumentam gradual e significativamente.

Calcado nesse contexto, o propósito deste singelo labor se funde à discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais em meio às emergentes relações intersubjetivas, as quais demonstram novos horizontes jurídicos e,

¹ Dentre outros, Bobbio (1992, p. 5) exalta a concepção histórica dos direitos humanos; Sarlet (1998, p. 30 e ss.) explica a funcionalidade da esfera jurídico-subjetiva (direitos de defesa; direitos prestacionais; e direitos-garantia).

simultaneamente, a urgência da atualização das suas entidades tutelares. Propõe-se, assim, a análise do rompimento do alcance relativo a essas instituições, avaliando-se as condições nas quais os institutos jurídicos ligados aos direitos fundamentais se expõem diante da atual cultura liberal.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Os direitos fundamentais estão presentes em meio à base científico-jurídica contemporânea e, como tais, contribuem para a ascensão do sujeito de direito à instituição tutelar basilar na busca pela justiça social. Dessa forma, essas entidades conceberam a apreciação de valores condizentes com entidades principiológicas fundamentais à manutenção do indivíduo diante do contrato social (PERELMAN, 2000, p. 95; SARLET, 1998, p. 61). Destarte, ainda que interpretados sob juízos particulares (EMERIQUE, 2006, p. 10), tais entes impõem nuanças imperativas e comuns ao direito, tanto na escolha da prevenção e hermenêutica legislativa, quanto no subsídio à aplicação jurisdicional, o que amplia gradativa e sistematicamente a sua eficácia.

Na concepção de Alexy (2008, p. 87), os princípios fazem parte da conjuntura deontica do ordenamento normativo. Não se discute a natureza cogente dos princípios, assim como da lei, na estrutura jurídica. Não obstante, não se confunde também a imperatividade principiológica e legal, já que a primeira detém um mandamento imperioso aos demais elementos constituintes do ordenamento (MELLO apud WAGNER JR., 2008, p. 37), e esta última deve aos princípios uma satisfação hierarquicamente superior. Essa assimetria estrutural se manifesta ainda pelo fato de que os princípios detêm alto grau de generalidade, enquanto que a lei ou as demais espécies de regras são caracterizadas pela especificidade (ALEXY, 2008, p. 87). Isto é, estas últimas prescrevem a consequência jurídica intitulada na norma principiológica, a qual expõe um dever abstrato de conduta².

No que concerne à estrutura normativa enunciada por Kelsen, em consonância com a importância instituída aos direitos fundamentais e à consideração principiológica exaltada, podemos inserir os preceitos inerentes à conjectura humanitária no acervo normativo fundamental³, ao que os auferi-

² Silva (2005, p. 34) afirma que os princípios, como “mandamentos de otimização, (...), exigem que algo seja realizado na maior medida possível, mas sempre de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto”. Nesse sentido, Alexy (2008, p. 90).

³ Lima, (2007, p. 25-38, p. 31 e ss.), explica que a *Norma Fundamental* não decorre de ato de vontade e não participa da estrutura hierárquica de validade do ordenamento. Trata-se de uma ficção em torno de valores abstratos e relevantes à formalidade constitucional e jurídica, os quais tangenciam a unicidade do ordenamento. Nesse sentido, Larenz (1997, p. 115 e ss.).

mos como anteriores e superiores à própria Constituição. Portanto, os direitos fundamentais constituem não apenas uma estrutura definida pelo ordenamento jurídico, mas sim, detém uma distinção superior ao próprio ordenamento. Pois, não se tratam de especificidades técnicas ou procedimentais, são, enfim, entidades que visam salvaguardar a manutenção de valores capitais ao ordenamento jurídico e ao próprio Estado⁴.

Exemplo da consideração principiológica atinente aos direitos fundamentais no ordenamento jurídico nacional, o artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988 emana o primado na afirmação da dignidade da pessoa humana como alocação das condições formais e materiais necessárias à subsistência e respeito à pessoa humana enquanto participante da esfera jurisdicional do Estado Democrático de Direito. Em suma, por meio do princípio da dignidade da pessoa humana a defesa dos direitos humanos transformou-se em fundamento pétreo essencial e perene⁵, anterior e superior ao próprio legislador⁶, radiante a todo o campo jurídico-normativo como imperativo cogente e necessário à regular conclusão das relações sociais, bem como, da produção legislativa e jurisprudencial.

Importante ressaltar, desde já, a eficácia humanitária em sua moderna acepção jurídica. Essencialmente direcionados à proteção do sujeito contra o arbítrio do Estado (MENDES, 1999, p. 219), atualmente se tratam de reconhecidas instituições protetivas também contra a atividade dos demais sujeitos (eficácia horizontal) (SILVA, 2005, p. 18). Destarte, tais entidades visitam a segurança de uma estrutura axiológica que, em sua integralidade, controla o altruísmo de seus titulares. Isto é, determinam o limite entre a liberalidade legítima e o abuso na relação intersubjetiva. O que ocorre, então, é uma reavaliação histórica da eficácia humanitária e de suas entidades tutelares visando à otimização, na maior medida possível, de suas possibilidades fáticas.

Acompanhando essa transição, com a constitucionalização do direito ocorre uma transformação em prol da unificação e interdisciplinariedade da ordem jurídica, buscando-se ultrapassar a concepção funcional do direito (PERELMAN, 2000, p. 81)⁷. Trata-se do condicionamento da interpretação

⁴ Nos dizeres de Greco Filho (2007, p. 15 e ss.) são sua "razão de existir". Considera-se nessa perspectiva a concepção de que os direitos humanos recebem atualmente a conotação de institutos atemporais. Isto é, afirmados e garantidos também às futuras gerações. SARLET (1998, p. 64) afirma que as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais consistem na base referencial e legítima de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito.

⁵ CF, artigo 60, § 4º, inciso IV.

⁶ Por exemplo, Andrade (2001, p. 326) sobre a rigidez institucional dos direitos fundamentais.

⁷ Ramos (1998, p. 3-29, p. 7), afirma que esse processo de constitucionalização se deu por conta da edição cada vez maior de leis especiais, as quais diluíram o paradigma civil monista e descentralizaram a rigidez jurídica em atendimento às emergências sociais.

estática e engessada num positivismo exacerbadamente inócuo à dinâmica dos valores, direcionando os preceitos constitucionais para uma aproximação do direito à sociedade, aduzindo daí a justiça social. Nessa perspectiva, cabe a lição de Gilmar Ferreira Mendes, para quem:

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (MENDES, 1999, p. 72).

Desse axioma retiram-se dois dos princípios mais importantes para a efetividade do tema ao qual se propôs dissertar: o *princípio da proporcionalidade* e o *princípio da razoabilidade*, sendo este último o *sentido estrito* daquele primeiro, já que a *proporcionalidade* é entendida como princípio genérico de ponderação e a *razoabilidade* é remetida à discricção do legislador ou do magistrado ao construir ou aplicar a norma.

Considerando essa concepção e a expressão hierárquica dos valores constitucionais, é cabível subordinar um fundamento jurídico a um critério de aplicação que venha a harmonizar a eficácia de valores que obtenham a mesma qualificação essencial, como é o caso do conflito entre direitos fundamentais, ou mesmo, a interpretação do limite renunciável destes ao aferir-se um vínculo obrigacional de seu titular, no caso de uma relação entre particulares. De acordo com José Carlos Vieira de Andrade, tal perspectiva deve ser considerada *típica* em um sistema que amplia significativamente a intensidade protetiva de instituições fundamentais. Pois, é suscetível a colisão dessas instituições numa sociedade que interage intensamente em alocações limitadas individualmente (ANDRADE, 2001, p. 310).

Resta, então, o problema da eficácia institucional, construída a partir da aplicação legal e da consideração social para com valores morais e éticos. Com efeito, é concebível a limitação à liberalidade negocial ao se tratar de valores condizentes com aspectos elementares como são os direitos fundamentais. A *disponibilidade* do direito constitui peça chave para a análise da *inviolabilidade* de qualquer instituição subjetiva. Há, no entanto, de se considerar as diferentes situações intersubjetivas nas quais se reproduz essa limitação, tendo em vista que o *grau de disponibilidade* dos direitos fundamentais constitui uma celeuma suscetível de conclusão no espaço/tempo específico do caso concreto (ANDRADE, 2001, p. 323).

Cabe ressaltar, contudo, que as normas ligadas aos princípios humanitários não são promulgadas com o fito de engessar a liberalidade dos cidadãos enquanto participantes da ordem social e jurídica, mas sim, visam proteger um mínimo existencial condizente com as necessidades vitais de seus titulares (*standard mínimo*) (MENDES, 1999, p. 227).

3 OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

A definição dos direitos humanos e de sua fundamentalidade parte análogamente de inúmeras instituições sociais, políticas e jurídicas inseridas na cultura e costumes humanos. Tece-se aí o seu conceito histórico e mutável. Muito embora a pesquisa se atenha a um objetivo, ainda que em linhas gerais, de caracterização dos direitos fundamentais, apoiando-se em normas, princípios, doutrina e *práxis*, isso não encerra o problema da sua definição. Ao contrário, na medida em que se pretende desenvolver uma concepção epistemológica consistente se esbarra na dificuldade cabal de sintonizá-los numa alocação delimitada.

O que se pode definir, *a priori*, é a natureza capital dos direitos fundamentais, considerados, assim, faculdades vitais de seus titulares⁸. No que concerne a isso, visando tangenciar um norte imperativo ao presente trabalho, transcreve-se o conceito de Rodrigo César Rebello Pinho (2003, p. 66), para quem:

Direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta o Estado reconhecê-los formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia-a-dia dos cidadãos e de seus agentes.

Afora o enigma filosófico e como forma, também, de elucidar as concepções humanitárias, discute-se a incidência dessas instituições jurídicas nas relações sociais. Nesse sentido, entendidas como entidades cogentes difusas, é necessária uma coordenação precisa de seus titulares para serem agitadas em meio às múltiplas e complexas relações contemporâneas. Isto porque cada um de seus detentores é absoluto possuidor das faculdades dali irradiadas, subordinando-as, automática e obrigatoriamente, à imposição de restrições recíprocas ao seu exercício. Um sacrifício necessário à ordem na efetividade dessa esfera subjetiva, tanto por sua afirmação absoluta quanto por sua aplicação equânime⁹.

No que concerne a isso, é sublime a observação de que os direitos fundamentais, ainda que escoltados por um truísmo peremptório, submetem-se às formas como intervêm nas relações jurídicas, restando, assim, o pro-

⁸ Sarlet, (1998, p. 31); Moraes (2010, p. 32) subordinam o reconhecimento da *fundamentalidade* do direito ao enunciado constitucional. Andrade (2001, p. 322) exalta os imanes valores morais e sociais extraídos dessa gleba de bens individuais. Compartilha da mesma opinião Annoni (2008, p. 13-57, p. 16); também Assis, (2005, p. 74).

⁹ Pinho (2003, p. 66) cita, nesse sentido, a *limitabilidade* dos direitos fundamentais. Ferreira Filho (1999, p. 4); Moraes (2010, p. 32 e ss.).

blema da medida em que um direito fundamental limita a liberdade contratual de seu titular. Essa perspectiva obriga a uma constante atualização institucional, visando a mais assídua escolta social. Pois, na medida em que o ser humano concebe e se utiliza do progresso para realizar suas pretensões, é dever da ciência jurídica alinhar-se às dicotomias éticas e morais materializadas nesse contexto, afirmando, assim, a prevalência da justiça social¹⁰.

Dessa forma, o negócio jurídico, escoltado por tais instituições imperativas, deve, por um lado, concretizar a pretensão dos contratantes e, por outro, respeitar os limites da função social, princípio que engendra toda e qualquer atuação numa sociedade calcada nos valores morais e éticos emanados dos direitos fundamentais de seus cidadãos. Numa sociedade baseada na política capitalista, inexoravelmente alinhada à livre concorrência, parece paradoxal a ideia de respeito mútuo. Contudo, é inadmissível que se pretenda a proteção jurídica estatal sem subordinar-se, concomitantemente, aos parâmetros por ela estabelecidos (RAMOS, 1998, p. 8).

A obediência ao interesse público veiculado nas normas relativas à proteção humanitária não se liga à volitividade individual. Porquanto, imperam na condição de validade e eficácia do negócio, fundamentando tanto a base objetiva quanto a própria vontade dos indivíduos. Essa restrição da liberalidade tem sentido quando a manifestação de vontade de um indivíduo apresenta a lesão, ainda que em potencial, aos direitos dos demais sujeitos. Logicamente, as garantias institucionais podem variar de acordo com o nível de recepção do direito subjetivo pelas legislações nacionais¹¹. Contudo, sendo o ser humano a base fundamental da ciência jurídica e da própria estrutura estatal, cujo valor é reconhecido na esfera internacional¹², sua repulsa obriga à intervenção e manutenção, pelo Estado, ao *status quo ante* do direito lesado, indubitavelmente.

O que se pretende não é tangenciar o engessamento das relações intersubjetivas em prol da absoluta segurança dos direitos fundamentais. Mesmo porque, algumas relações autorizam a limitação volitiva dessas faculdades, como é o caso do contrato em que os funcionários trabalham num projeto empresarial sigiloso. Pois, como se sabe, o sucesso comercial implica em certa disciplina, tanto para a construção quanto para a divulgação do produto, já que, por vezes, a publicidade antecede a distribuição da coisa e cria a ex-

¹⁰ Andrade (2001, p. 63) enuncia a urgente proteção dos “bens pessoais de primeira grandeza” frente aos progressos tecnológicos e às atuais relações sociais.

¹¹ Grosso modo, nas palavras de Etxeberria, (2007, p. 279-302, p. 286) “(...) aunque algunas de ellas podrían aplicarlo con más facilidad (...)”.

¹² Ao que podemos mencionar as inúmeras Declarações e Recomendações emanadas das Organizações Internacionais, resultantes da crescente sensibilidade atinente às perenes aflições humanas e, principalmente, à desigualdade social.

pectativa do uso. Sendo assim, o vazamento de informações poderá levar a empreitada à falência. Porquanto, a fidelidade profissional implica na limitação da liberdade de expressão, direito relativo à personalidade do agente.

Destarte, isso não impede que tal situação venha a esbulhar o limite legítimo da autoridade patronal. Pois, pode o contratante impor o cárcere de seu contraposto durante o período respectivo da empreitada, pela simples admissão de que, do contrário, restaria o perigo de este último quebrar o sigilo enumerado, afogando a expectativa no negócio. É expressiva, nesse caso, a diluição do limite entre a legitimidade do negócio e o completo desrespeito em relação à liberalidade negocial. Contudo, a lacuna objetiva inerente ao conteúdo e à aplicação humanitária nas relações sociais provoca confusa facticidade entre a justa e ponderada aplicação dos valores que hão de prevalecer em uma dada situação de conflito (MENDES, 1999, p. 228)¹³.

Há que se considerar, assim, uma situação de conflito entre valores distintos da clássica estrutura normativo-privada. Na concepção de José Carlos Vieira de Andrade, deve-se levar em consideração a existência de normas harmonizadoras que visam, de maneira geral e abstrata, apresentar potenciais soluções ao caso concreto. Da mesma forma, é necessário compreender a condição itinerante da facticidade social para a interpretação e eficácia legislativa na afirmação desses valores, já que, em se tratando de signos gerais e abstratos, a utilização de *conceitos indeterminados* pressupõe a *situação-regra* das leis harmonizadoras e de sua ponderada aplicação ao caso (ANDRADE, 2001, p. 311).

Complexa essa situação, o grau de dificuldade da justa aplicação tutelar aumenta proporcionalmente à fundamentalidade dos direitos em conflito. Quando se menciona, por exemplo, da liberdade de imprensa e do direito ao sigilo, ou mesmo, como se verá adiante, dos direitos de personalidade¹⁴.

Como se vê, a funcionalidade dos direitos fundamentais exaltada remete-se à limitação da autonomia privada. Porquanto, não se olvida a hipótese de mediaticidade aplicativa dos fundamentos humanitários nessa disposição. Diferentemente de sua natureza em relação ao poder público, os direitos fundamentais quando inseridos na gleba privada pressupõem um conflito entre

¹³ Mais além, Santos (2003, p. 3-76, p. 46 e ss.) afirma que a falta de objetividade dos valores humanitários é a lacuna capital entre seu reconhecimento e aplicação como valores universais.

¹⁴ Ao que podemos aferir, desde já, apesar da aplicabilidade imediata proposta pela Constituição de 1988 (artigo 5º, §1º), não se olvida que a observação das circunstâncias do caso leva ao contrapeso na aplicação legislativa. Nesse sentido, cabe a lição de Mendes (1999, p. 220) para quem a igualdade formal entre os cidadãos não restringe, de logo, a manifestação da liberdade. Ou seja, o exame das circunstâncias do caso e o confronto normativo são fases do reconhecimento da lesão ao direito fundamental, bem como, da obrigação de repará-la.

valores igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico, não havendo, *a priori*, preferência ou relevância institucional entre eles.

Em não havendo conotação absoluta sobre a eficácia das instituições jurídico-subjetivas diante da autonomia privada, incumbe ao legislador a tarefa cognitiva quanto à enumeração das disposições relevantes inerentes à manutenção dos direitos fundamentais, tocando, então, ao judiciário a tarefa de ponderar a aplicação normativa na tentativa de recuperar a normalidade jurídica, o fazendo, por vezes, sacrificando o direito igualmente defendido, mas contraposto ao tutelado no caso concreto (MENDES, 1999, p. 226).

4 A RENÚNCIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Numa concepção institucional *prima facie* costuma-se falar em *inalienabilidade*, *imprescritibilidade* e *irrenunciabilidade*¹⁵ dos direitos fundamentais como qualificativos implícitos e imperativos à sua *disponibilidade*. Contudo, não se esgota aí a problemática envolvendo a limitação da expressão desses direitos.

Na medida em que o homem conhece e absorve o progresso surgem novas possibilidades de interação dos direitos humanos, pelas quais a incidência dessas instituições em meio às relações sociais ocorre, por vezes, de forma turbulenta. A atual estrutura social, privilegiada pelos avanços científicos e tecnológicos que ampliaram as concepções e propiciaram sua difusão acelerada, demonstra um nexo interativo que ultrapassa a simples afirmação de um direito quando este é posto em xeque. Por vezes, torna-se difícil a tarefa de identificar a lesão, ou mesmo, a *justa medida* à reparação eficaz. Trata-se de um trabalho complexo, mas necessário.

Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 63) expõe que a celebração de qualquer contrato implica a renúncia de uma parcela da liberdade, o que remete diretamente à agitação dos direitos individuais. Com efeito, é constante a notícia da renúncia dos direitos fundamentais por seus titulares, por conta de traumas psicológicos, bem como, por tradições culturais e religiosas. Não obstante, as atuais relações laborais e as demais atividades humanas exploram, cada vez mais, a capacidade subjetiva e a eficácia dos institutos jurídicos. Isso se dá pelo fato de que a conjectura social, calcada num nexo econômico, não se contagia efetivamente pelo que emana a ordem jurídica baseada na promoção dos valores humanos e sociais, fazendo com que seus agentes busquem, acirradamente, o sucesso individual.

¹⁵ Tal elenco qualificativo é exposto por Ferreira Filho (1999, p. 22); segue essa consideração Pinho (2003, p. 66).

No que concerne aos direitos fundamentais e à sua disposição no direito privado, há que se concordar que participam de estruturas normativas hierarquicamente assimétricas¹⁶ e axiologicamente diversas, cujo conflito implica na hermenêutica factual sob a ótica constitucional. Não se trata, assim, de uma relação de *superioridade argumentativa*¹⁷, mas sim, da análise da exposição das prerrogativas emanadas de cada compêndio jurídico ao caso concreto e do rompimento dos limites da renúncia operada pelos negociantes diante do equilíbrio jurídico (*ponderabilidade*)¹⁸.

Logicamente, as relações intersubjetivas supõem situações nas quais se pode eliminar mesmo o fundamento principiológico elementar à vida humana¹⁹. Não obstante, o leque infundável de situações que importam na lesão ao bem-jurídico-subjetivo-fundamental nos remete a uma discussão mais ampla: com a renúncia volitiva do titular ao direito fundamental ocorre, concomitantemente, o abandono da tutela jurisdicional em relação a tal instituto?

No que concerne à questão, olvida-se a relevância da discussão sobre a renúncia da titularidade ou dos efeitos dos direitos fundamentais diante do contexto jurídico-subjetivo, pois, cabe, em qualquer dos casos, a verificação do abuso em desfavor do *núcleo essencial*²⁰ do direito exposto, seja pela conivência do titular, ou mesmo, pelo eventual efeito do negócio jurídico.

A fim de suplementar o esclarecimento à questão posta, coloca-se à análise casos em que se observa se não a conivência jurisdicional, uma tutela que apavora mesmo aqueles que a utilizam como objeto de estudo. Com o progresso midiático estão muito mais presentes ao cotidiano popular situações que assombram essa circunstância, pois, a relativização da titularidade da personalidade em relação aos seus possuidores, por exemplo, é matéria comum às relações televisivas. É o que ocorre com os atores e atrizes, os

¹⁶ Silva (2005, p. 72) concorda com o contrário. Baseado na teoria de Uwe Diederichsen, o autor menciona que as estruturas normativas dos direitos fundamentais e do direito privado se colocam formalmente concorrentes. Porém, basta analisar a funcionalidade do movimento de *constitucionalização do direito* para se perceber que se trata de um mecanismo de adequação do ordenamento jurídico a uma esfera inconcebível de valores, dentre os quais, principalmente, os valores humanitários, considerados, assim, superiores.

¹⁷ Este é o termo funcional da tese de Uwe Diederichsen, exposta por Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 72 e ss.).

¹⁸ Ao que José Carlos Vieira de Andrade (2001, p. 319 e ss.) expõe, num contexto *jurídico-constitucional*, os valores éticos e cívicos concernentes à atual dimensão e limitação da disponibilidade dos direitos fundamentais. Ou seja, valores que não se ligam apenas à volitividade ou interesse da pessoa, mas sim, à função social que orbita em torno da relação.

¹⁹ Veja, por exemplo, a estrita autotutela autorizada pela *legítima defesa*.

²⁰ O termo, citado, dentre outros, por Andrade (2001, p. 315); e MENDES (1999, p. 194) demonstra o limite ao legítimo ataque ao direito fundamental.

quais *alugam* sua personalidade, por vezes, de maneira exclusiva, em troca de um prêmio pecuniário.

Afora essa possibilidade, nos últimos anos, observa-se a difusão de condições extremas diante da negociação dos direitos fundamentais. É o que ocorre nos *reality shows*, nos quais os participantes não apenas negociam, mas sim, renunciam absolutamente as faculdades transmitidas pela esfera jurídico-subjetiva, de modo a transmitir volitivamente, à ordem do oposto contratante, a própria manifestação de seus direitos *personalísimos*²¹. Em algumas circunstâncias essa situação torna-se claramente ilegal. É o caso de provas que obrigam os participantes a correrem riscos de saúde e, inclusive, de vida²² em busca de um prêmio abstrato.

As condições degradantes, físicas e psicológicas, forçam os participantes a testar seus limites em prol de um abstrato retorno econômico. Em troca, devem renunciar às condições mínimas remetidas à dignidade humana, enquanto guerreiam por alimento, espaço e um *pseudo-reconhecimento*. Por traz desse contexto, o fundamento contábil esfumaça a banalidade remetida às instituições morais e éticas, já que a aposta em um dos concorrentes é parte integrante do sucesso de inúmeros programas midiáticos do gênero.

Pontual é a menção de Maria Augusta Salin Gonçalves (1999, p. 27), para quem:

Enraizadas nas condições sociais, políticas e econômicas da moderna sociedade industrial capitalista, as relações com a corporalidade refletem o sentimento de inadequação, perplexidade e despersonalização do homem contemporâneo e trazem em si o irracionalismo, presente em todas as instâncias da vida humana.

No caso das relações laborais, estas também sofrem a incidência desse extremismo e, por vezes, os direitos fundamentais são violentamente negociados. Dentre os inúmeros exemplos, a cobertura de tragédias naturais, ou mesmo, de conflitos armados faz parte do contexto diário da *profissão repórter*. Na medida em que o profissional arrisca seu núcleo-subjetivo-essencial, o

²¹ Pois, à ordem dos gerenciadores dos referidos programas é autorizada a manifestação da opinião, ou mesmo, a momentânea aparição dos participantes encarcerados.

²² Alguns exemplos que podem ser comprovados pelos leitores: manobras arriscadas com veículos, inclusive, a sua intencional capotagem; provas de resistência com animais, as quais repudiam e assustam mesmo os telespectadores; situações humilhantes em relação aos próprios participantes, já que o stress do cárcere é irremediável, entre outros infinitos exemplos.

retorno econômico e a fama lhe servem de contraprestação²³. Há inúmeros exemplos de insucesso nesse campo, dentre os quais muitos se transformaram em obras midiáticas de escala global, demonstrando o esfacelamento e o assassinato de renomados profissionais, comprovando, ainda que o nexó contábil ofereça uma prospecção *pseudo-favorável*, que a realidade torna-se contrária ao planejamento dos contratantes²⁴.

É irrefutável que a atual transmissão cognitiva depende quase que inteiramente do progresso tecnológico. Os acontecimentos globais são transmitidos mundialmente em tempo real. Contudo, há de se considerar que a ausência de sacrifícios humanos restaria no insucesso de boa parte desse contexto. No entanto, esse fundamento não poderá servir de base para legitimar uma conduta que venha ameaçar a integridade física do agente tutelado. Da mesma forma, sabendo-se da natureza econômica que reveste a relação laboral (DELGADO, 2006, p. 298 e ss.), não se pode satisfazer a pretensão trabalhista pela simples remuneração. Isto é, sem o cuidado para com os direitos fundamentais do trabalhador, antes mesmo desta caracterização, enfim, como *pessoa humana*.

Noutros exemplos, pode-se citar a gleba desportiva como fonte de circunstâncias que demonstram certa desconsideração para com o sujeito de direito. Essa banalização subjetiva ocorre, certamente, pelo tangenciamento da atividade social ao âmbito econômico, resultando numa situação de descaço. Data vênua, a prática desportiva por simples *hobby* não equivale à pressão exercida pela competição e não merece a incidência jurídica além da proteção individual. Do contrário, havendo a instituição formal do negócio, a contratação, pelo patrocinador, do atleta que representará sua marca, é obrigatória a escolta e a proteção integral do sujeito, se não como trabalhador, como cidadão assegurado pela ordem jurídica²⁵.

Talvez uma das modalidades que mais caracterizam essa situação degradante aconteça dentro dos ringues. As artes marciais exploram a extremidade dos direitos fundamentais do ser humano diante de uma batalha institucionalizada. A própria competição é incitada ante um espaço semelhante a uma jaula, transmitindo a ideia da violência em relação ao esporte. Atenuadamente chamado de *octógono*, alusão à figura geométrica formada pelos

²³ Nesse sentido, Delgado (2006, p. 202 e 217 e ss.) afirma o *princípio da indisponibilidade* dos direitos fundamentais no âmbito trabalhista, mesmo que anunciados num acordo de vontades livremente aceito pelo trabalhador.

²⁴ Numa perspectiva prática, Hasson, (2007, p. 39-52, p. 42) afirma que a relação entre dignidade e trabalho nunca foi assimétrica e, por vezes parece, nas palavras do próprio autor, "que quanto mais se trabalha, menos digno se faz o ser humano".

²⁵ Nesse sentido HELAL (1990, p. 20 e ss.) distingue as noções de brincadeira, jogo e esporte. Menciona o autor que este último detém uma organização burocrática ampla, situada acima dos interesses individuais do atleta.

oito lados do *campo de batalha*, ou mesmo ringue, tatame, etc., o local é um exemplo clássico da condição anômica que cerca boa parte da atividade contemporânea. A *pré-batalha*, cercada por uma produção cinematográfica, incita as controvérsias entre os atletas, acirrando-os e também aos seus fãs. As brigas campais entre academias de artes marciais são exemplo dessa tensão. A princípio, formalizam-se regras visando diminuir a selvageria institucionalizada, se é que isso é possível. Porém, tais considerações não limitam efetivamente a destruição da integridade física e nem controlam o risco de morte levado a cabo nesta espécie desportiva²⁶.

Enfim, há outros tantos exemplos de atividades que, adotadas como prestações profissionais, exigem o máximo dos sujeitos, encarados, muitas vezes, como construções mecânicas sintéticas. Vê-se, portanto, que não é apenas a desvalorização do trabalho que força a pessoa humana a se sujeitar à degradação dos direitos fundamentais a fim de obter uma remuneração que dê conta de sua subsistência. A própria natureza volitiva das ações humanas representa um entrave para a regular manifestação dessa esfera jurídica nas relações entre particulares. Destarte, é urgente a necessidade da escolta jurídica direcionada à manutenção do imperativo subjetivo incidente nessas situações, o qual, por vezes, é relegado volitivamente pelo seu titular.

5 DISPOSIÇÕES FINAIS

De fato, a comercialização dos direitos concernentes ao ser humano é o motor essencial de boa parte da atividade social nos dias atuais. A represão à eventual lesão ocasionada em meio a tal contexto se expressa por meio dos inúmeros institutos legalmente autorizados. Destarte, em se tratando dos direitos humanos fundamentais, em vista da sua importância para a regular sobrevivência de seu titular, a lesão poderá ocasionar, por vezes, uma situação afanosa – ou impossível – de ser revertida. Tal perspectiva é crescente na sociedade contemporânea, em vista de que a busca por melhores condições de vida, ou mesmo, a ânsia pela fama, obrigam o ser humano a propor incondicionalmente o cerceamento de seus direitos fundamentais sob a forçosa pena de expor sua condição humana em troca da independência pessoal e, principalmente, econômica.

É possível enumerar situações em que a própria segurança dos direitos humanos depende da consequente exposição aos riscos para se promo-

²⁶ Beresford (1994, p. 70) alerta que o esporte vai muito além da simples atividade física, ligando-se, também, à educação, no sentido da transmissão de valores cívicos, éticos e morais, os quais, como tais, “não há quem possa desconsiderar a importância destes em qualquer hierarquia de valores”. Alude o autor, dessa forma, ao termo “esporte de formação básica”.

ver integralmente o seu objetivo social²⁷. O que não se confunde com a exposição em prol da concorrência capitalista, a qual, infelizmente, resulta na banalidade subjetiva.

Enfim, assim como a concepção de que há relatividade quanto aos fundamentos humanitários, deve-se atentar à relatividade da aceitação do titular de um direito, em troca de um prêmio qualquer, em abrir mão de uma faculdade intrínseca e capital para a sua existência digna enquanto ser humano. Ou seja, em que limite o direito poderá reconhecer na liberalidade individual, em contraponto a condições reconhecidamente ofensivas, a legitimidade da convenção volitiva?

É lógico que a ânsia em conquistar a emancipação social esfumaça – e até mesmo neutraliza – a vontade de desistir dos perigos e da tortura física e psicológica aguçada nas variadas relações sociais. Porém, nem por isso se pode deixar de notar o quão complexa e paradoxal é essa liberalidade, principalmente ao analisá-la sob a ótica da legalidade.

6 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José C. Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- ANNONI, Danielle. **Perspectiva Histórica dos Direitos Humanos e os Novos Direitos**. In: Reinaldo Pereira e Silva (org.). *Novos Direitos: conquistas e desafios*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 13-57.
- ASSIS, João W. de. **Direito Romano e o Código Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.
- BERESFORD, Heron. **A Ética e a Moral Social Através do Esporte**. Rio de Janeiro: Sprint, 1994.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad.). 19. reimpr. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- EMERIQUE, Lilian M. B. **Direito Fundamental como Oposição Política**. Curitiba: Juruá, 2006.
- ETXEBERRIA, Xavier. La Tensión entre Poder Político, Poder Judicial y Poder Mediático. In: SILVA, Artur Stamford da (Org.). **Sociologia do Direito**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 279-302.
- FERREIRA FILHO, Manoel G. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1999.

²⁷ Dentre as tarefas essenciais que se pode elencar, o trabalho dos bombeiros e policiais, profissionais que se expõe por força de um dever necessário e cívico, escoltados por uma esfera jurídica, ética e social.

- GONÇALVES, Maria A. Salin. **Sentir, Pensar, Agir: Corporeidade e Educação**. São Paulo: Papyrus, 1994.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- HASSON, Ronald. O Estado, a Atividade Econômica e a Sociedade Globalizada. In: Marco A. Villatore e Roland Hasson (org.). **Estado e Atividade Econômica: O Direito Laboral em Perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 39-52.
- HELAL, Ronaldo. **O que é Sociologia do Esporte**. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIMA, Alcides S. O Fundamento de Validade da Constituição no Pensamento de Hans Kelsen. In: Francisco L. L. Rodrigues (org.). **Estudos de Direito Constitucional e Urbanístico**. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 25-38.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Apud WAGNER JR. Luiz G. da Costa. **Processo Civil: Curso Completo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- MENDES, Gilmar F. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010
- PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica: nova retórica**. Verginia K. Pupi (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PINHO, Rodrigo C. Rebello. **Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Vol. 17. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RAMOS, Carmem L. S. **A Constitucionalização do Direito Privado e a Sociedade sem Fronteiras**. In: Luiz Edson Fachin (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SANTOS, Boaventura de S. Poderá o Direito Ser Hemancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**. N° 65, maio/2003: p. 3-76.
- SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SILVA, Virgílio A. da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- WAGNER JR. Luiz G. da Costa. **Processo Civil: Curso Completo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Recebido em: 20/05/2011;

Aceito para publicação em: 02/06/2011.