



Septiembre 2016 - ISSN: 1988-7833

## A DISPONIBILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Guilherme Vieira de Mello Lopes\*  
Luís Guilherme Soares Maziero\*\*

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Guilherme Vieira de Mello Lopes y Luís Guilherme Soares Maziero (2016): "A disponibilidade de direitos fundamentais sob a ótica da teoria de Robert Alexy", Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julio-septiembre 2016). En línea:

<http://www.eumed.net/rev/cccss/2016/03/neoconstitucionalismo.html>

### Resumo

Este artigo visa uma análise sobre a dimensão da disponibilidade dos direitos fundamentais, baseada principalmente na teoria principiológica desenvolvida por Robert Alexy, para ao final oferecer um conceito de disposição (ou *autolimitação*) de direitos fundamentais. Para isso, buscaremos defender a construção metodológica alexyana de relevantes críticas contemporâneas. Em seguida, a pesquisa irá expor a necessidade de superação do paradigma de indisponibilidade de direitos fundamentais, procedendo a uma interpretação de disponibilidade *prima facie* e seus elementos de caracterização, tudo sob uma ótica enriquecida pelos trabalhos de Letícia de Campos Velho Martel.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais, Neoconstitucionalismo, Proporcionalidade, Disponibilidade, Autolimitação.

### Abstract

This article strives for an analysis about the dimension of disponibility of fundamental rights, based mainly upon the theory of principles developed by Robert Alexy, so as to, in the end, offer a concept for disposal (or *self-limitation*) of fundamental rights. For such, we will look to defend the alexyan methodological construction from relevant contemporary criticism. Following, the research will expose the necessity of overcoming the paradigm of indisponibility of fundamental rights, proceeding towards an interpretation of *prima facie* disponibility and its elements of characterization, all under an optic enriched by the works of Letícia de Campos Velho Martel.

**Keywords:** Fundamental rights. Neoconstitutionalism. Proportionality. Disponibility. Self-limitation.

## INTRODUÇÃO

A disponibilidade de direitos fundamentais é, além de um tema jurídico com profundidade, um reflexo de fenômenos reais que clamam por solução. Como exemplo, é possível citar a renúncia a uma parcela da integridade física para ter seu próprio corpo modificado, o que ocorre nos casos em que se pretende fazer uma tatuagem, um brinco, ou ainda nos casos de doação de órgãos, realização de cirurgia estética, dentre tantos outros. Em uma outra perspectiva, o mesmo ocorre nos casos de

\*: Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Advogado, atua com ênfase em Direito Penal, Direito Constitucional e Filosofia do Direito.

\*\* : Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas; Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade Metodista de Piracicaba e doutorando pela Instituição Toledo de Ensino - ITE. Professor de Introdução ao Estudo do Direito, Direito Processual do Trabalho e Prática do Trabalho na Faculdade de Direito da PUC-CAMPINAS, onde também exerce a função de coordenador do Núcleo de Prática Jurídica. Também é professor de Direito Processual do Trabalho e de Prática do Trabalho do Grupo Devry-Metrocamp - Campinas. Advogado e palestrante, atua com ênfase em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Teoria Geral do Direito, Hermenêutica Jurídica e Direito de Gênero.

autolimitação do direito à intimidade, quando alguém concorda com a participação em um reality show. Vivemos em um mundo em que indivíduos podem se voluntariar como cobaias para pesquisas científicas<sup>1</sup>, ou dispor de sua liberdade de ir e vir temporariamente como forma de entretenimento<sup>2</sup>. Os exemplos da vida são inúmeros, variados, indispensáveis até. Mas, afinal, uma pessoa não pode, em princípio, fazer o que quiser?

Aqui entra o inescapável papel do Estado como interventor na autonomia de vontade individual. Essa função não pode, graças ao avanço do constitucionalismo democrático-social, ser exercida categórica ou arbitrariamente. Por consequência, um Direito que se apresenta como ciência, e também como instrumento (ainda que por tantas vezes um instrumento rústico, ou mal-aplicado) para alcançar o valor de justiça, deve fundamentar racionalmente suas decisões. Neste trabalho, trataremos sobre essa possibilidade de fundamentação racional no âmbito da disponibilidade de direitos fundamentais.

O principal problema que identificamos juridicamente é que o conceito de indisponibilidade mais propagado pela doutrina e jurisprudência clássicos é superado - se comparado ao novo paradigma constitucional -, indefinido - se aberto a variáveis interpretações inconsistentes - e irreal ante a vida social. A atualização do conceito e definição mais rigorosa de seus elementos e caracterização dariam automaticamente sentido, critérios de medida e proteção a essa prerrogativa de exercício de direitos fundamentais.

Este artigo foi refinado a partir de uma pesquisa que originalmente formou um trabalho de monografia de conclusão de curso de graduação, com maior número de páginas. Em diversos pontos, tomou por base a bibliografia de Leticia Campos Velho Martel, que discorre sobre o assunto primorosamente em numerosos artigos e em sua dissertação de mestrado. Robert Alexy, como em breve se descobrirá, também foi influência teórica primária para o desenvolvimento.

## **1 DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Para situar a abordagem adotada neste trabalho, faz-se necessária uma delimitação conceitual-terminológica. O objetivo é diferenciar direitos fundamentais de direitos humanos, considerando sua proximidade temática e de fundamento. Ademais, um breve apanhado histórico sobre o desenvolvimento dos direitos fundamentais será exposto para contextualizá-la.

### **1.1 Terminologias e conceito**

Os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” estão intimamente ligados, e há algum debate acadêmico sobre a existência e extensão de sua distinção (NETO, 2015, p. 25-27). Para o ilustre constitucionalista português Joaquim Gomes Canotilho, a diferença de classificação reside em suas naturezas. Os direitos humanos, válidos como direitos universais intrínsecos à pessoa humana - remetendo, portanto, ao Direito Natural -, distinguiriam-se dos direitos fundamentais, na medida em que estes teriam sua vigência estabelecida por um determinado ordenamento jurídico, portanto mais limitados, necessariamente positivados (CANOTILHO, 2003, p. 393).

Já a renomada doutrina de Paulo Bonavides tende à aproximação dos conceitos. O autor ensina que os direitos fundamentais, originalmente nomeados pela Constituição de um Estado como especialmente merecedores de resguardo, ganharam um caráter universal traduzido pela primeira vez na Declaração de Direitos do Homem de 1789, e em seguida pelos instrumentos internacionais de direitos humanos, culminando na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Esse processo teria se dado pela caminhada de diversas *gerações* de direitos (BONAVIDES, 2010, p. 560-578).

Por sua vez, a didática de George Marmelstein diferencia ainda os chamados “direitos do homem”. Estes seriam os direitos não positivados aproximados do Direito Natural, enquanto direitos humanos e direitos fundamentais seriam positivados em duas esferas - respectivamente, a de direito internacional e a de direito interno ou constitucional (MARMELESTEIN, 2014, p. 23-24).

Essa discussão é detidamente analisada por Fábio Konder Comparato, que expõe uma problemática sobre a interpretação de que direitos fundamentais são direitos humanos positivados por um Estado. O autor aponta que esse entendimento, de viés positivista, vincula a vigência dos direitos humanos ao seu reconhecimento e lastro estatal, seja por Constituição, leis ou tratados internacionais assinados - ou seja, inseridos naquele ordenamento jurídico enquanto direitos

fundamentais. Essa interpretação seria prejudicial à concretização desses direitos, porque não haveria óbice ao Estado consagrar direitos materialmente incompatíveis com a dignidade da pessoa humana, ou ainda suprimir e alterar desproporcionalmente o conteúdo dos compatíveis. Por isso, defende a necessidade de um fundamento de vigência dos direitos humanos mais profundo e externo aos ordenamentos jurídicos nacionais, denominado de *consciência ética universal*, além de uma hierarquização superior desses em relação aos direitos fundamentais, de nível constitucional (COMPARATO, 2010, p. 70 e seguintes).

Um outro entendimento é o de Norberto Bobbio, que questiona a necessidade de empreitadas para uma justificação de fundamento absoluto a todos esses direitos, alcançados através de lutas e desenvolvimentos históricos graduais e contextualizados. Tal autor tem uma preocupação maior com a *proteção* de direitos fundamentais através de fundamentos *possíveis* (BOBBIO, 2004, p. 15-24).

Para os propósitos desta pesquisa, essas interpretações, em que pesem as divergências, encontram sobreposição ao tratarem dos direitos fundamentais como valores especialmente destacados e protegidos pelo direito interno de um Estado. Serão considerados como normas definidoras de direitos individuais (BARROSO, 2013, p. 23), cujo aspecto material exige sua inspiração na dignidade da pessoa humana, um princípio-matriz que só é igualado em importância pela dificuldade de sua definição precisa. Para uma posição que dispensa uma conceituação, novamente, referimo-nos a Bobbio (2004).

Partir-se-á, aqui, de uma ótica baseada na teoria de direitos fundamentais de Robert Alexy. Não se vislumbra contradição entre os conceitos materiais e de fundamento já descritos e aquele, mais estrutural-analítico, desenvolvido por Alexy, considerando a utilidade de ambos para identificar e precisar o assunto, que goza de muitas facetas. Como bem ressalta o autor alemão, “(...) uma teoria sobre determinados direitos fundamentais em vigor pode, de um lado, beneficiar-se dos conhecimentos jurídico-filosóficos e, de outro, contribuir com a Filosofia do Direito por meio da análise de seu material” (ALEXY, 2008, p. 32).

Destaca-se, por fim, que os direitos fundamentais serão analisados em sua dimensão de disponibilidade, em tese, como inseridos no contexto constitucional brasileiro. Isso justifica a adoção terminológica (“fundamentais”), mas também não exclui, considerando a proximidade de fundamento dos direitos humanos, a aplicabilidade do modelo alexyano a um eventual controle de convencionalidade. Está em debate, na verdade, a categoria de princípios, assim como a adequação de uma característica (a indisponibilidade) atribuída tanto a direitos fundamentais, o foco da pesquisa, quanto, também comumente, a direitos humanos, na literatura respectiva. Acreditamos que os argumentos utilizados tanto para a análise principiológica, quanto para uma tentativa de superação de paradigma, serão também úteis ao âmbito dos direitos humanos no que se aplicar, e de fato, exemplos serão dados nas duas searas.

## 1.2 História

Quanto à sua origem na história, os direitos fundamentais podem ser traçados de duas maneiras distintas. Consonante com o já exposto, serão considerados em essência como direitos humanos inseridos em ordenamentos constitucionais, e portanto, sua historicidade está vinculada tanto ao desenvolvimento dos direitos humanos, como ao desenvolvimento das Constituições. Abordaremos a seguir, muito resumidamente, os pontos mais elementares, primeiro sobre essa “afirmação histórica” dos direitos humanos (COMPARATO, 2010, p. 13-81; NETO, VEDOVATO, 2015, p. 59-80), e então também sobre o desenvolvimento das Constituições (BARROSO, 2013, p. 25-64).

Quanto aos primeiros, é importante a visão de que os direitos humanos, e seu princípio fundante, a dignidade da pessoa humana, têm raízes históricas profundas, contando com um rico e antiquíssimo desenvolvimento, ainda que relativamente recente a sistematização e efetividade global. Seus primórdios iniciam na Antiguidade histórica, começando pelo Código de Hamurabi e sua restrição ao direito de vingança por meio da Lei de Talião. Avança pelo denominado Período Axial, em que ocorreu o avanço do pensamento filosófico ocidental e sua racionalização do mundo, além da metamorfose religiosa que abandonou o culto doméstico em favor de religiões com conteúdo ético (COULANGES, 2009). Prosseguindo por Roma e seu Direito Obrigacional, até a ascensão do Cristianismo e o estabelecimento de uma igualdade espiritual do ser humano, a forma foi se tornando um pouco mais definida. Pela sequência temporal, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, na

Europa medieval, deram prosseguimento a esse pensamento para ligar o conceito de ser humano à capacidade de racionalidade divinamente originada, um jusnaturalismo religioso.

O próximo marco histórico relevante para esse desenvolvimento, a criação da Magna Carta inglesa de 1215, é momento de particular importância, considerando que foi uma experiência precursora também do constitucionalismo liberal (BARROSO, 2013, p. 32). Ainda que autores identifiquem o caráter não universal dos direitos enumerados na Magna Carta (LEWANDOWSKI apud NETO, 2015, p. 62), característica compartilhada também pelas posteriores Declaração de Direitos da Virgínia, Declaração de Independência Americana, e Constituição dos Estados Unidos da América, esses momentos podem ser identificados como pontos comuns entre a historicidade dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

A partir daqui, há uma tendência à especialização das doutrinas de acordo com a matéria em foco: quanto aos direitos humanos, a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, produto da Revolução Francesa de 1789, lançou as bases inspiracionais para a sistematização universal dos direitos humanos até os dias atuais. Foram depois concretizadas, de maneira mais profunda, com a criação da ONU e a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, que lhes deu contorno internacional.

Para o foco constitucionalista dos direitos fundamentais, em paralelo, mas perpetuamente em ligação com os avanços mundiais dos direitos humanos, além desses marcos históricos, as experiências das Constituições do México de 1917 e a da República de Weimar, de 1919, são frequentemente destacadas como vanguardistas, ampliadoras de direitos e exemplos de Constituições Sociais.

O debate sobre o que acabou se tornando o fundamento comum das duas espécies de direitos - humanos e, na maioria das ordens constitucionais, fundamentais<sup>3</sup> -, a dignidade da pessoa humana continuou influenciando tanto os processos de criações constitucionais, como a internacionalização dos direitos humanos. Perpassaram as teorias de estado e filosofias contratualistas, o racionalismo iluminista, a filosofia de Immanuel Kant, os desconstrutivistas, e o neoconstitucionalismo.

Dessa forma, verifica-se que a característica de historicidade dos direitos fundamentais se sobrepõe em boa parcela com a origem dos direitos humanos, dando credência a uma matriz comum entre ambos, que ainda podem ser conceitualmente diferenciados, mas necessariamente dialogam entre si.

## **2 PÓS-POSITIVISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO E ROBERT ALEXY**

A superação das correntes filosóficas jusnaturalistas, em conjunto com as experiências juspositivistas da primeira metade do século XX, em especial os fascismos italiano e alemão, exigiram um retorno aos valores e à moral, sem abandono da racionalidade científica contemporânea. Esse desenvolvimento produziu diversas - em número e conteúdo - teorias de direito agrupadas sob a denominação de *pós-positivismo* (BARROSO, 2013, p. 269-272). Embora indubitavelmente variadas, sua inspiração coletiva em uma amálgama das lições das correntes predecessoras, esforço em racionalizar a inserção da realidade ao direito teórico e preocupação democrática de legitimação permitem a aplicação desse "rótulo genérico" (BARROSO, 2013, p. 269). O termo está intimamente ligado a outro: o *neoconstitucionalismo*, movimento que aplica esse marco filosófico à interpretação constitucional, visando a irradiação de seus princípios de maneira a dar efetividade material ao Direito.

São identificados como os autores pioneiros de sistematização significativa das bases do pós-positivismo Ronald Dworkin, nos Estados Unidos, e Robert Alexy, na Alemanha, embora inclusive entre eles não sejam poucas e nem pequenas as discordâncias e diferenças de fundamentos teóricos. Dworkin introduziu o conceito de casos difíceis, e identificou a atuação dos princípios em uma dimensão de peso (DWORKIN, 2010). Alexy, por sua vez, dialogando e expandindo a partir dessas ideias, desenvolveu uma teoria dos direitos fundamentais de natureza estrutural com predominante dimensão analítica (ALEXY, 2008), que elabora uma rica sistemática de solução de casos concretos - a proporcionalidade - a partir de uma conceituação dos elementos básicos de norma, regra e princípio (com protagonismo deste).

O debate também se deu de maneira abrangente no Brasil entre autores identificados ou identificáveis como pós-positivistas. Exemplos incluem a produção científica de Virgílio Afonso da

Silva, a teoria constitucional de Luís Roberto Barroso, e as elaborações e interpretações da ponderação de princípios de Ana Paula de Barcellos (2005). Internacionalmente, destacam-se as influências de Norberto Bobbio, na Itália, e Gomes Canotilho, em Portugal.

A corrente também é alvo de críticas numerosas de outros autores, que atingem desde sua terminologia e vaguezas de suas premissas, até a validade e aplicabilidade destas. Exemplo notório está na doutrina de Lênio Luiz Streck, que aborda os problemas do pós-positivismo, do neoconstitucionalismo e de suas principais bases, como a ponderação de princípios alexyana (STRECK, 2011), e a diferenciação semântica entre princípios e regras, além de desenvolver uma teoria de Crítica Hermenêutica alternativa (STRECK, 2014).

Streck rejeita a alcunha de "pós-positivismo", entre outras razões, porque a expressão denotaria a superação do positivismo como corrente, tanto em sua versão mais primitiva - formalista e exegética -, como na forma do normativismo kelseniano (STRECK, 2011, p. 21). Embora o termo seja realmente vago, e o prefixo possa ser contestado em sua adequação, preferimos sua manutenção. Mais do que um conceito indefinido, acreditamos que o pós-positivismo é um conceito em construção, cujos fundamentos e objetivos sobrepõem a vagueza, o que justificará, neste artigo, sua adoção.

Ademais, Streck elabora veementes críticas substantivas tanto ao método da ponderação, quanto à sua aplicação no Brasil. Essas críticas não diferem largamente do objeto de alguns artigos nesse sentido que analisaremos no decorrer do artigo.

### 3 A TEORIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

A obra "Teoria dos direitos fundamentais", publicada na Alemanha Ocidental de 1986 pelo professor Robert Alexy, exerceu larga influência sobre a hermenêutica, filosofia e ciências jurídicas pelas décadas seguintes, tendo sido adotada, criticada e interpretada até os dias atuais. Como doutrina, o livro se apresenta como uma análise jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, e expõe uma teoria estrutural dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 42-43). Os principais conceitos desse modelo, necessários para uma compreensão sintetizada da teoria alexyana, são: a-) a distinção entre regras e princípios; b-) o sopesamento ou método da proporcionalidade, e c-) a natureza principiológica dos direitos fundamentais.

Dizer que a diferença entre regras e princípios é uma diferença de estrutura significa dizer que ela não é meramente uma diferença de generalidade ou abstração da norma, e tampouco uma diferença de importância. Nesta metodologia, enquanto regras estabelecem direitos definitivos, "tudo-ou-nada", conforme já definia Dworkin (2010, p. 39), princípios estabelecem direitos denominados *prima facie*, ou seja, válidos amplamente, mas "cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes" (SILVA, 2002, p. 25). Dessa forma, nos casos concretos, os princípios atuarão como *mandamentos de otimização* (ALEXY, 2008) que tendem a procurar sua máxima efetividade, quase inevitavelmente colidindo entre si. Valendo a redundância e o coloquialismo, princípios são válidos "em princípio", com aplicação menor ou maior proporcionalmente a outro princípio, no âmbito de fatos específico. Embora eles possam ter, nos casos concretos, uma grande variação de efetividade, eles não são hierarquizáveis em abstrato. Possuem, assim, uma dimensão de peso, também nos termos de Dworkin (2010, p. 42).

O método para a aplicação das regras é a familiar subsunção, em que as antinomias são resolvidas por meio dos critérios de interpretação corretiva, ao passo que o método para julgar a colisão entre princípios se chama sopesamento, regra da proporcionalidade, método da proporcionalidade, ou meramente proporcionalidade<sup>4</sup>. Existem problemas terminológicos com o termo "razoabilidade", razão pela qual escolhemos não utilizá-lo (SILVA, 2002, p. 24-26). Enquanto o primeiro método é antigo conhecido dos juristas, remetendo à hermenêutica clássica de antinomias jurídicas, o segundo é o principal fruto da doutrina alexyana.

O conflito normativo entre princípios e regras é problema de maior complexidade, com algumas interpretações diferentes. Enquanto alguns, como Humberto Ávila e Luís Prieto Sanchis, defendem o sopesamento entre um dos princípios e aquele inspirador da regra em colisão, ou a razões de uma determinada decisão, outros discordam, como Ana Paula de Barcellos (FERREIRA, 2010, p. 125 e nota 5). Virgílio Afonso da Silva fala sobre uma argumentação jurídica geral que utiliza o sopesamento como um dos critérios de solução nesse tipo de conflito (SILVA, 2009, p. 54). Embora interessante, o detalhamento desse problema foge ao escopo deste artigo.

O exame de proporcionalidade da decisão se dá em três passos ou sub-regras: a adequação,

a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Necessariamente aplicadas nessa ordem e subsidiariamente entre si, sua análise deve cessar quando o julgador percebe que a decisão não sobrevive a um desses critérios, deixando de prosseguir ao próximo passo.

A adequação é a aptitude de uma medida para fomentar (SILVA, 2002, p. 36) o resultado pretendido. O exame de adequação mede, tão somente, se o ato estatal em apreço realmente contribui para o objetivo pretendido. Ressalta-se, aqui, que uma medida evidentemente desarrazoada ou excessiva ainda pode contribuir para os fins desejados – mas certamente não irá sobreviver aos próximos passos.

Necessidade significa que a medida é a que menos restringe o direito fundamental relevante ao caso concreto, ou seja, que não existem atos alternativos que possam realizar o mesmo fomento do objetivo, limitando o direito em menor escala. Caso exista, a medida será desnecessária. Este exame exige um olhar externo, comparativo (SILVA, 2002, p. 38), em contraste com o de adequação, em que apenas se observa a eficácia pura do ato.

O terceiro passo é o exame de proporcionalidade em sentido estrito. Como o momento de sopesamento por excelência, em que o julgador analisará o grau de intensidade de restrição entre cada um deles para verificar se o ato estatal é ou não proporcional, este exame é o maior alvo das críticas à objetividade do método.

Um exemplo ilustrativo tão absurdista quanto didático é dado por Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 40-41) para facilitar a compreensão:

“Se, para combater a disseminação da Aids, o Estado decidisse que todos os cidadãos devessem fazer exame para detectar uma possível infecção pelo HIV e, além disso, prescrevesse que todos os infectados fossem encarcerados, estaríamos diante da seguinte situação: a medida seria, sem dúvida, adequada e necessária - nos termos previstos pela regra da proporcionalidade -, já que promove a realização do fim almejado e, embora seja fácil imaginar medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e a dignidade dos cidadãos, nenhuma dessas alternativas teria a mesma eficácia da medida citada. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja considerado proporcional, visto que, após ponderação racional, não há como não decidir pela liberdade e dignidade humana (art. 5º e 1º, III [da Constituição Federativa do Brasil]), ainda que isso possa, em tese, implicar um nível menor de proteção à saúde pública (art. 6º [da Constituição Federativa do Brasil]).”

Explicitada, ainda que em apertada síntese, a regra da proporcionalidade, só resta a afirmação final de relevância e escolha do modelo alexyano como marco teórico adotado por esta pesquisa.

#### **4 CRÍTICAS E POSIÇÃO ADOTADA**

Com a disseminação e proeminência alcançadas pela teoria de direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy, inclusive no âmbito nacional (SILVA, 2002, p. 23 e nota 1), numerosas críticas à sua construção doutrinária também surgiram. Adequando-se ao escopo acadêmico desta pesquisa, pretende-se focar, primeiro e principalmente, nos recentes artigos publicados pelo professor Josué Mastrodi Neto (2014a), em coautoria, quanto a um deles, com Daniel Fideles Steinberg (2014b), que atacam precisamente o cerne da proposição alexyana: a racionalidade de seu método.

Segundo os autores, a aplicação da máxima da proporcionalidade denuncia sua irracionalidade intrínseca, na medida em que o julgador, utilizando-se da ampla base argumentativa tautológica (MASTRODI; STEINBERG, 2014b, p. 69) desenvolvida por Alexy, oculta (MASTRODI, 2014a, p. 588) suas reais motivações e valores de referência. O arcabouço teórico, com pretensões de racionalidade, terminaria por se perder em um etapismo totalizante (MASTRODI; STEINBERG, 2014b, passim) que simultaneamente desprezaria circunstâncias históricas, políticas e sociais (MASTRODI; STEINBERG, 2014b, p. 72), e facilitaria o exercício de arbitrariedades pelo julgador na decisão. Neste particular, os artigos ressaltam o potencial de subjetividade encontrado especialmente na terceira etapa do sopesamento, a proporcionalidade em sentido estrito.

De fato, pouca dúvida pode existir acerca da existência de dificuldades e imprecisões resultantes da aplicação do método do sopesamento à realidade brasileira, mais destacadamente pelo Supremo Tribunal Federal, o que já foi objeto de censuras (MARMELSTEIN, 2008, 2012;

PEDRON, 2008; SILVA, 2002; STRECK, 2012) a numerosos exemplos jurisprudenciais. A posição adotada neste trabalho exige ao menos uma tentativa de refutação às construtivas críticas levantadas pelos autores.

Inicialmente, contesta-se a proposição de que a crítica tenha caráter material, ou seja, ataque a substância da teoria alexyana. Apesar de Mastrodi afirmar, preliminarmente, “Não me estenderei sobre o tema da má aplicação da teoria, que não é objeto deste trabalho, (...)” (MASTRODI, 2014a, p. 585), os pontos levantados versam majoritariamente sobre essa possibilidade, ou seja, sobre uma aplicação viciada do método da proporcionalidade por um julgador que parte de um preconceito moral. Exemplos no texto incluem: “O intérprete tem total liberdade para escolher o critério pelo qual fará a comparação entre os direitos em colisão e a ponderação pela qual decidirá por um direito ou pelo outro (...)” (MASTRODI, 2014a, p. 578), e “Ao se permitir ao julgador que estabeleça o critério de ponderação, ele tende a escolher um valor ou interesse que lhe seja relevante dentro do seu ponto de vista, o que é altamente discricionário, para dizer o mínimo”. (MASTRODI, 2014a, p. 589).

Ora, nesses termos, considerando um aplicador do Direito dedicado a contornar o método para fazer valer sua vontade, poucas ou nenhuma teoria jurídica sobreviveria à crítica, mas não por demérito da teoria. Mister realizar a diferenciação entre o ímpeto de uma aplicação abusiva, e a inescapável dose de subjetividade inerente a qualquer pretensão de organização social pela criação humana do Direito. É evidente que a máxima da proporcionalidade foi, é, e será mal aplicada no mundo real em muitas instâncias – as críticas suscitadas, contudo, confundem os aspectos teórico-substanciais do método com os problemas de sua aplicação, ao analisá-la considerando o viés de um julgador médio com “razões ocultas” (MASTRODI, 2014a, p. 588). Portanto, verifica-se que uma apreciação da racionalidade da teoria em si exigiria uma análise de seu mérito argumentativo em condições ideais, ou seja, caso fosse aplicada por um julgador imparcial.

Sobre essa última afirmação, é evidente que o Direito não é, e nem deve ser, medido em coordenadas exatas, precisas, insensível às turbulências da concretização. Simultaneamente, não se pode reduzir uma teoria à impraticabilidade em razão de piores-casos de contaminação pelo aplicador. Os contra-argumentos até aqui suscitados se limitaram a defender que as críticas não atingiram a lógica da proporcionalidade em si.

Os autores prosseguem e vão além: a teoria dos direitos fundamentais alexyana, e por consequência o método da proporcionalidade, facilitaria a realização de decisões arbitrárias, por sua própria natureza. Aqui se buscará sustentar precisamente o oposto dessa proposição, ou seja, que a máxima da proporcionalidade exerce um controle racional de fundamentos fortes que dificulta a arbitrariedade do julgador. Ou, ao menos: que os argumentos que a identificam como uma hermenêutica nebulosa e contraproducente não prosperam.

Neste ponto deve se esclarecer o que Alexy quis dizer com racionalidade. O autor, desde o início consciente dos possíveis argumentos, observa (ALEXY, 2008, p.163-164):

“Contra a idéia de sopesamento é muitas vezes levantada a objeção de que ela não é um modelo aberto a um controle racional. Valores e princípios não disciplinam sua própria aplicação, e o sopesamento, portanto, ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa. Onde começa o sopesamento terminaria o controle por meio de normas e métodos. Ele abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juizes. Essas objeções são procedentes se com elas se quiser dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Mas elas não são procedentes quando daí se conclui que o sopesamento é um procedimento não-racional ou irracional.”

Alexy em seguida discorre acerca da diferença entre um modelo simplesmente decisionista e um modelo fundamentado, como o sopesamento. Além de argumentos jurídicos gerais, assunto que o autor desenvolve em outra obra (ALEXY, 2011), o sopesamento possui certas propriedades, como a fórmula de otimização principiológica (ALEXY, 2008, p. 167), que constrói um *método* e *critérios* racionais que possibilitam um caminho lógico a ser seguido. É verdade que essa construção pode parecer à primeira vista sem conteúdo ou uma fórmula vazia, o que poderia abrir espaço para o julgador malicioso já mencionado fazer valer sua vontade – mas vitalmente, essa abertura está submetida a um controle racional (ALEXY, 2008, p. 173-174). O arbítrio do julgador está limitado na medida em que os pressupostos teóricos da proporcionalidade são respeitados. Ele não possui uma liberdade decisionista sobre os critérios de sopesamento, que estão delineados pelo método. Possui, sim, a inerente subjetividade humana que interferirá, por exemplo, na definição dos pesos relativos

dos princípios em jogo - mas essa abertura, contextualizada pelos aspectos históricos, sociais e políticos, que de fato influenciam o julgamento, é delimitada pela proporcionalidade.

A defesa de Kai Möller pelo sopesamento, conforme mencionada por Mastrodi (2014a, p. 584-585), pode de fato ser considerada demasiadamente zelosa quando afirma a perfeição do método. A teoria de Alexy não se trata de uma pretensão a um purismo racionalista que pouco diferiria, em seu argumento de validade, do normativismo de Hans Kelsen, na medida em que vincularia a decisão correta (ou justa) à aplicação sem falhas do método racional. É, sim, uma teoria que apresenta um modelo e um vetor de racionalização para a aplicação dos princípios. Que os princípios sejam normas mais fluidas, de conteúdo menos objetivo que regras, e de mais difícil determinação e controle racional não significa que sejam totalmente incompatíveis com a racionalização. De fato, essa dificuldade dá credência à necessidade da ampla base argumentativa e lógica que Alexy compôs para primeiro identificar sua natureza, e depois proceder a uma possibilidade de sua aplicação racional. Não se trata, portanto, de um arcabouço teórico obscuro, desnecessário ou tautológico.

Em artigo, Alexy (2003) respondeu a críticas de substância similar às discutidas aqui, suscitadas por Jürgen Habermas. Ante a contestação de Habermas acerca da inexistência de critérios racionais para a realização do sopesamento e em especial a proporcionalidade em sentido estrito, resultando em julgamentos arbitrários ou sem reflexão, diz o seguinte: "Habermas's first objection would be justified if it were not possible to make rational judgements about, first, intensity of interference, second, degrees of importance, and, third, their relationship to each other" (ALEXY, 2003, p. 136).

O autor então busca comprovar sua posição com dois exemplos, já familiares aos exploradores de sua doutrina, que abordaremos brevemente. No primeiro, o Tribunal Constitucional Federal alemão determinou que o peso relativo a colocar avisos sobre os perigos e prejuízos do fumo em caixas de cigarro é uma interferência relativamente baixa à liberdade profissional. Em contraste, banir produtos contendo tabaco seria uma interferência séria. Ademais, os riscos à saúde resultantes do fumo são altos, o que garante um peso maior às razões de interferência.

No segundo exemplo, clássico caso da jurisprudência desse Tribunal, uma revista satírica exerce seu direito de liberdade de expressão contra os direitos de personalidade de um militar aposentado e paraplégico ao chamá-lo de "assassino nato" e "aleijado". Quanto à primeira expressão, considerando que a sátira fazia trocadilhos com diversos nomes próprios, inclusive o do militar, a interferência foi considerada moderada, ou até baixa, o que não justificaria uma intervenção séria, como o pagamento de indenização. Na expressão "aleijado", segundo a interpretação da Corte, a humilhação e desrespeito foram de grande seriedade, a ponto de justificar a compensação financeira pleiteada pelo militar de acordo com seus direitos de personalidade.

Esses balanceamentos são proporcionais, e também são racionais. O fato de que o Tribunal estabeleceu os pesos relativos e os graus de afetação dos princípios no caso concreto não pode significar que os julgadores tenham definido esses critérios arbitrariamente – pelo contrário, devem fundamentá-los, cabendo-lhes, inclusive, o ônus argumentativo (ALEXY, 2008, p. 551-573).

Isso não significa dizer, tampouco, que os julgadores estão alheios ao contexto histórico, social e político em que se encontram. Alexy expôs sua visão inserida no âmbito nacional alemão, conforme as interpretações de julgados do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, e nunca negou que ordens constitucionais distintas pudessem, seguindo o método desenvolvido, sopesar diferentemente, e, por isso, alcançar diferentes decisões. Essa é uma possibilidade que não compromete a racionalidade do método em si. Os argumentos utilizados pela Corte serão necessariamente valorados de alguma forma, o que pressupõe uma influência do contexto supramencionado, sendo que ao mesmo tempo em que não reduz a decisão a esse contexto, tampouco o ignora. Em suma: o preenchimento interpretativo dos graus de afetação dos princípios pelos julgadores e a racionalidade do sistema não são mutuamente exclusivos.

Concluindo, a posição adotada nesta pesquisa se baseia nos seguintes pontos: I-) discordância das críticas que atacam a metodologia de Alexy, como teoria, no sentido de negar-lhe a racionalidade; II-) reconhecimento quanto a necessidade de refinamento e adaptação da teoria alexyana, que não constitui um modelo perfeito de aplicação racional, o que só pode ser alcançado pelo debate acadêmico crítico; III-) o ponto de vista adotado neste trabalho será majoritariamente baseado na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, assim como a produção científica de seus representantes, intérpretes e sucessores nas doutrinas nacionais e de outros países.



## 5 DISPONIBILIDADE (AUTOLIMITAÇÃO) DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o contexto da pesquisa situado, e seu marco teórico exposto e defendido, passaremos a abordar a problemática sobre a possibilidade de disponibilidade de direitos fundamentais, na relação indivíduo-Estado, a partir do entendimento primário da doutrina e jurisprudência, até a superação deste.

### 5.1 Superação do paradigma de indisponibilidade

O paradigma de indisponibilidade dos direitos fundamentais na doutrina e na jurisprudência é tão prevalente quanto vago. Alguns reconhecem a polêmica antes de abordar o tema (NETO, 2015, p. 39). Porém, em sua larga maioria, os juristas identificam direitos fundamentais, laconicamente (MARTEL, 2010a), como indisponíveis por sua própria natureza, em exemplos tanto na doutrina constitucional (SILVA, J., 2005, p. 181) como na de direitos humanos (MALHEIRO, 2015, p. 38-39), ou como disponíveis ou indisponíveis, de acordo com os casos concretos (MARTEL, 2010a, *passim*), na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Há uma carência conceitual generalizada. A mera invocação dessas figuras sem elaboração de suas bases argumentativas faz diminuir a uma mera aplicação superficial, e exige um aprofundamento, que será aqui realizado visando consonância com os vetores da Teoria de Princípios alexyana.

Primeiramente, buscar-se-á identificar, ainda que em linhas gerais, o conceito de indisponibilidade de direitos fundamentais como entendido classicamente pelos constitucionalistas, e aplicado, embora eventualmente de forma mitigada ou “temperada” (MARTEL, 2010a, p. 351), na jurisprudência. Após, será exposta a necessidade de uma interpretação atualizada.

Letícia de Campos Martel, em sua análise sobre o tema (2010a), aponta tendências interpretativas gerais que pintam um quadro de formas indistintas, mas com alguns padrões repetidos. Legislativamente, os dispositivos que utilizam de termos análogos à indisponibilidade são limitados: encontram-se no Código Civil brasileiro, quando fala de direitos de personalidade “intransmissíveis e irrenunciáveis” (Artigo 11, do Código Civil Brasileiro), e a um dispositivo constitucional referente à atuação do Ministério Público quanto a “interesses individuais e sociais indisponíveis” (Artigo 127, da Constituição da República Federativa do Brasil), instâncias nada explícitas sobre esse suposto caráter intrínseco dos direitos fundamentais. A jurisprudência também não é clara, mas identifica alguns elementos vitais para a conceituação, em especial a possibilidade tópica de renúncia a um direito fundamental, que é reconhecida, por exemplo, em relação a alguns direitos previdenciários (MARTEL, 2010a, p. 343). Mesmo essa conceituação não é pacífica, existindo discussão sobre onde recai a disposição - direito, bem jurídico tutelado, ou relação jurídica -, e se essa característica é normativa ou intrínseca (MARTEL, 2010a, p. 351-352).

Desse ambiente, é possível extrair que o paradigma da indisponibilidade dos direitos fundamentais pode ser visualizado principalmente nos seguintes aspectos: I-) Na jurisprudência, a ideia de uma “indisponibilidade *prima facie*”, ou indisponibilidade como regra geral a ser excepcionada; II-) Na doutrina majoritária, a indisponibilidade - também dita inalienabilidade, irrenunciabilidade e intransmissibilidade - como característica intrínseca de direitos fundamentais, sem considerações mais elaboradas; III-) A conceituação nebulosa ou inexistente de disponibilidade nesses campos, entendida geralmente como vinculada à manifestação do titular para abdicar, transicionar, ou renunciar, em algum grau, de seu direito, e o papel do interesse público em obstar essas ações.

Essa lacuna conceitual tem consequências graves para a efetividade dos direitos fundamentais. São numerosos e evidentes os problemas de argumentação jurídica – se não se sabe o conteúdo do caráter de indisponibilidade, ou se há reprodução acrítica de sua inflexibilidade, conforme ditam os manuais, ele será de pouca valia, e mais, contraproducente para o atingimento de decisões proporcionais. Isto porque há uma colisão principiológica inerente a essa discussão, que é a vontade de um indivíduo, exercedor de um direito geral de liberdade (MARTEL, 2009, p. 55-57), que se contrapõe a uma restrição de base constitucional a seu comportamento (que pode assumir a forma dos mais diversos princípios). Como mandamentos de otimização que exigem a maior concretização possível dos dois pólos, rapidamente se percebe a inviabilidade de uma argumentação por “cláusulas de exceção” gerais, em nome de um suposto e retórico caráter de indisponibilidade *prima facie* dos direitos fundamentais.

Por essas razões, o entendimento deve ser revisto e o paradigma teórico da indisponibilidade superado em um contexto neoconstitucionalista.

## 5.2 Autolimitação de direitos fundamentais

A partir daqui, utilizaremos também o sinônimo do termo “disposição”, mais preciso e adequado, batizado por Martel (2009, p. 66), que é *autolimitação*.

Oferecemos, neste ponto, um conceito prolixo, que visa exaurir e precisar os elementos que perfazem a autolimitação de direitos fundamentais: *dispor de um direito fundamental significa renunciar, alienar, transmitir, ceder, abdicar, enfraquecer, ou de outra forma limitar, total ou parcialmente, uma posição jurídica intersubjetiva de direito fundamental não restrito, por meio do consentimento*.

Para a compreensão plena, cada um de seus elementos deve ser analisado. Já elaboramos sobre a ótica jusfilosófica que adotaremos para essa análise, ou seja, o contexto histórico e hermenêutico que levou à escolha do marco teórico pós-positivista e neoconstitucionalista alexyano. Assim, temos nossa definição de *direito fundamental*, e podemos inferir, com o desenvolvimento do tema, os significados jurídicos dos verbos ligados à ideia de limitação. Os advérbios de intensidade dessa limitação – *total ou parcialmente* – exigem noções sobre a teoria de núcleo essencial dos direitos fundamentais, e a *posição jurídica intersubjetiva* similarmente clama por um resgate a conceitos alexyanos sobre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, esta em relação a terceiros (portanto *intersubjetiva*). Quando se diz *não restrito*, é mister delimitar a restrição constitucional em contraposição à violação. Por fim, e certamente não menos importante, o *consentimento* é o conceito nuclear e absolutamente vital do tema, intimamente ligado ao exercício, para teóricos que o reconhecem, de um direito geral de liberdade.

Após, as diferenciações entre autolimitação e destruição do bem jurídico tutelado, ou *autodestruição*, e o mero *não-exercício* de direito fundamental, serão também valiosas.

Não são ignoradas as ricas discussões do tema sob uma ótica mais focada na teoria de Dworkin (MARTEL, 2007; NOVAIS, in: MIRANDA, 1996; NOVAIS, 2006; NOVAIS, 2010), que não serão exploradas detidamente, considerando o marco teórico aqui adotado.

Visando uma análise do âmbito tributarista, mas estendendo sua pesquisa de modo a torná-la especialmente valiosa também para o ponto de vista metodológico, estão os trabalhos de Pedro Augustin Adamy (2008; 2011), e comentários sobre eles (DE SOUZA, 2013), utilizados como referência.

### 5.2.1 Dimensão subjetiva versus dimensão objetiva

Quando um indivíduo dispõe de um direito fundamental sob a perspectiva que adotamos, ele está em realidade enfraquecendo uma posição jurídica de direito fundamental em uma relação intersubjetiva (MARTEL, 2010a, p. 355). Isso significa dizer que essa renúncia tem uma abrangência bastante específica: a dimensão subjetiva de um direito fundamental, ou seja, a relação triádica estabelecida estruturalmente como englobando dois sujeitos, entendidos como os dois pólos em interação, e um objeto, entendido como uma ação ou alternativa de ação (ALEXY, 2008, p. 193-253; MARTEL, 2009, p. 45-48). Elaboraões teóricas à parte, é fácil perceber que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é necessariamente vinculada aos casos concretos, que devem ser, conforme já visto, sempre interpretados e decididos em consonância com os princípios constitucionais em vigor, por meio do sopesamento. Por isso, um enfraquecimento de uma posição jurídica nesse âmbito, em que um dos sujeitos diminui, por manifestação de vontade, o exercício de um direito fundamental, será pontual – restrito a uma situação.

A disponibilidade de direito fundamental não opera no âmbito da dimensão objetiva – esta entendida como a amálgama dos sistemas e mecanismos estatais de efetivação desses direitos (MARTEL, 2010a, p. 354), verdadeira manifestação de sua irradiação constitucional (SARLET, p. 147-148). O indivíduo, ademais, não abdica de seu direito fundamental em abstrato ou em absoluto, e tampouco se mantém à sombra de sua proteção constitucional; só autolimita sua parcela da posição jurídica relacional, a que tem titularidade. Conforme bem explicitado por Virgílio Afonso da Silva, o conceito de disposição não diz respeito a uma renúncia “definitiva e irreversível” (SILVA, 2005, p. 63-65).

### 5.2.2 Consentimento

A posição jurídica intersubjetiva de direito fundamental só poderá ser transformada por meio do consentimento do titular, ou seja, a disposição é realizada por meio de um comportamento autônomo (MARTEL, 2010a, p. 355) do sujeito.

Aqui existe alguma divergência – alguns autores, como Diana Meyers, visualizam uma disposição quando um comportamento *indireto* do indivíduo leva à autorrestrrição do direito. Por exemplo, quando há a escolha de praticar um delito (consentimento), com o subsequente apenamento (disposição de direito à liberdade). Leticia Martel e Terrance McConnell, diferentemente, apontam que o cometimento de um crime justifica a ação estatal de restrição, mas não pode ser considerado uma autorrestrrição de direitos. Com a impraticabilidade e improbabilidade de considerar que alguém pratique um delito visando a sanção, prefere-se este entendimento (MARTEL, 2010a, p. 358-360).

Sobre a caracterização do consentimento muito pode ser aprofundado, tanto na discussão sobre os requisitos para que seja reconhecido subjetivamente (MILANI, 2014), como sobre os traços diversos de áreas como o Direito Civil e Penal em seus efeitos e caracterização (DE SOUZA, 2013, p. 5854-5855; ADAMY, 2008, p. 188, V). O melhor detalhamento sobre o elemento, já por obviedade, é de Leticia de Campos Velho Martel (2010b, p. 212-267).

### 5.3 Figuras relacionadas

Os conceitos detalhados a seguir estão ligados à construção teórica da disponibilidade *prima facie* de direitos fundamentais, e se diferenciam de seus elementos centrais.

#### 5.3.1 Direito geral de liberdade

Alexy reconhece a existência de um direito geral de liberdade no ordenamento jurídico alemão, descreve seu conteúdo, e o defende de numerosas críticas (ALEXY, 2008, p. 341-384). Distingue-se neste ponto de seguidores de Ronald Dworkin, que de forma geral não o reconhecem (SARMENTO apud MARTEL, 2009, p. 57, nota 33).

O direito geral de liberdade nos termos alexyanos seria um direito de liberdade negativa, ou seja, a proibição *prima facie*, dirigida ao Estado, para que não limite ações, interfira em situações, ou elimine posições jurídicas de indivíduos. Em outros termos, um direito fundamental protetor da prerrogativa de uma pessoa agir e determinar-se livremente, abarcando tanto suas condutas como suas possibilidades de ação - é um princípio que otimiza a ação humana desimpedida. Contém um suporte fático extremamente amplo: em sua forma mais básica, rege sobre qualquer “fazer” ou “poder fazer”. De sua estrutura como princípio, sabemos que tende a concretizar-se ao máximo – e inserido em uma ordem jurídica, e sopesado em colisões, o direito geral de liberdade exige, por parte do Estado, que o relativizará, a superação de um *ônus argumentativo* que justifique a restrição, regulação ou limitação de sua manifestação específica. A proibição de condutas deve seguir, portanto, uma fundamentação constitucional (SILVA, 2006; 2009, p. 65-123).

Como conclui Virgílio Afonso da Silva após apresentar a teoria de suporte fático ampla, isso também significa que esses direitos são “sempre restringíveis” - como valem *prima facie* da maneira exposta, isso significa que existe uma necessidade de restrição pelos mecanismos estatais, que deve ser realizada por meio da proporcionalidade (SILVA, 2009, p. 252-253).

Segundo Leticia Martel, a conclusão é pela ligação entre o direito geral de liberdade e a disponibilidade *prima facie* de direitos fundamentais (MARTEL, 2009, p. 55-58). A disposição jurídica individual desses direitos está claramente abarcada pela liberdade negativa, considerando que o Estado, como visto, deverá justificar, ou seja, provar proporcional, e arcar com o *ônus argumentativo* de uma proibição de ação geral, o que inclui a autolimitação. Dessa forma, conclui-se, o direito geral de liberdade estará onipresente no pólo de sopesamento relativo ao titular renunciante de posição jurídica intersubjetiva, acompanhado, ou não, de outros princípios constitucionais afetados.

Em outro entendimento, Pedro Adamy destaca que a renúncia pode ser considerada um exercício tanto do direito geral de liberdade, como do próprio direito fundamental enfraquecido (ADAMY, 2008, p. 188, III).

### 5.3.2 Restrição, violação, e conteúdo essencial

Uma *restrição* nada mais é do que uma limitação estatal proporcional a um direito fundamental. Trata-se do resultado de uma colisão de princípios submetida a um exame de proporcionalidade válido, como já vimos. Adotada uma teoria externa de suporte fático amplo (SILVA, 2009, p. 65-123 e 126-181), essa restrição pode ser materializada em uma regra legislativa (sopesamento prévio), ou uma regra em forma de decisão judicial (sopesamento casuístico), que é o nosso principal foco (SILVA, 2009, p. 141-143). De qualquer forma, o sopesamento deve ser realizado pelo Estado, em razão da necessidade de suprimento de seu ônus argumentativo. Em contraste, a *violação* é precisamente a limitação estatal que não sobrevive ao exame de proporcionalidade, ou seja, sobrepuja o feixe de direitos fundamentais do pólo individual. Nas palavras de Martel, é uma norma formal e materialmente inconstitucional (MARTEL, 2009, p. 62).

Quanto ao complexo tema de *conteúdo essencial* dos direitos fundamentais, nosso ponto de vista exige uma interpretação pela sua relatividade (SILVA, 2009). Considerando que a análise de proporcionalidade aqui debatida não tem, a priori, o condão de modificar um direito fundamental em sua amplitude coletiva, ou seja, não o restringe para a sociedade, e sim em casos concretos individuais, o núcleo é vislumbrado como flexível, mutável. Isto porque o conteúdo essencial irá variar, e poderá inclusive ser reduzido, em algumas situações, a zero (liquidação do direito de propriedade com a desapropriação de um bem, e restrição total da liberdade de ir e vir com a pena de prisão, são alguns exemplos de Virgílio Afonso da Silva). O que determinará a extensão dessa relatividade será, exatamente, o método da proporcionalidade.

### 5.3.3 Autodestruição e não-exercício

A disponibilidade concebe uma relação entre dois sujeitos, e o enfraquecimento da posição jurídica de direito fundamental de um deles. Esses dois aspectos excluem do conceito o fenômeno da *autodestruição*, ou destruição de bem jurídico próprio, que é uma ação realizada pelo detentor do direito fundamental sem interação com terceiro – o suicídio<sup>5</sup>, a autolesão por diversos meios (como o consumo de entorpecentes, argumento, inclusive, muito ventilado nas discussões atuais sobre a legalização de drogas), e o descarte de um objeto pertencente são exemplos de autodestruição relativa a direitos fundamentais à vida, integridade física e saúde, e propriedade. A *autocolocação em risco*, similarmente, carece dos elementos que configuram disponibilidade nesses termos. Embora também possam perfeitamente ser interpretados como exercícios de um direito geral de liberdade, e até regulados pelo Estado (a proibição de adentrar área perigosa, como um penhasco com imediações precárias, ou um prédio abandonado com risco de desabamento) ou serem alvos de políticas públicas de desencorajamento (linhas públicas de ajuda a depressivos suicidas, campanhas de conscientização dos danos físicos e psicológicos das drogas), não estão submetidos ao exame de proporcionalidade particular encontrado na autolimitação.

O *não-exercício* é, também, distinto da figura aqui analisada: um direito fundamental garantidor de uma permissão significa uma automática possibilidade de não-exercício, por escolha do indivíduo. Ainda que essa escolha resulte em consequências a relações intersubjetivas, difere, material e faticamente, da disponibilidade de direitos fundamentais. Caso assim não fosse, como leciona Martel, a interpretação demasiadamente expansiva de autolimitação traria numerosos problemas práticos desnecessários (MARTEL, 2010, p. 359), relativos a um conceito já difícil, por sua própria natureza e abrangência, de ser propriamente identificado, pensado e sopesado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a caminhada da pesquisa, é possível traçar algumas conclusões sobre o tema.

I-) Os desenvolvimentos históricos comuns e paralelos, fundamento mútuo na dignidade da pessoa humana, e naturezas principiológicas dos direitos humanos e dos direitos fundamentais permitem o diálogo entre si, e com a teoria alexyana. Similarmente, se beneficiam de uma análise desconstrutiva sobre a indisponibilidade *prima facie* de direitos.

II-) A escolha de uma ótica baseada na teoria de princípios de Robert Alexy, como inserida em um contexto neoconstitucionalista e pós-positivista para a análise do tema, exigiu uma defesa de

sua racionalidade, e revelou-se adequada e útil para o objetivo da pesquisa.

III-) Uma premissa mais condizente com os pressupostos teóricos adotados, revelando-se mais compatível com a efetivação proporcional de direitos fundamentais, graças a uma maior solidez conceitual e metodológica-racional, é a de disponibilidade *prima facie* de direitos fundamentais.

IV-) Um conceito proposto de disponibilidade de direitos fundamentais, chamada *autolimitação*, é “*dispor, alienar, transmitir, ceder, abdicar, enfraquecer, ou de outra forma limitar, total ou parcialmente, uma posição jurídica intersubjetiva de direito fundamental não restrito, por meio do consentimento*”. Cada um de seus elementos, assim como as figuras relacionadas relevantes, devem ser conhecidos e analisados para sua aplicação jurídica e discussão acadêmica. A adoção de um conceito mais definido para essa figura é de valia, para dar sentido, proteção e critérios racionais a essa faceta dos direitos fundamentais.

Outras considerações podem ser extraídas, de cunho mais metajurídico e observacional.

Vimos que a autolimitação deve ser objeto de um *sopesamento particular*, com a onipresença, no pólo do indivíduo que dispõe de direito fundamental, de um princípio de liberdade geral. É nesse ponto em que mais percebemos a impossibilidade de descartar facilmente a decisão da pessoa que autolimita – do contrário, se esse princípio não fosse reconhecido, a balança sempre penderia para o direito fundamental que se busca renunciar.

Destacamos a importância da discussão e da conceituação de disponibilidade. Ela pode levar a uma nova interpretação sobre casos clássicos – o enfraquecimento de posições jurídicas de direitos fundamentais no caso Wackenheim vs. França (“arremesso de anão”)<sup>6</sup>, por exemplo, não foi analisado sob a ótica desse paradigma. Ela também abre caminho para o enriquecimento de argumentação sobre casos cotidianos para além de discussões binárias sobre os dois pólos de princípios. O debate em si é garantidor de direitos fundamentais, porque submete a decisão estatal a um controle racional de argumentação constitucional para que repute um direito indisponível.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMY, Pedro Guilherme Augustin. A renúncia a direito fundamental no direito tributário brasileiro. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

ADAMY, Pedro Guilherme Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert (1986). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, junho 2003. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DE SOUZA, Antonio André Muniz Mascarenhas. Renúncia a direitos fundamentais no regime de parcelamento fiscal. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, n. 6, ano 2, 2013, p. 5851-5889. Disponível em: <[http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/06/2013\\_06\\_05851\\_05889.pdf](http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/06/2013_06_05851_05889.pdf)>. Acesso em: 28 maio 2016.

DWORKIN, Ronald (1977). *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERREIRA, Natália Braga. Notas sobre a teoria de princípios de Robert Alexy. *Revista Eletrônica do Curso de Direito*. PUC Minas Serro, n. 2, 2010, p. 117-142.

MALHEIRO, Emerson. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARMELSTEIN, George. *Alexy à brasileira ou A Teoria da Katchanga*. 2008. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga>>. Acesso em: 28 maio 2016.

MARMELSTEIN, George. *A Gênese da Katchanga: uma resposta a Lênio Streck*. Fev. 2012. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2012/02/13/a-genese-da-katchanga-uma-resposta-a-lenio-streck>>. Acesso em: 28 maio 2016.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Público), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://works.bepress.com/leticia\\_martel/5](http://works.bepress.com/leticia_martel/5)>. Acesso em: 28 maio 2016.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. São os direitos como trunfos disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Ronald Dworkin. *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/leticia\\_de\\_campos\\_velho\\_martel\\_2.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/leticia_de_campos_velho_martel_2.pdf)>. Acesso em: 28 maio 2016.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. São os direitos fundamentais disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Robert Alexy. *Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro/Criciúma: Lumen Juris/UNESC, 2009, v.2, p. 43-70. Disponível em: <[http://works.bepress.com/leticia\\_martel/4](http://works.bepress.com/leticia_martel/4)>. Acesso em: 28 maio 2016.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. *Espaço Jurídico*, v. 11, n. 2, jul./dez. 2010, p. 334-373.

MASTRODI, Josué. Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais. *Revista Direito GV*, v. 10, n. 2, p. 577-595, jul./dez. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322014000200577&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322014000200577&script=sci_arttext)>. Acesso em: 28 maio 2016.

MASTRODI, Josué; STEINBERG, Daniel Fideles. Sobre o postulado da moda, a proporcionalidade: sua liturgia metodológica e sua irracionalidade. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 6, n. 1, p. 63-74, jan./jun. 2014. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/sobre\\_o\\_postulado\\_da\\_moda.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/sobre_o_postulado_da_moda.pdf)>. Acesso em: 28 maio 2016.

MILANI, Daniela Jorge. Dignidade humana e renúncia a direito fundamental: condições e limites da

autonomia. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, n. 6, ano 3, 2014. Disponível em: <[http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/06/2014\\_06\\_04439\\_04452.pdf](http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/06/2014_06_04439_04452.pdf)>. Acesso em: 28 maio 2016.

NETO, Silvio Beltramelli. *Direitos humanos*. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. *Renúncia a direitos fundamentais*. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PEDRON, Flávio Quinaud. A ponderação de princípios pelo STF: balanço crítico. *Revista CEJ*, ano XII, n. 40, p. 20-30, jan./mar. 2008. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/957/1130>>. Acesso em: 28 maio 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, v.1, n. 4, p. 23-51, out./dez. 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, jun. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n.4, p. 9-27, Curitiba, jan./jun. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

---

1 . No Brasil, concretizado com a Resolução n. 466, do Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466\\_12\\_12\\_2012.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html)>.

2 . O jogo, "Escape 60", é novo no Brasil. Disponível em: <<http://www.escape60.com.br>>.

3 . É o caso da nossa Constituição: artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

4 . Alguns destes termos podem se referir ao método *latu sensu* ou ao seu terceiro passo, *proportionalidade strictu sensu*, na doutrina de Virgílio Afonso da Silva. Aqui, essas expressões serão utilizadas como sinônimas.

5 . Diferentemente de Leticia de Campos Martel, Virgílio Afonso da Silva classifica o suicídio como renúncia a direito fundamental.

6 . A decisão, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, está disponível em: <[www1.umn.edu/humanrts/undocs/854-1999.html](http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/854-1999.html)>.