

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Direitos fundamentais e as  
relações especiais de sujeição**  
Special institutional subjection  
and fundamental rights

Pedro Adamy

# Sumário

<b>I. DOSSIÊ ESPECIAL: POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL .....</b>	<b>19</b>
<b>PENAL ABOLITIONISM AND REFORMISM REVISITED .....</b>	<b>21</b>
Roger Matthews	
<b>A FORMULAÇÃO DA AGENDA POLÍTICO-CRIMINAL COM BASE NO MODELO DE CIÊNCIA CONJUNTA DO DIREITO PENAL .....</b>	<b>37</b>
Mário Lúcio Garcez Calil e José Eduardo Lourenço dos Santos	
<b>TRIAL WITHOUT UNDUE DELAY: A PROMISE UNFULFILLED IN INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS.....</b>	<b>55</b>
Cynthia Cline	
<b>CONSTITUIÇÃO, STF E A POLÍTICA PENITENCIÁRIA NO BRASIL: UMA ABORDAGEM AGNÓSTICA DA EXECUÇÃO DAS PENAS .....</b>	<b>90</b>
Bruno Amaral Machado e Rafael Seixas Santos	
<b>PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA DA PENA: O TERRENO FÉRTIL PARA A IMPLEMENTAÇÃO E DIFUSÃO DA LÓGICA ATUARIAL NO SUBSISTEMA JURÍDICO-PENAL.....</b>	<b>114</b>
Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona	
<b>A RELAÇÃO ENTRE CRIMINOGENESE E PRÁTICAS PENAIIS E O DEBATE SOBRE A TEORIA DA AÇÃO ENTRE SUBJETIVISTAS E OBJETIVISTAS .....</b>	<b>128</b>
André Leonardo Copetti Santos e Douglas Cesar Lucas	
<b>A PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS E A IDEIA NEOLIBERAL DE CRIAÇÃO DE UM ESTADO MÍNIMO ...</b>	<b>163</b>
Gina Marcilio Vidal Pompeu e Carlos Lélío Lauria Ferreira	
<b>LA NECESIDAD DE INVESTIGAR LA PRISIÓN (DESDE AFUERA Y DESDE ADENTRO) PARA TRANSFORMARLA. SOBRE UNAS MODESTAS EXPERIENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.....</b>	<b>179</b>
Gabriel Ignacio Anitua	
<b>AMBIENTE URBANO E SEGURANÇA PÚBLICA: CONTRIBUIÇÕES DAS CIÊNCIAS SOCIAIS PARA O ESTUDO E A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS CRIMINAIS.....</b>	<b>195</b>
Sergio Francisco Carlos Sobrinho, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira e Airton Guilherme Guilherme Berger Filho	
<b>ECOCÍDIO: PROPOSTA DE UMA POLÍTICA CRIMINALIZADORA DE DELITOS AMBIENTAIS INTERNACIONAIS OU TIPO PENAL PROPRIAMENTE DITO? .....</b>	<b>210</b>
Djalma Alvarez Brochado Neto e Tarin Cristino Frota Mont' Alverne	

<b>A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA ALTERNATIVA AO ENCARCERAMENTO EM MASSA .....</b>	<b>228</b>
Selma Pereira de Santana e Carlos Alberto Miranda Santos	
<b>A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DA CULTURA DE PAZ: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO BRASIL .....</b>	<b>244</b>
Charlise Paula Colet Gimenez e Fabiana Marion Spengler	
<b>THE INTERNATIONALIZATION OF CRIMINAL LAW: TRANSNATIONAL CRIMINAL LAW, BASIS FOR A REGIONAL LEGAL THEORY OF CRIMINAL LAW.....</b>	<b>261</b>
Nicolás Santiago Cordini	
<b>CRIMES NA INTERNET E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS.....</b>	<b>277</b>
Guilherme Berti de Campos Guidi e Francisco Rezek	
<b>O PAPEL DA INTELIGÊNCIA FINANCEIRA NA PERSECUÇÃO DOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E ILÍCITOS RELACIONADOS.....</b>	<b>290</b>
Antonio Henrique Graciano Suxberger e Rochelle Pastana Ribeiro Pasiani	
<b>POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA DILACERADA: O EXEMPLO DA LEI 13491/2017 E SUAS CONSEQUÊNCIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS.....</b>	<b>320</b>
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro	
<b>ATENDIMENTO INTEGRAL À VÍTIMA: A SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL .....</b>	<b>337</b>
Waléria Demoner Rossoni e Henrique Geaquinto Herkenhoff	
<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO.....</b>	<b>361</b>
Pedro Adamy	
<b>O NEAH E A ATENÇÃO AO AUTOR DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER EM BELÉM.....</b>	<b>378</b>
Luanna Tomaz Souza, Anna Beatriz Alves Lopes e Andrey Ferreira Silva	
<b>BOTÃO DO PÂNICO E LEI MARIA DA PENHA.....</b>	<b>397</b>
Ludmila Aparecida Tavares e Carmen Hein de Campos	
<b>O QUE PENSAM AS JUÍZAS E OS JUÍZES SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA: UM PRINCÍPIO DE DIÁLOGO COM A MAGISTRATURA DE SETE CAPITAIS BRASILEIRAS.....</b>	<b>422</b>
Marília Montenegro Pessoa de Mello, Fernanda Cruz da Fonseca Rosenblatt e Carolina Salazar l'Armée Queiroga de Medeiros	
<b>UMA SALA COR-DE-ROSA: A POLÍTICA PÚBLICA DE GÊNERO PREVISTA NA LEI 11.340/2006 NA CIDADE DE PIRAQUARA – PARANÁ.....</b>	<b>450</b>
Priscilla Placha Sá e Jonathan Serpa Sá	

<b>A PRÁTICA DA MISTANÁSIA NAS PRISÕES FEMININAS BRASILEIRAS ANTE À OMISSÃO DO DIREITO À SAÚDE E A NEGAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.....</b>	<b>473</b>
Elias Jacob de Menezes Neto e Tiago José de Souza Lima Bezerra	
<b>REPRESENTAÇÕES SOCIAIS NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: PROTEÇÃO NORMATIVA E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O APENADO LGBT .....</b>	<b>495</b>
Mariana Dionísio de Andrade, Marina Andrade Cartaxo e Daniel Camurça Correia	
<b>CALONS: REDEFININDO AS FRONTEIRAS DOS DIREITOS HUMANOS E DO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL .....</b>	<b>515</b>
Phillipe Cupertino Salloum e Silva e Marcos José de Oliveira Lima Filho	
<b>AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL: UMA JANELA PARA A MELHORA DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL.....</b>	<b>531</b>
Carolina Costa Ferreira e Gabriel Antinolfi Divan	
<b>A ATUAÇÃO DO AGENTE PENITENCIÁRIO COMO BUROCRATA DE NÍVEL DE RUA: PARA ALÉM DA DISCRICIONARIEDADE.....</b>	<b>551</b>
Thaís Pereira Martins e Camila Caldeira Nunes Dias	
<b>QUANDO A LUTA ANTIMANICOMIAL MIRA NO MANICÔMIO JUDICIÁRIO E PRODUZ DESENCARCERAMENTO: UMA ANÁLISE DOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS PROVOCADOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA NO CAMPO DA POLÍTICA PÚBLICA PENITENCIÁRIA E DE SAÚDE MENTAL ...</b>	<b>574</b>
Patricia Carlos Magno e Luciana Boiteux	
<b>PENAS ALTERNATIVAS PARA PEQUENOS TRAFICANTES: OS ARGUMENTOS DO TJSP NA ENGRENAGEM DO SUPERENCARCERAMENTO .....</b>	<b>605</b>
Maíra Rocha Machado, Matheus de Barros, Olívia Landi Corrales Guaranha e Julia Adib Passos	
<b>II. OUTROS TEMAS .....</b>	<b>630</b>
<b>AÇÃO POPULAR POR OMISSÃO LESIVA AO MÍNIMO EXISTENCIAL (MORALIDADE) E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: NOVOS HORIZONTES DESVELADOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF NO PARADIGMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>632</b>
Luciano Picoli Gagno e Camilo José d'Ávila Couto	
<b>AS PRÁTICAS DE JURIDICIDADE ALTERNATIVA NA AMÉRICA LATINA: ENTRE O REFORMISMO E O IMPULSO DESESTRUTURADOR A PARTIR DE STANLEY COHEN .....</b>	<b>649</b>
Jackson da Silva Leal	
<b>DISTINÇÃO INCONSISTENTE E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>668</b>
Patrícia Perrone Campos Mello e Paula de Andrade Baqueiro	

<b>DEMOCRATIZAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO PELA DA LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E ECONOMICIDADE .....</b>	<b>690</b>
Rafael Antonio Baldo	
<b>A TRANSPARÊNCIA DA POLÍTICA MONETÁRIA E A SUA LIMITAÇÃO AOS OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>707</b>
Marcelo Quevedo Do Amaral	
<b>GESTÃO DOS ESPAÇOS MARINHOS NO CONTEXTO DAS ENERGIAS MARINHAS RENOVÁVEIS .....</b>	<b>726</b>
Tarin Frota Mont`Alverne e Maira Melo Cavalcante	
<b>A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO ANTE OS RISCOS ADVINDOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS BÉLICAS .....</b>	<b>746</b>
Alice Rocha da Silva e Mario Abrahão Antônio	
<b>A ESCOLHA DO ESTADO BRASILEIRO PELO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O DEVER DE FINANCIAR MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO.....</b>	<b>767</b>
Andre Studart Leitão, Thiago Patrício de Sousa e Alexandre Antonio Bruno da Silva	
<b>POR QUE A ÁREA DO DIREITO NÃO TEM CULTURA DE PESQUISA DE CAMPO NO BRASIL? .....</b>	<b>782</b>
Fayga Silveira Bedê e Robson Sabino de Sousa	

# Direitos fundamentais e as relações especiais de sujeição\*

## Special institutional subjection and fundamental rights

Pedro Adamy\*\*

“Ich sage immer: Wer sich mit der Administration abgiebt, ohne regierender Herr zu sein, der muß entweder ein Philister oder ein Schelm oder ein Narr sein.”

*(“Eu sempre digo: quem se relaciona com a Administração sem ser Senhor e Governante, ou é um filisteu, ou é um patife, ou é um louco.”)* J. W. v. Goethe. Brief an Charlotte v. Stein (1786)

### RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar as relações especiais de sujeição e sua relação com os direitos fundamentais. As relações especiais de sujeição, caracterizadas pela proximidade entre o titular do direito fundamental e o Estado, implicam a diminuição — e em certos casos, anulação — do exercício de determinadas garantias fundamentais. Em especial, verificar sob quais condições e critérios as limitações impostas aos titulares dos direitos fundamentais são constitucionalmente adequadas ou podem representar uma interferência indevida em tais garantias. Como consequência, toma-se o instituto das relações especiais de sujeição, originada no direito administrativo, e opera-se a sua análise do ponto de vista constitucional. Para tanto, utilizou-se a confrontação de casos concretos com as disposições constitucionais, bem como a análise da bibliografia do direito comparado, em especial a alemã. Como resultado, verificou-se que as limitações ao exercício devem respeitar a determinados critérios, sob pena de violarem direitos e garantias fundamentais. Conclui-se que não se trata de revitalizar uma teoria já ultrapassada oriunda do Direito Administrativo, mas, sim, da necessidade de conferir critérios objetivos e seguros para o controle da legitimidade constitucional das restrições existentes e, principalmente, limitar novas restrições pretendidas pelo legislador. A Constituição Brasileira de 1988 possui diversas hipóteses de relação especial de sujeição, razão pela qual a sua análise se mostra, absolutamente, atual e necessária. A contribuição original do artigo se encontra, precisamente, em oferecer critérios objetivos para a análise do instituto e permitir que se verifique a adequação constitucional das situações concretas.

**Palavras-chave:** Relações Especiais de Sujeição. Direitos Fundamentais. Previsões constitucionais. Critérios. Adequação.

\* Recebido em 16/05/2017  
Aprovado em 02/08/2017

\*\* Doutorando em Direito na Ruprechts-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha. Mestre em Direito pela UFRGS. Professor da Escola de Direito da PUC-RS. Email: pedro@pedroadamy.com.br

## ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the special subjection relations and their relationship with fundamental rights. Special subjection relations, characterized by the proximity between the holder of the fundamental right and the State, mean that the exercise of certain fundamental guarantees is reduced – and in some cases annulled. In particular, analyze under which conditions and criteria the limitations imposed on the holders of fundamental rights are constitutionally adequate or may represent an undue interference in such guarantees. As a consequence, the study takes the institute of the special subjection relations, originated in the administrative law, and its analysis is carried out from the constitutional point of view. In order to do so, it was used the confrontation of concrete cases with the constitutional provisions, as well as the analysis of the doctrinal work of comparative law, especially the German one. As a result, it was found that the limitations upon exercise of fundamental rights should respect certain criteria, otherwise they would violate fundamental rights and guarantees. It is concluded that it is not a matter of revitalizing an already outdated theory derived from Administrative Law, but rather the need to provide objective and secure criteria for controlling the constitutional legitimacy of existing restrictions and, in particular, limiting new restrictions intended by the legislator. The Brazilian Constitution of 1988 has several hypotheses of special subjection relations, which is why this analysis is absolutely current and imperious. The original contribution of the article is precisely to provide objective criteria for the analysis of the institute and to allow the control of the constitutional adequacy of concrete situations.

**Keywords:** Special institutional subjection. Fundamental rights. Constitutional provisions. Criteria. Adequacy.

## 1. INTRODUÇÃO

Um policial militar usa determinada rede social para criticar duramente a corporação a qual pertence, afirmando que “a Polícia se assemelha a jagunços, reflexo de uma sociedade hipócrita, imbecil e desonesta”. Após o conhecimento de tais críticas por seus superiores hierárquicos, recebe 15 dias de prisão como punição.<sup>1</sup> Um promotor de justiça publicou, em seu perfil em rede social, “mensagem ofensiva a manifestantes que se reuniram em um dos protestos de junho de 2013, preconizando o emprego da violência estatal contra aqueles e manifestando saudosismo dos tempos de ditadura militar”. Como consequência de tal manifestação, o Conselho Nacional do Ministério Público suspendeu o promotor de suas funções por 15 dias, punição mantida posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>2</sup>

Essas situações se repetem diariamente com centenas, talvez milhares, de pessoas. Em casos normais, tais manifestações seriam encaradas como simples exercício de liberdade de expressão de pensamento, garantido no artigo 5º, inciso IV, da Constituição, ensejando, no máximo, críticas sociais aos emissores por seu conteúdo. Como manifestação de pensamento, essas opiniões dificilmente ensejariam a punição do autor, por mais infamante que seja o seu conteúdo. No entanto, alguns indivíduos, com relações institucionais específicas, recebem punição por expressar livremente sua opinião. Esses indivíduos encontram-se subordinados de maneira diferenciada perante o estado. Encontram-se em uma *relação especial de sujeição*.<sup>3</sup> Pode-se

1 COMANDANTE manda prender PM que usou rede social para criticar polícia. Disponível em: < <https://goo.gl/taCvVO> >. Acesso em: 24 fev. 2017.

2 BRASIL. STF. *Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 33.410*, de 7 abril de 2015. Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma.

3 Prefere-se a utilização da expressão *sujeição* no lugar de *poder*, contrariamente à parcela da doutrina, por entender que o *poder* estatal permanece o mesmo, diferenciando-se, contudo, a *sujeição* do indivíduo que, por alguma razão pessoal ou institucional, fica submetido àquele regime jurídico diferenciado. Reis Novais faz um levantamento das denominações que já recebeu o instituto. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 513-514; ADAMY, Pedro. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 169.

dizer que a sua relação é de *proximidade*, ou que eles estão inseridos numa *relação de sujeição ampliada* perante o ente estatal ou, ainda, que estão submetidos a um estatuto especial.<sup>4</sup> Essa proximidade entre o estado e o indivíduo titular dos direitos fundamentais justificaria a restrição aos seus direitos e garantias fundamentais.<sup>5</sup>

O objetivo do presente artigo é analisar as relações especiais de sujeição e a consequente diminuição — e em certos casos, anulação — do exercício de determinadas garantias fundamentais e sua relação com os direitos fundamentais. Em especial, verificar sob quais condições e critérios as limitações impostas aos titulares dos direitos fundamentais são constitucionalmente adequadas.<sup>6</sup>

Não se está diante de um problema de direito administrativo somente, mas, sim, de um problema de direito constitucional, por envolver garantias fundamentais do indivíduo e a possibilidade de sua restrição.<sup>7</sup> Como afirma Canotilho, a concepção de que a esse tipo de sujeição impediria toda e qualquer eficácia dos direitos fundamentais não mais pode vigor.<sup>8</sup> Assim, as relações especiais de poder não legitimam o afastamento dos direitos fundamentais, admitem, apenas *limites acrescidos* nas restrições ao seu exercício.<sup>9</sup>

Importante ressaltar que não se trata de reviver uma teoria criada em um período que antecede os avanços da moderna teoria constitucional e, especialmente, os múltiplos desenvolvimentos da Teoria dos Direitos Fundamentais. O que se propõe é a *ressignificação* do instituto, moldando suas características aos ditames constitucionais e à moderna compreensão da estrutura e do alcance dos direitos fundamentais. Sob esse aspecto, as relações especiais de sujeição seriam “primariamente uma figura jurídica de direito constitucional”<sup>10</sup>, e não mais um fenômeno restrito ao direito administrativo.<sup>11</sup> Não se propugna voltar à categoria das relações especiais de poder, desenvolvida na Alemanha e adotada em outros países, mas, sim, analisar as variadas formas nas quais determinadas situações e sujeitos estão submetidos a regras específicas em função de uma sujeição diferenciada.<sup>12</sup> Tampouco se pretende impor uma “fobia à sujeição”, isto é, o descarte automático de qualquer restrição em virtude da relação de proximidade com o Estado.<sup>13</sup> Objetiva-se

4 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 467; KIELMANSEGG, Sebastian Graf. *Grundrechte im Näheverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 40.

5 KIELMANSEGG, Sebastian Graf. *Grundrechte im Näheverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 40.

6 Não se está a tratar de relações privadas como, por exemplo, clubes e outras agremiações que têm regras próprias de conduta, vestuário ou comportamento e que, uma vez aceitas, são de obrigatoria observância pelos membros. Ou, ainda, relações de subordinação outras, tais como as relações de trabalho ou contratos de representação empresarial. Essas permanecem no estrito campo do direito privado, submetendo-se, como já visto, uma maior abrangência da autonomia do titular da conformação dos seus interesses. À evidência, o respeito aos limites absolutos, aos limites oferecidos pelos direitos de personalidade e pela dignidade humana devem ser observados mesmos nessas relações privadas. Sobre o assunto, veja-se WISSKIRCHEN, Amrei. *Außerdienstliches Verhalten von Arbeitnehmern*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999. Da mesma forma, tais relações estão sob o controle do Ministério Público quando relacionadas a direitos indisponíveis, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal – BRASIL. STF. *ADI n. 1.852*. Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno. Diário da Justiça, Brasília, DF, 21 nov. 2003: “A atribuição conferida ao Ministério Público do Trabalho, no art. 83, IV, da Lei Complementar nº 75/93 — propor as ações coletivas para a declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores — compatibiliza-se com o que dispõe a Constituição Federal no art.128, § 5º e art. 129, IX”. O que interessa ao objeto deste estudo são as relações que importem a presença do Estado e a subordinação do titular a determinadas situações em que deve haver uma restrição aos seus direitos fundamentais.

7 THIEME, Werner. Der Gesetzvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis. *Juristenzeitung*, v. 3, p. 81, 1964. Afirma o autor que para a correta solução dos problemas advindos das relações especiais de sujeição “é necessária uma invocação das lições gerais da teoria do Estado e da teoria da Constituição”.

8 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 468; HESSE, Konrad. Bedeutung der Grundrechte. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans. *Handbuch des Verfassungsrechts*. 2. ed. Berlin: de Gruyter, 1995. p. 69.

9 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 468.

10 LOSCHELDER, Wolfgang. Staatseingliederung als Institutionalisierungsproblem – Zur Entwicklung und Krise des besonderen Gewaltverhältnisses. In: MERTEN, Detlef (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985. p. 28.

11 Sobre as relações especiais de sujeição no direito administrativo, veja-se a crítica de WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na Administração Pública. *Revista Direito Público*, v. 18, p. 31, 2007.

12 Por exemplo, THOMA, Richard. Grundrechte und Polizeigewalt. In: DREIER, Horst (Org.). *Richard Thoma – Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 143.

13 MERTEN, Detlef. Grundrechte und besonderes Gewaltverhältnis. In: MERTEN, Detlef (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985. p. 53.

a transposição da categoria do direito administrativo, que legitima uma atuação ampliada da Administração sobre o administrado, para o direito constitucional, com a observância dos direitos fundamentais do cidadão. Essa transposição teria o condão de manter a categoria das relações especiais de sujeição, ao mesmo tempo, adequando suas características aos ditames constitucionais e aos direitos fundamentais.<sup>14</sup> É o que se passa a fazer.

## 2. RELAÇÃO ESPECIAL DE SUJEIÇÃO COMO RELAÇÃO DE PROXIMIDADE

A história das relações especiais de sujeição remonta ao final do século XIX. Já em 1895, Otto Mayer utilizou-se da expressão “relações especiais de poder” (*besonderes Gewaltverhältnis*)<sup>15</sup>, em oposição à relação geral de poder (*großes Gewaltverhältnis*), para descrever um espaço jurídico no qual a Administração teria um “poder amplo” de atuação, podendo restringir os direitos dos súditos de forma mais acentuada.<sup>16</sup> Forsthoff, por seu turno, relatava uma verdadeira “lacuna do Estado de Direito”,<sup>17</sup> com a possibilidade de determinação do sujeito dos poderes estatais que sobre ele incidiriam, bem como a eventual relativização da legalidade administrativa.<sup>18</sup> Essa concepção, que perdurou até 1972 na doutrina alemã, foi abandonada após uma importante decisão do Tribunal Constitucional Federal em relação ao sigilo de correspondência dos presos,<sup>19</sup> que alterou o entendimento na relação entre o estado e os súditos, sob a influência de uma nova concepção dos direitos fundamentais.<sup>20</sup>

A decisão marca o ponto de virada, a “despedida do conceito de relação especial de sujeição”<sup>21</sup>, demandando uma nova abordagem ao fenômeno das relações entre estado e indivíduo que implicam maior proximidade, deveres específicos ou, ainda, restrição ao exercício de direitos fundamentais. Afasta-se da concepção que a Administração poderia estabelecer uma “área fora dos limites legais”, ou, em outras palavras, um espaço não sindicável pelo Poder Judiciário.

Uma nova concepção entra em cena. Nessa nova concepção, os direitos fundamentais dos indivíduos têm um papel de destaque. Apesar de os indivíduos estarem submetidos ao poder estatal, as relações especiais de sujeição não estão isentas de se conformar aos ditames constitucionais e observar os limites impostos pelos direitos e pelas garantias fundamentais. Funda-se uma nova concepção de relação especial

14 “Mesmo que se possa continuar a falar em ‘relações especiais de poder’ para designar um sector da atividade estadual marcado por um enfraquecimento da regra jurídica com todas as características daí resultantes, não se pode é imputar-lhe uma origem constitucional própria, de costas voltadas para a ordem jurídica constitucional, o que entraria em contraste gritante com as decisões constitucionais fundamentais, desde logo com aquela que faz dimanar todo o poder do estado a partir do povo.” MONCADA, Luis S. Cabral de. *Lei e Regulamento*. Coimbra: Coimbra editora, 2002. p. 439.

15 MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. v. 1. Leipzig: Duncker & Humblot, 1895. p. 108.

16 Uma descrição detalhada da importância de Otto Mayer na conformação do instituto pode ser encontrada em KIELMANSEGG, Sebastian Graf. *Grundrechte im Näheverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 40.

17 Cf. THIEME, Werner. Der Gesetzesvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis. *Juristenzeitung*, v. 3, 1964. p. 506-507.

18 KIELMANSEGG, Sebastian Graf. *Grundrechte im Näheverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 202.

19 A decisão tratava da leitura da correspondência de um preso, na qual ele fazia considerações ofensivas ao diretor da instituição penitenciária. O Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que o preso, apesar de estar submetido a uma relação especial, ainda deveria ter seus direitos fundamentais garantidos, em especial o direito à livre manifestação do pensamento. Cf. BVerfGE 33, 1 e ss.; para uma análise da decisão, veja-se: PEINE, Franz-Joseph. Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. v. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 292.

20 Antes mesmo da decisão, já havia autores defendendo uma revisão, sob o influxo constitucional, das relações especiais de sujeição. Veja-se, por exemplo, ABELEIN, Manfred. Rechtsstaat und besonderes Gewaltverhältnis. *Zeitschrift für Politik*, Neue Folge, v. 14, p. 313, 1967.

21 LOSCHELDER, Wolfgang. Grundrechte im Sonderstatus. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. v. 9. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. p. 1078; Gönsch fala do “fim da figura jurídica das relações especiais de sujeição”. Cf. GÖNSCH, Manfred. Zum Rechtsschutz im Beamtenverhältnis nach dem Ende der Rechtsfigur vom „besonderen Gewaltverhältnis“. *Juristenzeitung*, v. 34, p. 16, 1979.

de sujeição, baseada na estrutura de proximidade estabelecida entre o indivíduo e o estado.<sup>22</sup> Essa nova concepção é positivada no texto constitucional, o que poderia significar, na formulação de Kielmansegg, a “um reconhecimento pela institucionalização constitucional.”<sup>23</sup> Essa nova abordagem pressupõe que a proximidade se dê sob algumas condições.

Condição predominante para a configuração de uma relação especial de sujeição diz respeito ao pertencimento ou à submissão do indivíduo a algum ente estatal, que funda e estabelece uma *relação de proximidade* entre o particular e o estado.<sup>24</sup> Pertencimento deve ser entendido como uma relação jurídica surgida de forma legal e legítima entre o indivíduo e o estado, e submissão deve ser compreendida como uma relação surgida de obrigações e consequências impostas pela constituição ou pela legislação. Essa relação deve trazer o indivíduo de forma mais próxima ao estado, em uma relação que seja distinta das relações normais existentes entre o indivíduo e o estado.<sup>25</sup> Essa proximidade pode ser manifestar de diversas formas.

Em primeiro lugar, pode ser uma relação de pertencimento. Nesse caso o indivíduo assume uma posição dentro da estrutura estatal (entendida em seu sentido amplo), que o permite atuar como um agente estatal.<sup>26</sup> Essa relação fundamenta e justifica a proximidade entre o particular o estado, inexistente anteriormente. Exemplos dessa proximidade são os funcionários públicos ou membros da magistratura e do Ministério Público. Em todos esses casos, os indivíduos assumem posições dentro da estrutura do estado, exercendo funções reconhecidas como públicas.

Em segundo lugar, pode ser uma relação de submissão. Nesse caso, a legislação prevê a proximidade como consequência de alguma conduta assumida pelo indivíduo, que fundamenta a sua aproximação ao estado, antes inexistente. Exemplos dessa submissão são as penas privativas de liberdade e de direitos e o serviço militar obrigatório. Em ambos os casos a constituição e a legislação determinam que os indivíduos se submetam a determinada relação com o estado, que se diferencia de uma relação normal entre o estado e o cidadão.

A proximidade deve ser compreendida, portanto, como uma aproximação do indivíduo, de forma que essa proximidade conceda ao estado uma autorização — sempre mediada pela constituição e pela lei — de interferência ampliada no exercício dos direitos fundamentais individuais. Relações especiais de sujeição, em relações de proximidade com o estado, que darão ensejo a novos limites no exercício de determinados direitos fundamentais.<sup>27</sup> Se, normalmente, existe um distanciamento entre o particular e o estado, distância esta garantida pelos direitos e liberdades fundamentais, que impedem intervenções injustificadas na esfera individual, as relações especiais de sujeição justificam o “enfraquecimento do distanciamento estatal”<sup>28</sup> pela proximidade, pelo pertencimento ou pela submissão.

22 LOSCHELDER, Wolfgang. Staatseingliederung als Institutionalisierungsproblem – Zur Entwicklung und Krise des besonderen Gewaltverhältnisses. In: MERTEN, Detlef (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985. p. 1089; PEINE, Franz-Joseph. Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. v. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 408-409.

23 O autor alerta para a irrelevância da discussão sobre o reconhecimento constitucional, afirmando que a relevância está em definir a legitimidade da finalidade constitucional almejada. Cf. KIELMANSEGG, Sebastian Graf. *Grundrechte im Näheverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 168.

24 KIELMANSEGG, Sebastian Graf. *Grundrechte im Näheverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 155.

25 KIELMANSEGG, Sebastian Graf. *Grundrechte im Näheverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

26 LOSCHELDER, Wolfgang. Grundrechte im Sonderstatus. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. v. 9. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. p. 29.

27 BADURA, Peter. *Staatsrecht*. 4. ed. Munique: C.H.Beck, 2010. p. 134.

28 PEINE, Franz-Joseph. Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. v. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 408-409.

### 3. HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS DE RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO

Diante das considerações acima, cumpre verificar as hipóteses constitucionais nas quais a distância garantida pelos direitos fundamentais entre o estado e o indivíduo é reduzida. A Constituição de 1988 contém diversos dispositivos que regulam relações que podem ser caracterizadas como relações de proximidade, ou seja, relações especiais que implicam uma forma diferenciada de sujeição do indivíduo ao estado. Como é fácil notar, tais dispositivos regulam situações que dizem respeito a membros de carreiras estatais e que, por essa razão, estão submetidos a estatutos próprios. Em todos os casos, no entanto, há um denominador comum: o exercício de determinadas garantias fundamentais é expressamente restringido pela Constituição.

A Constituição brasileira de 1988 contém dispositivos relativos a situações nas quais o exercício de determinados direitos fundamentais será restrito em diferentes formas e sob diferentes graus de intensidade. As limitações impostas aos destinatários vão desde a proibição de greve, ao não cabimento de *habeas corpus* à vedação de atuação política. Trata-se, como se pode observar, de situações nas quais o exercício de importantes garantias fundamentais está sendo restringido. Importante frisar que, nas palavras de Thieme, “não se trata de apenas uma categoria de relação jurídica, mas antes de várias formas heterogêneas de relações jurídicas”,<sup>29</sup> isto é, não há que se falar de uma forma apenas de relação especial de poder, mas sim de várias formas distintas de sujeição, com características próprias.<sup>30</sup>

Em primeiro lugar, o artigo 14, §2º da Constituição prevê uma limitação bastante ampla nos direitos políticos dos conscritos no serviço militar. Assim é que os conscritos “não podem se alistar como eleitores durante o serviço militar obrigatório”. Esse primeiro caso já expõe, de maneira bastante clara, as características de uma relação especial de sujeição. Um indivíduo, titular de seus direitos políticos, tem o exercício desses mesmos direitos restringidos em função de sua posição dentro da estrutura do estado. Um jovem conscrito, titular de todos os seus direitos políticos, não poderá exercer esses direitos enquanto durar o período de sua relação com as Forças Armadas.

Ainda com relação aos membros das Forças Armadas, o texto constitucional estabelece outras restrições importantes ao exercício de garantias fundamentais previstas no rol dos direitos individuais. O artigo 142 §2º prevê que “não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.” Esse dispositivo estabelece uma grave restrição ao direito de liberdade e sua proteção processual.<sup>31</sup> Por seu turno, o §3º do mesmo artigo prevê que aos membros das Forças Armadas é vedado fazer parte de sindicato, bem como exercer o direito de greve (inciso IV). Ainda, veda que, enquanto na ativa, os membros das Forças Armadas tenham filiação a qualquer partido político (inciso V). Pela simples leitura dos dispositivos constitucionais, resta claro que os militares estão submetidos a uma relação diferenciada perante o estado, em função de seu pertencimento a um ente estatal, com finalidades relevantes do ponto de vista constitucional. Sob esse aspecto, as limitações ao exercício de variadas garantias fundamentais são justificadas pela finalidade essencial das Forças Armadas, qual seja, a garantia dos poderes constitucionais, a garantia da lei e da ordem, bem como por sua estruturação, qual seja, a hierarquia e a disciplina, previsões que constam expressamente no artigo 142 da Constituição.

29 THIEME, Werner. Der Gesetzvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis. *Juristenzeitung*, v. 3, 1964. p. 82.

30 KIELMANSEGG, Sebastian Graf. *Grundrechte im Nabeverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 158.

31 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no entanto, admite o cabimento do *habeas corpus* para a averiguação de pressupostos formais na punição, bem como a análise de sua legalidade e proporcionalidade. Cf. “A legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de *habeas corpus*. Precedentes.” (BRASIL. STF. RHC n. 88.543. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma. Diário da Justiça, Brasília, DF, 27 abr. 2007; no mesmo sentido: “Não há que se falar em violação ao art. 142, § 2º, da CF, se a concessão de *habeas corpus*, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito.” BRASIL. STF. RE n. 338.840. Relator: Min. Ellen Gracie, Segunda Turma. Diário da Justiça, Brasília, DF, 12 set. 2003. Sobre o tratamento penal das relações nas forças armadas, veja-se SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MARTINS, Danilo Gustavo Vieira. Primeiras linhas sobre a opção político-criminal da deserção militar: a necessária contribuição das Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 3, p. 42, 2015.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 6, assim redigida: “Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.” Vê-se, portanto, que a garantia do salário mínimo a todos os trabalhadores urbanos e rurais, prevista no artigo 7º, inciso IV, não se aplica a determinados membros das Forças Armadas. Na decisão que ensejou a edição da Súmula, o Supremo Tribunal Federal deixou consignado que “o regime a que submetem os militares não se confunde com aquele aplicável aos servidores civis, visto que têm direitos, garantias, prerrogativas e impedimentos próprios.” Ou ainda, que a “obrigação do Estado quanto aos conscritos limita-se a fornecer-lhes as condições materiais para a adequada prestação do serviço militar obrigatório nas Forças Armadas”.<sup>32</sup>

A justificativa oferecida pelo Supremo Tribunal Federal para suportar a restrição à garantia ao salário mínimo está fundada na finalidade do serviço militar obrigatório, que, para o Tribunal, tem a natureza de “múnus público relacionado com a defesa da soberania da pátria.”<sup>33</sup> Além disso, o Tribunal utiliza-se da literalidade do inciso VIII do §3º do artigo 142, ao determinar que a ausência de referência expressa exclui a aplicação da garantia ao salário mínimo.

Em segundo lugar, a Constituição elenca aos magistrados diversas restrições ao exercício de direitos fundamentais consagrados aos particulares. O parágrafo único do artigo 95 determina a vedação de juízes exercerem outro cargo ou função pública, excetuando expressamente uma função de magistério. Ao cidadão comum não há limitações ao exercício de outras funções ou cargos, sendo irrelevante se se trata de uma função de magistério ou não. Ao particular esse tipo de restrição simplesmente não se aplica. Aos magistrados, no entanto, o texto constitucional expressamente veda a assunção de outro cargo ou função, independentemente da natureza deste, mesmo que em situação de disponibilidade. Vê-se, portanto, que a restrição ao direito fundamental de liberdade de exercício profissional é bastante ampla, interferindo mesmo quando magistrado se encontra em disponibilidade. Como outra restrição à liberdade de exercício profissional, a Constituição expressamente veda o exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual o magistrado se afastou, pelo período de três anos, seja por aposentadoria ou exoneração. Novamente, verificam-se outras finalidades relevantes na vedação, mas isso não retira o seu caráter de intromissão e restrição na liberdade de os magistrados decidirem em quais localidades exercerão seu ofício de advogado.

Além disso, o referido dispositivo prevê a vedação de o magistrado perceber quaisquer tipos de remuneração, quer na forma de custas quer na participação no processo. Ainda no campo remuneratório, aos magistrados é vedada qualquer percepção de auxílios ou contribuições de pessoas físicas ou de entidades públicas ou privadas. Certamente, há outras finalidades envolvidas nas previsões constitucionais, no entanto, essa vedação não deixa de ser uma forma de restrição no exercício da liberdade profissional dos magistrados.

O artigo 93, inciso VII, determina que o juiz titular deverá residir na respectiva comarca, restringindo de forma substancial a liberdade de escolha do local de residência. Novamente, há razões e finalidades legítimas que suportam esse tipo de restrição. No entanto, do ponto de vista da relação especial de sujeição a que está submetido o magistrado, deve ficar bastante claro que até o seu local de residência está previamente determinado pelo texto constitucional.

Por fim, o artigo 95 prevê a vedação de que magistrados se dediquem à atividade político-partidária. Nada obstante a dificuldade de se determinar, com relativo grau de certeza e segurança, o alcance da expressão “atividade político-partidária”, não há dúvidas que se trata de uma restrição relevante nos direitos políticos fundamentais do cidadão.

Essas vedações, que configuram restrições ao exercício de direitos fundamentais, aplicam-se também aos

32 BRASIL. STF. Recurso Extraordinário n. 570.177-8. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. Diário da Justiça, Brasília, DF, 26 jun. 2008.

33 BRASIL. STF. Recurso Extraordinário n. 570.177-8. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. Diário da Justiça, Brasília, DF, 26 jun. 2008.

Ministros do Tribunal de Contas, por força do artigo 73, §3º da Constituição. Também eles se encontram submetidos a uma relação especial de sujeição, tendo restringidos os direitos fundamentais de forma semelhante aos magistrados do Superior Tribunal de Justiça.

Em terceiro lugar, tal qual os membros do Poder Judiciário, também os membros do Ministério Público, em qualquer de suas esferas, estão submetidos a uma relação especial de sujeição, que implica a restrição ao exercício de diversos direitos fundamentais. O artigo 129, parágrafo 5º, inciso II da Constituição, veda aos membros do Parquet receber honorários, percentagens ou custas processuais; exercer a advocacia; participar de sociedade comercial; exercer outra função pública, salvo uma de magistério; exercer atividade político-partidária e, ainda, receber quaisquer tipos de auxílios de pessoas físicas ou entidades públicas ou privadas. Assim como nas restrições impostas aos magistrados, também essas restrições possuem finalidades legítimas que envolvem o exercício independente e livre das funções institucionais e das prerrogativas dos membros do Ministério Público. No entanto, mesmo que existam tais finalidades, a vedação ao exercício dos mais variados direitos fundamentais persiste, tendo como fundamento a relação especial de sujeição a que estão submetidos aqueles que compõem os quadros do Ministério Público. Novamente, o local de residência dos membros do Ministério Público vem determinado diretamente pelo texto constitucional (art. 129 §2º), restringindo, de forma bastante sensível, a liberdade de fixação de residência, inerente à liberdade de desenvolvimento da personalidade.

Em quarto lugar, para encerrar uma lista que poderia ser mais longa, o artigo 54 da Constituição estabelece diversas restrições aos deputados e senadores, desde o momento que a sua relação de proximidade com o estado se formaliza. Por essa razão, desde a expedição do diploma, os deputados e senadores não podem firmar ou manter contratos com quaisquer entes públicos, aceitar ou exercer função ou emprego remunerado em entidades públicas. Da mesma forma, desde o momento em que tomarem posse, deputados e senadores não poderão ser proprietários, controladores ou diretores de empresas que gozem de favor decorrente de pessoa jurídica de direito público, ou mesmo exercer função remunerada em tais entidades, bem como ocupar cargo ou função em que sejam demissíveis *ad nutum* em tais entidades, ou patrocinar causas em que as entidades mencionadas tenham interesse, ou, por fim, ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo. Como nos demais casos, pode-se vislumbrar finalidades legítimas em todas essas vedações. Independentemente de tais finalidades, as restrições impostas ao exercício de direitos fundamentais relevantes estão albergadas e justificadas pela relação especial de sujeição estabelecida entre o estado e os membros do Congresso Nacional.<sup>34</sup>

A existência de variados dispositivos tratando das mais diferentes formas de relações especiais de sujeição no texto constitucional demonstra que a figura das relações especiais é “necessidade que permanece”<sup>35</sup> no ordenamento jurídico. Antes de apenas declará-la inútil, perigosa ou anacrônica,<sup>36</sup> cumpre estabelecer os critérios segundo os quais o instituto deve ser compreendido e interpretado. É o que se passa a fazer.

#### 4. CRITÉRIOS PARA A ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO

Diante das considerações anteriores, é preciso estabelecer os critérios segundo os quais as relações especiais de sujeição podem ser mantidas como instituto jurídico constitucionalmente adequado no Brasil. Com efeito, os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata e transversal nas relações entre o estado e os cidadãos. Como afirma Sarlet, “de acordo com um critério formal e institucional, os detentores do poder

34 Sobre a perda do mandato parlamentar, veja-se AMARAL JR., José Levi Mello. Perda de mandato parlamentar por força de condenação criminal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 3, p. 9, 2015.

35 MERTEN, Detlef. Grundrechte und besonderes Gewaltverhältnis. In: MERTEN, Detlef (Org). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985. p. 56-58.

36 WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na Administração Pública. *Revista Direito Público*, v. 18, p. 50, 2007.

estatal formalmente considerados (os órgãos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também num sentido material e funcional todas as funções exercidas pelos órgãos estatais o são.”<sup>37</sup> Nada a acrescentar. Todos os Poderes do estado, bem como todos os órgãos estatais estão expressamente vinculados aos direitos e garantias fundamentais. Repita-se: os direitos fundamentais têm aplicação imediata e transversal nas relações entre o estado e os indivíduos. O próprio desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais pressupõe o alargamento do seu conteúdo e, acima de tudo, de seu alcance entre os cidadãos, titulares de tais direitos. As relações especiais de sujeição, como consequência, não estão eximidas de observar os ditames impostos pelos direitos fundamentais, como defendiam as teorias iniciais sobre o tema.<sup>38</sup> No entanto, há situações jurídicas que submetem os titulares dos direitos fundamentais a restrições que, em outros casos, não seriam aceitáveis.

As relações especiais de sujeição, acima analisadas, não escapam a essa aplicação ampla e imediata dos direitos fundamentais previstos, mas enquadram-se em uma abertura constitucionalmente admitida para a ampliação da interferência estatal sobre os direitos e garantias individuais. Sendo isso verdadeiro, como conciliar a existência de relações especiais de sujeição com a atual constituição brasileira?

A resposta a essa difícil indagação passa pela definição de critérios claros e objetivos, que possam informar e orientar a aplicação dos direitos fundamentais em situações que possam ser caracterizadas como uma relação especial de sujeição. Esses critérios auxiliam no que Hesse denominou de concordância prática envolvida nas relações especiais de sujeição: as relações especiais não podem significar a eliminação dos direitos fundamentais, bem como os direitos fundamentais não podem significar a impossibilidade de tais relações no âmbito estatal.<sup>39</sup> Ou, nas palavras de Loschelder, deve-se avaliar, na situação concreta, o alcance e a importância dos bens em colisão.<sup>40</sup> Por fim, adverte-se que a lista de critérios é não exaustiva, trazendo apenas os critérios essenciais para a conformação constitucional das relações especiais de sujeição.<sup>41</sup>

#### 4.1. Referibilidade

A referibilidade diz respeito à relação necessária entre a restrição ao exercício de um direito fundamental imposta e a finalidade almejada com tal restrição. Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, Hesse afirma que, nas relações especiais de sujeição, não há uma suspensão dos direitos fundamentais, mas simplesmente uma restrição que a natureza da relação justifica.<sup>42</sup> Reis Novais bem sintetiza a questão ao observar que “são seguramente um domínio de direitos fundamentais enfraquecidos, pelo menos tanto quanto o exija a manutenção da capacidade funcional das instituições em causa”.<sup>43</sup>

Em relação às lições acima, pode-se depreender que as restrições impostas somente se justificam caso sejam legitimadas pela situação subjacente à relação especial de sujeição, e que essa restrição seja necessária para a consecução dos objetivos constitucionais. Dessa forma, as relações especiais deverão estar embasadas em situações que tenham como “referência instituições cujos fins e especificidades constituam eles mesmos bens ou interesses constitucionalmente protegidos.”<sup>44</sup>

Peine bem resume a necessária relação entre a restrição e o ideal funcionamento da instituição para a

37 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 389. No mesmo sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 219.

38 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1999. p. 145.

39 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1999. p. 146.

40 LOSCHELDER, Wolfgang. Staatseingliederung als Institutionalisierungsproblem – Zur Entwicklung und Krise des besonderen Gewaltverhältnisses. In: MERTEN, Detlef (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985. p. 29.

41 ADAMY, Pedro. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 168.

42 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1999. p. 147.

43 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 515. (grifo do autor)

44 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 466.

qual a restrição serve:

A restrição ao direito fundamental não é um fim em si mesmo. Antes, serve para a garantia da capacidade de funcionamento de uma instituição, cuja existência é absolutamente necessária para a manutenção do estado democrático de direito e das liberdades fundamentais.<sup>45</sup>

As características da relação especial devem exigir que o exercício daqueles direitos seja restringido. Em outras palavras: deve haver o reconhecimento, mesmo que implícito, por parte da constituição, que a relação especial pressupõe a restrição ao exercício do direito fundamental para o seu correto e adequado funcionamento.<sup>46</sup>

Concretamente, pode-se verificar que o Supremo Tribunal Federal também estipula a referibilidade entre a restrição e a finalidade almejada como um critério para a restrição nas relações especiais.<sup>47</sup> Em decisões da década de 1950 sobre as restrições impostas aos militares, decidiu que são admitidas “restrições quanto à liberdade de ação, por motivos de disciplina militar”.<sup>48</sup> Da mesma forma, mais recentemente, decidiu o Tribunal importante questão envolvendo a interceptação, pela Administração penitenciária, de correspondência epistolar de presos, “por razões de segurança pública, de disciplina penitenciária ou de preservação da ordem jurídica” uma vez que “a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.”<sup>49</sup> Em caso semelhante, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que a leitura da correspondência dos presos somente estará legitimada caso “a intervenção for imprescindível para manter a execução penal e realizá-la de maneira devida. Nesse sentido, devem ser observados o sentido e o propósito da execução penal.”<sup>50</sup> No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça também indica a necessidade de relação direta entre a restrição imposta e as finalidades institucionais determinadas pela Constituição. Em julgamento envolvendo a punição de um policial militar que havia concedido entrevista sem autorização de seu superior hierárquico, o STJ utilizou-se de dois argumentos principais: de um lado, a supremacia da Constituição e da liberdade científica sobre os regulamentos militares; de outro lado, e ao que interessa ao ponto, que a conduta não tinha relação direta com a função exercida e com as finalidades buscadas pelo texto constitucional. Nesse sentido, manifestou-se o Tribunal afirmando que

compulsando-se os autos verifica-se que o autor em sua entrevista não ofendeu à Corporação e sequer se manifestou sobre temas estratégicos militares, restringindo-se tão somente a tecer comentários genéricos acerca da tese exposta em sua monografia, que tratava de fatos notórios a respeito de segurança pública.<sup>51</sup>

A referibilidade, ou seja, a relação direta entre a restrição imposta e a finalidade institucional buscada ou suportada pela Constituição, é elemento essencial na conformação das restrições ao exercício dos direitos

45 PEINE, Franz-Joseph. Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Org). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. v. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 426.

46 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1999. p. 146.

47 Afirma corretamente Reis Novais: “A Constituição consagra expressamente a possibilidade de restrição ao exercício de alguns direitos fundamentais por parte dos militares na estrita medida das exigências das suas funções próprias (art. 270), e no caso dos reclusos, de limitações dos seus direitos fundamentais desde que inerentes ao sentido e às exigências próprias da respectiva condenação (art. 30, n.5).” Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 515.

48 BRASIL. STF. RE n. 20.127. Relator: Min. Mário Guimarães, Primeira Turma. Diário da Justiça, Brasília, DF, 10 jul. 1952; fato confirmado pela realidade constitucional brasileira atual, a teor, por exemplo, do art. 14, parágrafo 2º, CR/88. Mais graves ainda, as previsões de vedação à sindicalização e ao direito de greve e a impossibilidade de filiação político-partidária (art. 142 parágrafo 3º, VI e VII); a Lei Fundamental alemã traz previsão expressa da limitação dos direitos fundamentais daqueles que prestam o serviço militar, em especial os direitos de liberdade de expressão, de reunião e de petição (art. 17a); von MÜNCH, Ingo. *Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis*. Tese de Doutorado. Frankfurt a.M., 1957. p. 78.

49 BRASIL. STF. Habeas Corpus n. 70.814. Relator: Min. Celso de Mello, Primeira Turma. Diário da Justiça, Brasília, DF, 24 jun. 1994; nesse ponto específico discorda-se da posição do Supremo Tribunal Federal. Sobre o tema: ADAMY, Pedro. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 178; I. von Münch chega à conclusão semelhante ao tratar da liberdade de expressão nas relações especiais de sujeição: von MÜNCH, Ingo. *Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis*. Tese de Doutorado. Frankfurt a.M., 1957. p. 78.

50 BVerfGE 33, 1 (14).

51 BRASIL. STJ. RMS n. 11.587/SC. Relator: Min. Gilson Dipp, Quinta Turma. Diário da Justiça, Brasília, DF, 03 nov. 2004.

fundamentais no âmbito das relações especiais de sujeição. A finalidade da instituição a qual pertence o indivíduo cujos direitos serão restringidos devem justificar e ter relação direta com a restrição imposta.

#### 4.2. Restrição ao exercício, não ao direito fundamental

Ao lado da referibilidade às finalidades constitucionalmente legitimadas, tem-se que as restrições impostas no âmbito das relações especiais de sujeição dizem respeito tão somente ao exercício dos direitos fundamentais, mas não ao próprio direito fundamental em si. Quer isso dizer que as relações especiais de sujeição afetam apenas o exercício de um determinado direito fundamental, mas não o extinguem para o seu titular. Por exemplo, um magistrado está impedido de exercer seu direito fundamental à atuação política enquanto pertencer ao Poder Judiciário. O exercício do direito está restrito, mas o direito permanece com o seu titular. Dessa forma, uma vez que não mais esteja, efetivamente, atuando como membro do poder judicante, a possibilidade de exercício do direito fundamental retorna em sua integralidade.

Nos exemplos constitucionais acima descritos, vê-se que as restrições advindas das relações especiais de sujeição dizem respeito apenas ao exercício de determinados direitos fundamentais, que, uma vez superada a relação de proximidade com o estado, desaparecerá a restrição imposta. O direito fundamental permanece dormente, mas existente. A relação especial de sujeição justifica a restrição ampliada, mas, como já afirmado, não justifica a extinção do direito fundamental ao seu titular. O fenômeno da perda de direitos fundamentais, regrado expressamente no texto constitucional, não ocorre nas relações especiais de sujeição<sup>52</sup>. Nestas, como já afirmando, ocorre um enfraquecimento das posições jurídicas jusfundamentais, justificadas pelas necessidades institucionais ou pelas finalidades constitucionais, mas as garantias permanecem com o seu titular.

#### 4.3. Duração temporal limitada

Como visto, as relações especiais de sujeição encontram na relação de proximidade entre o estado e o indivíduo uma de suas justificações.<sup>53</sup> A distância entre o estado e os titulares dos direitos fundamentais é um dos requisitos para a liberdade no estado democrático.<sup>54</sup> Essa proximidade pode decorrer de uma relação de dependência ou de pertencimento — voluntário ou involuntário — aos quadros dos órgãos estatais, ou mesmo uma relação de sujeição imposta por força de um mandamento legal ou judicial. No entanto, essa diminuição na distância entre o estado e indivíduo não pode ser sempiterna. Em outras palavras: a situação que justifica a diminuição da distância e por consequência a relação especial, deve ser limitada temporalmente. Como consequência dessa necessidade, a limitação ao exercício de determinados direitos fundamentais, previstos nas regras que estabelecem a relação especial de sujeição, deve ser limitada no tempo, de modo que dure apenas o período necessário para o atingimento das finalidades previstas no estabelecimento da relação, ou enquanto durar a situação de sujeição especial.<sup>55</sup>

Concretamente, as limitações impostas aos magistrados, por exemplo, terão aplicabilidade pelo período

52 ADAMY, Pedro. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 30; BETHGE, Herbert. Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. v. 9. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. p. 1187; HARTMANN, Dieter-Dirk. Verwirkung von Grundrechte. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 35, 1970. p. 564.

53 LOSCHELDER, Wolfgang. Grundrechte im Sonderstatus. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. v. 9. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. p. 1089; PEINE, Franz-Joseph. Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. v. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 408-409.

54 LOSCHELDER, Wolfgang. Grundrechte im Sonderstatus. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. v. 9. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. p. 1086.

55 LOSCHELDER, Wolfgang. Grundrechte im Sonderstatus. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. v. 9. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. p. 1087.

em que o magistrado estiver no exercício de sua função no Poder Judiciário. As limitações impostas aos militares terão aplicabilidade pelo período de duração da relação militar. Nesse sentido, não há justificativa constitucional que possa fundamentar a manutenção das limitações ao exercício de direitos e garantias fundamentais após o período estabelecido para a vigência da relação especial de sujeição.

Como consequência, não haverá mais fundamento para a sujeição após o término do período da dita relação especial.<sup>56</sup> Reporta-se, por exemplo, o caso do serviço militar em que, após seu término, permanece o indivíduo nos quadros da corporação.<sup>57</sup> Permaneceriam vigentes para o indivíduo que, livremente, se sujeitou aos desígnios do exército, aceitando-o como profissão e carreira, às condições estabelecidas quando estava sob a relação especial, isto é, quando ainda estava em formação, ou cessam-se toda e qualquer restrição efetivada? Obviamente, que as relações especiais de poder devem ter um período determinado ou, pelo menos, determinável. Não podem, como parece óbvio, durar para sempre. Cessada a condição que impõe a relação especial, extinguem-se *ipso facto* as restrições impostas em sua função.

#### 4.4. Previsão expressa na Constituição ou em Lei

Somando-se aos demais critérios, impõe-se para que a restrição ao exercício de determinado direito fundamental seja legítima, que essa mesma restrição esteja prevista ou diretamente pela Constituição ou venha expressa em legislação oriunda do Parlamento.<sup>58</sup> Como afirma Hesse, diante da natureza dos direitos fundamentais, as limitações impostas ao seu exercício pelas relações especiais de sujeição terão sustentação constitucional quando forem expressamente previstas ou, pelo menos, pressupostas pelas finalidades institucionais contidas no texto constitucional.<sup>59</sup>

Como consequência dessa proximidade ao estado, indivíduo poderá ter o exercício de um ou mais direitos fundamentais restringidos. Essa restrição poderá ser realizada, por coerência e observância à natureza dos direitos fundamentais, de forma expressa. Em outras palavras, todas as restrições impostas ao exercício dos direitos fundamentais ao indivíduo que se encontre em uma relação especial de sujeição devem ser enunciadas de forma clara e inteligível em um ato normativo de hierarquia legal ou superior.<sup>60</sup>

Essa necessidade de previsão expressa no texto constitucional ou na lei decorre de uma necessidade de limitação da intervenção estatal na esfera protegida pelos direitos fundamentais.<sup>61</sup> Caso se aceitasse a ideia de que a mera sujeição decorrente da relação de proximidade seria capaz de impor ao cidadão condições não previstas na lei, ao fim e ao cabo, estar-se-ia equiparando a inexistência de reserva legal para a Administração, uma vez que essa poderia sujeitar os administrados a tudo aquilo que não está proibido na lei.<sup>62</sup> Quer isso dizer que a sujeição não serve como elemento justificador uma vez que se trata apenas de atalho para um

56 THIEME, Werner. Der Gesetzvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis. *Juristenzeitung*, v. 3, 1964. p. 86

57 Veja-se, por exemplo, a possibilidade de reforma ou de reserva, conforme o art. 142, § 3º, inc. II da Constituição.

58 Nesse sentido discorda-se de Franz-Joseph Peine que defende a natureza taxativa (*numerus clausus*) das relações especiais de sujeição, não admitindo que a legislação não pode criar novas formas de relações especiais de sujeição fora das hipóteses constitucionalmente previstas. Cf. PEINE, Franz-Joseph. Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. v. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 425.

59 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1999. p. 146.

60 PEINE, Franz-Joseph. Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. v. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 408-409.

61 MONCADA, Luis S. Cabral de. *Lei e Regulamento*. Coimbra: Coimbra editora, 2002. p. 440.

62 Na já citada decisão envolvendo a leitura da correspondência de um detento, o Tribunal Constitucional Federal alemão anotou que a ausência de uma lei violava a Lei Fundamental, e utilizou-se da figura do apelo ao legislador para obrigá-lo a editar legislação sobre o tema. Assim se manifestou o Tribunal: “Nessa conjuntura, intervenções nos direitos fundamentais de detentos que não tenham fundamento legal precisam ser toleradas por um certo tempo de transição, até que o legislador tenha a oportunidade de promulgar a lei de execução penal correspondentemente ao atual entendimento de direito fundamental, com elementos de tipo normativo da intervenção bem delineados. Esse prazo deve ser, porém, agora limitado. Como referencial adequado e racional, também aqui deve-se considerar o fim do corrente período legislativo. Até o outono de 1973, o atual estado, que não corresponde ao entendimento constitucional atual, pode ainda ser tolerado.” Cf. BVerfGE 33, 1 (13).

resultado que em si já é questionável: possibilidade de a Administração agir sem observância da legalidade.<sup>63</sup> A sujeição demanda o oposto: previsão expressa, que confere poderes à Administração, mas que está limitada pelos exatos limites concedidos.

#### 4.5. Consentimento

Outro requisito para a adequação constitucional das relações especiais de sujeição, e para a sua conformação com os ditames dos direitos fundamentais diz respeito à voluntariedade, ou seja, ao consentimento do titular do direito fundamental cujo exercício será restringido pela relação especial. As relações especiais estabelecidas podem ser consideradas como *contratos de sujeição*, ou seja, “elas se concretizam pela sujeição voluntária do indivíduo às normas jurídicas.”<sup>64</sup> O elemento diferenciador não é o surgimento das restrições por força da manifestação de vontade, mas, sim, pela voluntariedade em se submeter às restrições e limitações impostas pela Constituição ou pela legislação.

Um exemplo trivial pode esclarecer: ninguém pode ser obrigado a tornar-se magistrado e, como consequência, ter o exercício de seus direitos políticos restringidos, nos termos do artigo 95 da Constituição. Ninguém pode ser obrigado a se tornar candidato ao posto de deputado e senador, e sofrer as limitações previstas no artigo 54 do texto constitucional. O consentimento se dá pela voluntariedade de inscrição no concurso e pela adoção de comportamentos que demonstrem a vontade do indivíduo em se submeter àquelas normas constitucionais e legais.

Repise-se, por relevante: não se trata da restrição voluntária de direitos ou do exercício de direitos.<sup>65</sup> Trata-se de, de forma livre e voluntária, colocar-se em determinada posição jurídica que implica a restrição no exercício de determinados direitos fundamentais.

No caso dos apenados, o consentimento é substituído por uma decisão judicial que o submete à relação especial. Trata-se de um caso específico e extraordinário, cujas consequências devem estar previstas em lei. Nesse caso, o consentimento torna-se necessário, tendo em vista a própria natureza da relação e a sua origem. Apenas em casos extraordinários, um apenado consentirá com a pena imposta. Em todos os outros, certamente a imensa maioria, esse consentimento será substituído pela sentença judicial — mesmo que recorrível — e pela existência de previsão legal expressa de todas as consequências e limitações ao exercício de direitos fundamentais impostos.

#### 4.6. Compensação

A existência de limites ao exercício dos direitos fundamentais deverá ser compensada de formas alternativas para os indivíduos afetados. Essa compensação não é um beneplácito estatal, mas o reconhecimento que os objetivos constitucionais impõem a limitação ao exercício de garantias relevantes a determinados indivíduos colocados em relações de proximidade com o estado. Assim, essa compensação não deve ser considerada como uma forma de prestação estatal de natureza social, mas, sim, como uma “correção pela diminuição sofrida nos direitos fundamentais de liberdade”.<sup>66</sup>

63 THIEME, Werner. Der Gesetzvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis. *Juristenzeitung*, v. 3, 1964. p. 84; PEINE, Franz-Joseph. Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. v. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 427.

64 JELLINEK, Georg. *System des subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. ed. Aalen: Scientia Verlag, 1979. p. 211-212.

65 ADAMY, Pedro. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 168.

66 LOSCHELDER, Wolfgang. Grundrechte im Sonderstatus. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. v. 9. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. p. 1099; LOSCHELDER, Wolfgang. Staatseingliederung als Institutionalisierungsproblem – Zur Entwicklung und Krise des besonderen Gewaltverhältnisses. In: MERTEN, Detlef (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985. p. 29.

Concretamente, pode-se verificar esse tipo de compensação nas garantias oferecidas aos magistrados pelo artigo 95 da Constituição, uma vez que os membros da magistratura possuem o exercício de importantes garantias fundamentais restringidos de forma severa pelo referido artigo do texto constitucional. Percebe-se que, mesmo havendo outras finalidades subjacentes a essas garantias, há uma compensação constitucional entre os limites impostos e a concessão de garantias ao indivíduo que vê seus direitos restringidos.

Outro exemplo de compensação vem prevista no artigo 41, §1º da Constituição. Claro está que há outras finalidades na concessão de uma estabilidade aos servidores públicos. No entanto, pode-se verificar que as restrições impostas a estes, tanto em sua liberdade de exercício profissional quanto em sua liberdade de expressão de opinião, devem ser compensadas. A estabilidade no emprego público serve como uma forma de compensar as graves restrições impostas à livre manifestação de pensamento.

Da mesma forma, verifica-se a finalidade de garantir o exercício independente da função parlamentar por meio das garantias previstas no artigo 53. No entanto, tais garantias, também, podem ser analisadas sob o prisma da compensação em função das limitações impostas aos deputados e senadores por estarem inseridos no âmbito de uma relação especial de sujeição, tendo o exercício de determinados direitos sido limitado expressamente pela Constituição.

Por fim, mais um exemplo de compensação pode ser verificado no artigo 95 da Constituição. Com efeito, as vedações aos magistrados, aplicáveis também aos membros do Ministério Público, são acompanhadas de garantias relevantes que, de forma direta, compensam tais vedações. As garantias previstas nos incisos do artigo 95, além de garantirem a independência dos magistrados, também servem como elemento de compensação em função das restrições impostas pelo parágrafo único do mesmo dispositivo.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações acima, é possível chegar a algumas conclusões. Em primeiro lugar, as relações especiais de sujeição devem ser transpostas do direito administrativo para o direito constitucional, de modo que elas possam ser compreendidas e conformadas com base no desenvolvimento do direito constitucional e, especialmente, com base no entendimento atual dos direitos fundamentais. Deve-se abandonar a compreensão de relação especial de sujeição como relação puramente de direito administrativo, que autorizaria a Administração a estabelecer restrições aos direitos individuais de forma ampla e sem a observância dos limites constitucionais, em um verdadeiro “espaço livre do direito”. Tais restrições surgem em relações de proximidade, que exigem que os seus membros se comportem de determinada forma, ou que, por um período de tempo, não exerçam seus direitos fundamentais, ou não os exerçam em sua plenitude. As relações especiais de sujeição devem ser analisadas sempre “à luz dos direitos fundamentais”<sup>67</sup>, mesmo quando isso se torne inoportuno ou custoso para o estado.

Dessa forma, as previsões constitucionais de relações especiais de sujeição existentes devem ser compreendidas e interpretadas sempre à luz das garantias fundamentais restringidas, de modo que a finalidade buscada pela Constituição justifique a fundamentação da restrição operada. Para tanto, estabeleceram-se seis critérios distintos de controle da adequação constitucional e jusfundamental das restrições ao exercício de direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição.

O relevante a ser mantido é que não se trata de revitalizar uma teoria já ultrapassada. Trata-se de conferir critérios objetivos e seguros para o controle da legitimidade constitucional das restrições existentes e, principalmente, limitar novas restrições pretendidas pelo legislador.

67 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1999, p. 146.

## REFERÊNCIAS

- ABELEIN, Manfred. Rechtsstaat und besonderes Gewaltverhältnis. *Zeitschrift für Politik*, Neue Folge, v. 14, 1967.
- ADAMY, Pedro. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AMARAL JR., José Levi Mello. Perda de mandato parlamentar por força de condenação criminal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 3, 2015.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- BADURA, Peter. *Staatsrecht*. 4. ed. Munique: C.H.Beck, 2010.
- BETHGE, Herbert. Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. v. 9. Heidelberg: C.F. Müller, 2011.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Almedina, 1991.
- DREIER, Horst (Org.). *Richard Thoma – Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- GÖNSCH, Manfred. Zum Rechtsschutz im Beamtenverhältnis nach dem Ende der Rechtsfigur vom „besonderen Gewaltverhältnis“. *Juristenzeitung*, v. 34, 1979.
- HARTMANN, Dieter-Dirk. Verwirkung von Grundrechte. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 35, 1970.
- HASSEMER, Winfried. Kommunikationsfreiheit in der Haft. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, v. 17, 1984.
- HESSE, Konrad. Bedeutung der Grundrechte. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans. *Handbuch des Verfassungsrechts*. 2. ed. Berlin: de Gruyter, 1995.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1999.
- JELLINEK, Georg. *System des subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. ed. Aalen: Scientia Verlag, 1979.
- KIELMANSEGG, Sebastian Graf. *Grundrechte im Nabeverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- LOSCHOLDER, Wolfgang. Grundrechte im Sonderstatus. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. v. 9. Heidelberg: C.F. Müller, 2011.
- LOSCHOLDER, Wolfgang. Staatseingliederung als Institutionalisierungsproblem – Zur Entwicklung und Krise des besonderen Gewaltverhältnisses. In: MERTEN, Detlef (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985.
- MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. v. 1. Leipzig: Duncker & Humblot, 1895.
- MERTEN, Detlef. Grundrechte und besonderes Gewaltverhältnis. In: MERTEN, Detlef (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. *Lei e Regulamento*. Coimbra: Coimbra editora, 2002.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- PEINE, Franz-Joseph. Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. v. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 2011.

ler, 2009.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MARTINS, Danilo Gustavo Vieira. Primeiras linhas sobre a opção político-criminal da deserção militar: a necessária contribuição das Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 3, 2015.

THIEME, Werner. Der Gesetzvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis. *Juristenzeitung*, v. 3, 1964.

THOMA, Richard. Grundrechte und Polizeigewalt. In: DREIER, Horst (Org.). *Richard Thoma – Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

von MÜNCH, Ingo. *Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis*. Tese de Doutorado. Frankfurt a.M., 1957.

WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na Administração Pública. *Revista Direito Público*, v. 18, 2007.

WISSKIRCHEN, Amrei. *Außerdienstliches Verhalten von Arbeitnehmern*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.