

As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública

Miriam Wimmer

Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

RESUMO: A doutrina das relações de sujeição especial, originada na Alemanha do século XIX, surgiu para fundamentar a existência de um poder administrativo especial que legitimaria a imposição de determinadas restrições aos direitos fundamentais de pessoas que se encontram em situações diferenciadas em relação ao Poder Público. Entre os exemplos tradicionalmente apontados estão as relações que se desenvolvem entre o Estado e funcionários públicos, estudantes de escolas públicas, militares e presos – relações marcadas por uma acentuada dependência em relação ao Estado. Trata-se de uma construção jurídica, que busca justificar a minoração dos direitos dos cidadãos, ou dos sistemas institucionalmente previstos para sua garantia, como consequência de uma “relação qualificada com o Poder Público”. Este trabalho se dedica a analisar o instituto desde sua gênese até os dias de hoje, examinando o estado atual da teoria e sua recepção no Brasil. Ao final, busca-se demonstrar que a categoria das relações especiais de sujeição é, em sua formulação original, incompatível com a teoria constitucional contemporânea; e, em sua formulação moderna, um instrumento a ser usado com extrema cautela, em virtude de seus inerentes riscos antidemocráticos.

PALAVRAS-CHAVE: Relações especiais de sujeição; direitos fundamentais; Administração Pública.

ABSTRACT: The doctrine regarding the relations of special subjection, originated in 19th century Germany, appeared to support the existence of a special administrative power that would legitimate the imposition of some restrictions upon the fundamental rights of those individuals positioned within differentiated situations in relation to Public Administration. Among the examples traditionally indicated, we find the relations that are developed between the State and its public officers, students belonging to public schools, military personnel, and the incarcerated. These groups point toward relations marked by an accentuated dependency in relation to the State. In reality, such fact represents a juridical construction that tries to justify the diminution of citizens' rights, or the reduction of the systems institutionally built to assure these rights, as a consequence of a “qualified relation with the public administration.” The current investigation aims the analysis of the institute from its foundation until the present, examining the current state of the theory and its reception in Brazil. At last, the research attempts to demonstrate

that the category of special relations regarding subjection is, taking in consideration its original formulation, incompatible with the contemporary constitutional theory; and, within its modern formulation, an instrument to be utilized with extreme caution, due to its inherent antidemocratic risks.

KEY WORDS: Special relations regarding subjection; fundamental rights; public administration.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A inevitável questão terminológica; 2 Origem histórica e dogmática atual; 2.1 A gênese das relações de sujeição especial: da monarquia constitucional até a Segunda Guerra Mundial; 2.2 Evolução após a Segunda Guerra Mundial; 2.2.1 O novo perfil dogmático do instituto: a “Staatsrechtslehrtagung” de 1956; 2.2.2 A decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 1972; 2.2.3 *Status* atual da teoria na Alemanha: a evolução da doutrina e da jurisprudência; 3 Recepção do instituto no Brasil; 4 Conclusões: uma categoria anacrônica, desnecessária e perigosa; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A doutrina das *relações de sujeição especial*, originada na Alemanha do século XIX, surgiu para fundamentar a existência de um poder administrativo especial que legitimaria a imposição de determinadas restrições aos direitos fundamentais de pessoas que se encontram em situações diferenciadas em relação ao Poder Público. Entre os exemplos tradicionalmente apontados, estão as relações que se desenvolvem entre o Estado e funcionários públicos, estudantes de escolas públicas, militares e presos – relações marcadas por uma acentuada dependência em relação ao Estado. Trata-se de uma construção jurídica, que busca justificar a minoração dos direitos dos cidadãos, ou dos sistemas institucionalmente previstos para sua garantia, como consequência de uma “relação qualificada com o poder público”¹.

O cerne da polêmica que até hoje gira em torno da teoria das relações especiais de sujeição diz respeito ao seu viés autoritário, decorrente de sua associação histórica a posições que negam a vigência do Estado de Direito em determinados setores de atuação estatal. Na visão de muitos autores, as origens autocráticas da teoria fazem dela uma doutrina “antipática por sua própria denominação”².

Este trabalho se dedica a analisar o instituto desde sua gênese até os dias de hoje, examinando o estado atual da teoria e sua recepção no Brasil. Procura-se demonstrar, ao final, que a categoria das relações especiais de sujeição é, em sua formulação original, incompatível com a teoria constitucional contemporânea, e, em sua formulação moderna, um instrumento a ser usado com extrema cautela, em virtude de seus inerentes riscos antidemocráticos.

1 HERRARTE, Iñaki Lasagabaster. *Las relaciones de sujecion especial*. Madrid: Civitas, 1994. p. 25.

2 MATTÍN, German Valencia. Apud ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

1 A INEVITÁVEL QUESTÃO TERMINOLÓGICA

Como freqüentemente acontece quando se trata de instituto jurídico advindo de país estrangeiro, reina alguma confusão quanto à terminologia mais adequada para designar as chamadas relações de sujeição especial. Todavia, a controvérsia, aqui, não se restringe à dificuldade quanto à correta tradução de termos estrangeiros, mas reside na dificuldade de dar a essa construção doutrinária um nome compatível com os avanços da teoria constitucional. Na própria Alemanha, seu país de origem, não há consenso sobre a terminologia adequada, e a expressão “relações especiais de sujeição” está longe de ser unânime.

A expressão classicamente usada na Alemanha é “*Besonderes Gewaltverhältnis*”, comumente traduzida como “relação de *sujeição especial*”, muito embora sua tradução literal seja “relação de *poder especial*”. As críticas à concepção subjacente a essa expressão, segundo a qual as relações entre Estado e indivíduo consistiriam em relações de poder e submissão, levaram a própria doutrina alemã, por volta da década de 80 do século passado, a repudiar o uso desse termo, num movimento que ficou conhecido como “*Abschied vom besonderen Gewaltverhältnis*” (despedida da relação de poder especial)³. Em seu lugar, começou-se a adotar termos como “*öffentlich-rechtlichen Sonderbindung*” (vinculação especial de direito público), “*Sonderverhältnis*” ou “*Sonderstatus*” (relação ou *status especial*) ou “*besondere Lebensverhältnisse*” (relações vitais especiais), todos tendentes a traduzir as idéias de que (i) a relação entre Estado e indivíduo compreende direitos e deveres concretos determinados por uma ordem jurídica, não se reduzindo a uma simples relação de “poder”; e (ii) nenhum tipo de relação especial ou diferenciada entre Estado e indivíduo pode implicar uma zona isenta da incidência do Direito⁴.

Embora a discussão terminológica tenha tido poucos reflexos em outros países, onde as expressões “relações especiais de poder” ou “relações especiais de sujeição” permanecem em uso⁵, verifica-se desde logo que o

3 LOSCHELDER, Wolfgang. Grundrechte im Sonderstatus. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOFF, Paul (Orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: Müller, Jur. Verlag, 1992, Bd. 5. Allgemeine Grundrechtslehren, p. 806.

4 Em sentido contrário, negando a conveniência de uma “maquiagem” terminológica e defendendo que se deva “jogar com cartas abertas em manter a expressão relação especial de poder”, v. RONELLEN-FITSCH. Das besondere Gewaltverhältnis als verwaltungsrechtliches Institut. In: MERTEN, Detlef (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Vorträge des 25. Sonderseminars 1984 der Hochschule für Verwaltungswissenschaft Speyer. Berlin: Duncker & Humblot, 1985. p. 36-37.

5 Jane Reis Gonçalves Pereira dá notícias de que enquanto na Espanha a maior parte da doutrina utiliza o termo “relações de sujeição especial” ou sua variante “relações especiais de sujeição”, em Portugal se usa indistintamente os termos “relações especiais de poder” e “relações especiais de sujeição”. V. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 388.

debate desenrolado na Alemanha reflete a profunda reconsideração doutrinária que esta categoria vem sofrendo. A substituição da idéia de “poder especial” pela de “relação especial” revela a metamorfose na compreensão doutrinária do instituto, de uma concepção autoritária e antidemocrática para um conceito mais palatável ao Estado constitucional e democrático de direito dos dias atuais.

Neste trabalho, as expressões acima referidas serão usadas indistintamente.

2 ORIGEM HISTÓRICA E DOGMÁTICA ATUAL

Para uma adequada compreensão das relações de sujeição especial, é necessário entender corretamente o momento histórico em que se deu sua gênese e o contexto político e social em que o instituto se desenvolveu. Esta seção dedica-se a um breve excuroso histórico, partindo do período da monarquia constitucional alemã até sua reformulação no período pós-Segunda Guerra. Não custa, porém, lembrar que um processo histórico não é “uma mera seqüência de pontos”, nem “uma seca e fria sucessão de fatos”, mas possui entrelinhos, planos intermédios, tendências metódicas e ângulos ideológicos⁶. Não é simples traçar a evolução histórica das relações de sujeição especial, especialmente a partir da segunda metade do século XX, período em que as aceleradas transformações sociais, políticas e econômicas vieram agregar novas dimensões e perspectivas à noção até então predominante. Importante assinalar, também, que sua recepção deu-se de modo distinto nos diversos países por onde o conceito se difundiu. Tendo isso em mente, examinem-se, a seguir, as linhas de força que nortearam o desenvolvimento do instituto.

2.1 A gênese das relações de sujeição especial: da monarquia constitucional até a Segunda Guerra Mundial

A formação da teoria das relações de sujeição especial se situa num momento histórico em que a Alemanha superava o regime do antigo Estado de Polícia, ingressando no regime do Estado de Direito (*Rechtsstaat*). Enquanto muitos países europeus foram marcados por sangrentas revoluções de inspiração liberal pelo fim do absolutismo, na Alemanha a política do despotismo esclarecido do século XVIII, influenciada por pensadores como Emmanuel Kant, havia sido bastante benevolente com a burguesia e notavelmente moderna no que concerne aos princípios jurídicos e administrativos. A Prússia do século XVIII foi caracterizada, de um lado, por um forte movimento de codificação das leis, que se fortaleceu com Frederico II, e, de

6 Cf. SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 4-5.

outro, pela busca do controle judicial da Administração Pública, cuja força havia transformado a Prússia num Estado de Polícia.

A concepção de *Rechtsstaat*, adotada pelos alemães, difere do Estado de Direito, perseguido em outros países, pela circunstância de que a verdadeira necessidade de limitação não recaía sobre um monarca ou um legislador, mas sobre um aparelho administrativo de alta complexidade. Assim, a idéia de *Rechtsstaat*, surgida na Alemanha no início do século XIX⁷, distancia-se substancialmente do fenômeno inglês do *rule of law*. Enquanto na Inglaterra buscava-se a supremacia do Parlamento combinada com o Governo pelo direito e pelas leis, o pensamento alemão voltava-se para a construção de uma determinada *forma legal* de Estado apta a garantir liberdade e segurança, independentemente da *estrutura política* que esse Estado viesse a assumir. Enquanto a burguesia inglesa lutou pela supremacia do parlamento de modo a conseguir fazer valer seus ideais políticos e econômicos, a burguesia alemã deparou-se com as leis da monarquia constitucional em vigência e tratou de interpretá-las de modo a conseguir um mínimo de liberdade econômica, em face a um Estado mais ou menos absoluto⁸. A monarquia constitucional, que nesse período se desenvolvia na Alemanha, surgiu não em oposição ao antigo Estado Absolutista, mas a partir dele, como uma espécie de “metamorfose do antigo absolutismo esclarecido”⁹⁻¹⁰.

A ascensão social e política da burguesia e o surgimento do parlamento como órgão de representação popular, todavia, convergiram para formar uma polarização entre o princípio monárquico e a soberania popular, entre Estado e sociedade¹¹. Tal polarização consubstanciava-se na dicotomia entre o domínio da lei e o domínio do regulamento, entre a atuação estatal jurídica e a atuação livre, entre o contencioso e o gracioso, entre o âmbito externo e o interno, entre a lei em sentido formal e a lei em sentido material. Nesse contexto, ainda fortemente influenciado pelo princípio monárquico, a administração se desenvolvia na área “livre” da atuação estatal, cercada de

7 O termo aparece primeiro na obra de Carl Theodor Welcker, em 1813, e depois nas obras de Johann Christoph Freiherr (1824) e de Robert von Mohl (1829). Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Naissance et Développement de la Notion d'État de Droit*. In: *Le Droit, l'État et la constitution démocratique*. Paris: Bruylant L.G.D.J., 2000. p. 128-129.

8 NEUMANN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969. p. 54.

9 HINTZE, Otto. Apud OSSENBÜHL, Fritz. *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*. Bad Homburg: Verlag Dr. Max Gehlen, 1968. p. 44.

10 Böckenförde destaca que a formulação original de *Rechtsstaat* erigiu um gênero de Estado que se opunha à teocracia e ao despotismo. Essa primeira formulação caracterizava-se (i) pela rejeição a toda representação moral ou religiosa do Estado, (ii) pela limitação de seus fins à liberdade e segurança da propriedade e do indivíduo e (iii) pela organização do Estado e regulação de suas atividades segundo os princípios da razão. Tratava-se de uma noção de Estado tipicamente burguesa: Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Naissance et Développement de la Notion d'État de Droit*. In: *Le Droit, l'État et la constitution démocratique*. Paris: Bruylant L.G.D.J., 2000. p. 128-132.

11 OSSENBÜHL, Fritz. *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*. Bad Homburg: Verlag Dr. Max Gehlen, 1968. p. 35.

exorbitâncias e prerrogativas justificadas pela oposição entre Estado e sociedade, em relação às quais não fazia sentido opor qualquer reação em nome da igualdade individual¹².

Embora a construção doutrinária do conceito de *Rechtsstaat* tenha vindo afirmar a necessidade de demarcação dos limites da atividade estatal em conformidade com o direito, empurrando aos poucos a administração em direção à juridicidade, ainda persistia a idéia da lei como mero limite externo de uma Administração essencialmente livre. Assim, grandes zonas da atuação administrativa permaneceram impermeáveis ao Direito, manifestando-se por meio de regulamentos administrativos (*Verwaltungsordnungen*), atos concretos e medidas de ordem interna (*mesures d'ordre interieur*). De especial relevância para a compreensão do dualismo do poder que permeava a monarquia constitucional foi a obra de Laband, que cunhou a distinção entre *lei em sentido material*, que seria aquela dotada de conteúdo de proposição jurídica, e a *lei em sentido formal*, que exigia a aprovação do parlamento mesmo que não houvesse qualquer conteúdo de proposição jurídica¹³. A separação entre o conceito material e o conceito meramente formal de lei buscava resolver a questão, de natureza política, da concorrência entre dois tipos distintos de legitimidade de poder: o poder monárquico e o poder representativo. Se fosse possível encontrar uma substância ou matéria típica de lei, seria possível distinguir entre os assuntos reservados ao parlamento e aqueles devolvidos à livre decisão do monarca¹⁴.

A distinção proposta por Laband teve importantes reflexos na teoria das relações de sujeição especial, porque servia para justificar a existência de espaços de atuação estatal livres de incidência do jurídico. Laband acreditava num Estado unitário, individualizado, impermeável e fechado para o exterior, de modo que sua “esfera interior” não seria alcançada pelo Direito. Só haveria espaço para uma “proposição jurídica” quando a manifestação de vontade do Estado atingisse, de algum modo, a esfera jurídica de outro indivíduo, ou seja, quando se tratasse de relações “externas”. As regras que se aplicavam no interior da Administração não possuiriam, segundo ele, a natureza de prescrições de *direito*, mas seriam apenas prescrições *administrativas*. Assim, aquele que penetrasse na esfera interna do Estado abandonaria as vestes de cidadão para assumir a roupagem do funcionário público, sujeito a ordens e instruções com efeitos apenas internos. É a esse

12 GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *Da justiça administrativa em Portugal*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1994. p. 297-298.

13 LABAND, Paul. Apud OSSENBUHL, Fritz. *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*. Bad Homburg: Verlag Dr. Max Gehlen, 1968. p. 55-56.

14 “Quando nasceu, portanto, este conceito dualista da ‘lei em sentido material’ e da ‘lei em sentido formal’, o problema da definição do conceito de lei estava histórica, teórica e dogmaticamente ligado, por um elo insolúvel, ao problema político da separação dos poderes em estruturas constitucionais fundadas em legitimidades indecisas.” AMARAL, Maria Lúcia. In: *Dicionário de filosofia moral e política*. Elaborado pelo Instituto de Filosofia da Linguagem da Universidade Nova de Lisboa. Disponível em: http://www.ifl.pt/dfmp_files/lei.pdf. Acesso em: 25.02.2006.

tipo de relação jurídica interna, à parte das relações jurídicas que se desenvolviam sob o manto do Direito, que Otto Mayer, mais tarde, daria o nome de relações especiais de poder (*besonderes Gewaltverhältnis*)¹⁵. Embora a teoria das relações especiais de sujeição só viesse a ser formalmente elaborada por Otto Mayer já no início do século XX, suas raízes possuem assento no período autoritário da monarquia absolutista. É interessante notar que já em 1794 a legislação prussiana (*Allgemeines Landrecht – ALR*) distinguia entre a relação comum do cidadão com o Estado e a relação dos servidores civis e militares, com seus votos obrigatórios de lealdade ao monarca¹⁶.

A doutrina de Otto Mayer partia da concepção de um poder executivo essencialmente livre, vinculado pela lei apenas em relação a certos objetos particularmente importantes. Nesse sentido, embora defendesse a instauração de um Estado de Direito, afirmava a necessidade de que a Administração pudesse “viver e trabalhar” independentemente da existência de normas para dirigir sua atividade. Desse modo, o Estado de Direito deveria, segundo ele, restringir suas exigências à esfera do possível, sem pretensão de regular estritamente a multitude de assuntos dos quais a Administração se encarregava¹⁷.

Mayer atribuía, assim, à Administração um amplo espaço de liberdade no seu âmbito interno. Uma vez que esse espaço interno só estaria em hipóteses excepcionais sujeito à *reserva de lei*, na maior parte dos casos o Executivo agia de forma livre e independente, vinculado apenas às finalidades gerais da Administração Pública sob o regime de *preferência de lei*¹⁸.

A doutrina das relações de sujeição especial revela-se, dessa forma, retrato fiel de uma época em que o indivíduo se encontrava submetido ao

15 OSSENBÜHL, Fritz. Op. cit., p. 58-60.

16 Cfr. Parte II, Título 10 – Dos direitos e obrigações dos servidores do Estado. In: *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794*. Disponível em: http://plato.kfunigraz.ac.at/dp/NEUZIT/DOCS_E/ALR.HTM. Acesso em: 07.07.2006 (tradução livre):

“§ 1 Aos servidores civis e militares é determinado principalmente ajudar a manter e sustentar a segurança, a boa ordem e a prosperidade do Estado.

§ 2 Além das obrigações gerais de sujeição (*allgemeinen Unterthanenpflichten*), eles devem prestar especial lealdade e obediência ao chefe do Estado.

§ 3. Qualquer pessoa, de acordo com as condições de sua profissão e segundo o conteúdo de sua instrução, está ainda afeita, por juramento e obrigação, a prestar ao Estado serviços especiais”.

17 “[...] a administração, para fazer-se ‘conforme ao direito’, deve estar vinculada pelas regras jurídicas. A Constituição criou com essa finalidade a forma da lei, e isso basta. Não obstante, é fácil ver que a atividade do Estado não pode circunscrever-se à simples execução das leis existentes; a ele é necessário viver e trabalhar, ainda que não haja normas para dirigir sua atividade; há na administração uma multitude de coisas que não podem ser previstas por regras estritas que as encadeariam. O *Rechtsstaat* deve, por conseguinte, restringir suas exigências ao que seja possível; portanto, seu princípio pode formular-se assim: a ação da administração há de ser dirigida, na medida do possível, por regras de direito” (tradução livre). MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Parte General. Tradução do francês por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. t. I, Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 80.

18 “Não é possível manter a Administração numa dependência tão completa. Em conseqüência, somente para certos objetos particularmente importantes se fez da lei constitucional uma condição indispensável da atividade do Estado. Para todos os outros casos, o poder executivo está livre; trabalha em virtude de sua força própria e não em virtude da lei. Nós chamamos esta exclusão da iniciativa do executivo – existente para esses objetos especialmente sinalados – a *reserva de lei*.” Cf. MAYER, Otto. Op. cit., p. 98.

poder potencialmente ilimitado do Estado, reduzindo-se seu *status* cívico a uma “relação de poder geral”¹⁹.

As relações de sujeição especial são caracterizadas por Mayer da seguinte forma:

“Há no direito público uma classe especial de relações que contêm um poder geral em favor da autoridade: a elas se deu o nome de relações de sujeição particular (*Gewaltverhältnis*). O ato administrativo que se cumpre para fazer valer sobre o indivíduo o vínculo de sujeição e extrair as conseqüências se chama *instrução*.”²⁰

Adiante, o autor esclarece:

“Sujeição significa vínculo de duas pessoas desiguais desde o ponto de vista do direito, cujo conteúdo é determinado pela pessoa superior. Nesse sentido, a relação entre Estado e súdito é um vínculo de sujeição importante. Mas, principalmente, com essa palavra queremos designar uma relação de sujeição criada especialmente para o súdito, ou melhor, para uma certa pluralidade de súditos. É uma relação jurídica de direito público pela qual o indivíduo está vinculado em relação ao Estado por efeito da obrigação geral de regular sua conduta conforme a um certo interesse público. Em virtude dessa obrigação, a ele são dadas ordens detalhadas. Essas ordens, que têm todas as qualidades de um ato administrativo, apresentam a particularidade, já mencionada, de que podem ser emitidas sob a forma de uma regra geral. E quando se trata de uma ordem especial, não emana necessariamente de uma autoridade; são simples empregados do serviço público interessado que têm esse direito de mando. É nesses dois aspectos, pois, que a relação de sujeição, por sua natureza excepcional, apresenta particularidades.”²¹

Dessa definição depreende-se que as relações de sujeição especial tinham o condão de colocar o indivíduo numa situação de especial dependência em relação ao Estado. Afastava-se o princípio da reserva legal para a imposição de restrições aos direitos fundamentais, podendo o Executivo mover-se de forma livre e autônoma para determinar os termos e condições da relação especial em causa. Mayer menciona como exemplos de *relações de sujeição especial* as obrigações do funcionário público, o poder disciplinador (*Dienstgewalt*), o poder de direção nos estabelecimentos públicos (*Anstaltsgewalt*) e o poder das corporações públicas sobre seus membros (*Vereinsgewalt*). A instauração de uma relação de sujeição especial poderia, para Mayer, decorrer de lei, como no caso das relações involuntárias, como o serviço militar, ou de um ato de consentimento voluntário, como

19 HESSE, p. 281.

20 MAYER, Otto. Op. cit., p. 134.

21 MAYER, Otto. Op. cit., p. 144-145.

ocorre na nomeação para um cargo público²². Assim, a diferenciação entre relações especiais e relações gerais servia de instrumento legitimador da modificação da vigência geral de três institutos jurídicos: (i) o princípio da legalidade; (ii) os direitos fundamentais; e (iii) a proteção judicial²³.

Durante o período da monarquia constitucional, a teoria das relações de sujeição especial ganhou grande aceitação, com algumas vozes isoladas de crítica. De um lado, a doutrina majoritária pregava uma separação rigorosa entre o âmbito externo, sujeito às normas jurídicas, e o âmbito interno, livre de restrições jurídicas; de outro, algumas vozes críticas pretendiam que também o espaço interno de organização estatal fosse submetido ao Direito²⁴. Jane Reis Gonçalves Pereira atribui o sucesso dessa formulação teórica, durante o período da monarquia constitucional na Alemanha, à sua precisa adaptação ao contexto histórico em que estava inserida, visto que buscava conciliar, por um lado, as exigências de Estado de Direito associado ao princípio democrático e, de outro, os resquícios de autoritarismo, ainda caracterizadores do sistema político da época, os quais provinham da persistência do princípio monárquico²⁵. Como o próprio Otto Mayer asseverou na virada do século XX, “o direito atual está, todavia, repleto de restos das épocas precedentes, restos que estão em franco contraste com os princípios fundamentais do direito moderno e que devem desaparecer ou transformar-se”²⁶.

É lícito imaginar que o sucesso da teoria das relações especiais de sujeição esteja também relacionado às peculiaridades da concepção de Estado de Direito que se desenvolvia na Alemanha. O Estado de Direito que então se configurava tinha natureza marcadamente *formal*, menos preocupado com as metas e finalidades do Estado do que com a maneira e caráter de sua realização²⁷. Vivia-se, então, um momento de ascensão do *positivismo jurídico* e de obsolescência do *jusnaturalismo*, rejeitando-se todos os elementos de abstração, juízos de valor ou cogitações sobre o *dever-ser* do Direito, assumindo a lei a condição de único valor²⁸.

22 MAYER, Otto. Op. cit., p. 129-130.

23 HERRARTE, op. cit., p. 25.

24 OSSENBÜHL, op. cit., p. 75.

25 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 395.

26 MAYER, Otto. Op. cit., p. 28.

27 Essa atitude neutra com relação à forma de Estado transparece nos escritos de Friedrich Julius Stahl: “O Estado deve-se tornar um *Rechtsstaat*. É a solução para os nossos problemas e a força motivadora de nossos dias... O Estado deve definir e conseguir os meios e limites de suas próprias atividades da mesma forma que a esfera de liberdade de seus cidadãos, tudo estritamente de acordo com a lei. Não deve chegar à idéia ética diretamente (isto é, de maneira coercitiva) além dos limites da legalidade, o que significa que, nessa esfera, não deve tentar fazer mais do que o indispensável. O conceito de *Rechtsstaat* não significa que o Estado apenas dirige a ordem legal sem objetivos administrativos nem que apenas protege os direitos do indivíduo. Não se refere às metas ou conteúdo das atividades do Estado, mas apenas à maneira e caráter de sua realização”. Cf. STAHL, Friedrich Julius. *Rechts- und Staatslehre*. 3. ed. II, 137-47, apud NEUMANN, Franz. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969. p. 53 ss.

28 António Menezes de Cordeiro descreve o fenômeno com as seguintes palavras: “Os positivismos jurídicos, seja qual for a sua feição, compartilham o postulado básico da recusa de quaisquer referências

A concepção formal do Estado de Direito era defendida por diversos pensadores da época, associada à idéia de uma Administração forte, autônoma e livre. Rudolf von Gneist, por exemplo, defendia que as leis não deveriam constituir o fundamento, mas apenas o quadro e os limites de um executivo apto a agir por sua própria autoridade. O Estado de Direito implicaria, deste modo, numa administração forte e “*self-governing*”, dotada de jurisdição administrativa autônoma. A doutrina *konstitutionell*, por sua vez, buscava extirpar as “razões políticas” das considerações jurídicas, preconizando a eliminação de todo aspecto finalista do conceito jurídico de Estado e concentrando-se na idéia de “legalidade da Administração”. Pensadores, como Walter Jellinek, Fritz Fleiner, Rudolf Hermann Herrnrit e Otto Mayer, preocuparam-se em erigir um sistema de direito alheio aos *fins* da atuação administrativa, voltado somente para a teorização das *formas* jurídicas de sua atuação. O papel reconhecido à Constituição era mínimo: nas palavras de Carl Schmitt, “A constituição escrita do Estado de legislação parlamentar deve, em princípio, limitar-se a normas de caráter organizatório e jurídico-processual”²⁹.

Vê-se, portanto, que havia um ambiente doutrinário favorável à persistência da teoria das relações especiais de sujeição, o que de fato ocorreu, mesmo com o advento da Constituição de Weimar, a qual consagrou o princípio democrático e a reserva de lei em matéria de direitos fundamentais, suprimindo a base normativa que a fundamentara³⁰. Na verdade, com a queda da monarquia e a instauração da república, era de se esperar a superação da dicotomia clássica entre esfera externa, sujeita ao direito, e esfera interna, livre da influência da lei. Não foi, todavia, o que aconteceu. A *praxis* estatal e as decisões judiciais continuaram tomando como base a doutrina antiga, que assim tornava-se cada vez mais reconhecida e “legalizada”³¹.

Com a ascensão do nacional-socialismo, caiu em desuso o instituto das relações especiais de poder. Ossenbühl esclarece que, com a publicação da Lei Plenipotenciária de 24.03.1933, a visão dualista da lei (formal vs. material), bem como o conceito de regulamento decorrente da separação entre legislativo e executivo perderam o objeto, uma vez que o líder do Reich ascendeu como segundo legislador ao lado do parlamento. Mais tarde, sob a justificativa do “*Führerprinzip*”, Hitler passou a monopolizar to-

metafísicas’. O universo das ‘referências metafísicas’ – ou ‘filosóficas’ – alarga-se com a intensidade do positivismo: são, sucessivamente, afastadas as considerações religiosas, filosóficas e políticas, num movimento que priva depois a Ciência do Direito de vários de seus planos. No limite, cai-se na exegese literal dos textos, situação comum nos autores que consideram intocáveis as fórmulas codificadas”. O comentário consta da introdução à edição portuguesa de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. XIII-XIV.

29 SCHMITT, Carl. *Legalität und Legitimität*. Apud PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Um contributo para o estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1989. p. 167.

30 A persistência da Teoria das Relações Especiais de Sujeição após o advento da Constituição de Weimar é descrita por PEREIRA, Jane R. G. Op. cit., p. 396.

31 OSSENBÜHL, op. cit., p. 81-82.

das as competências legislativas. A confusão entre executivo e legislativo impedia qualquer distinção entre lei e regulamento, com base nas idéias de separação de poderes e esferas próprias de atuação. Além disso, o nacional-socialismo acreditava ter eliminado a distinção entre Estado e sociedade de onde, em última análise, provinha a distinção entre lei formal e material³². O regime autoritário do nazismo, fundamentado na ideologia da “comunidade do povo” como fonte primeira do direito e como elemento aglutinador da sociedade, acabou por borrar a distinção entre relações gerais e relações especiais de sujeição. Como destaca Benitez, naquele contexto “o que se perde é a noção mesmo de cidadão, que se dilui na de membro da comunidade”, tornando-se impossível diferenciar as relações comuns dos indivíduos com o Estado das suas relações como parte da máquina estatal³³.

2.2 Evolução após a Segunda Guerra Mundial

Após a tragédia do nazismo, o pensamento pós-Segunda Guerra procurou renovar e desenvolver o conceito de Estado de Direito apontando em duas direções: por um lado, para um Estado de Direito mais *social* do que liberal; por outro, para um Estado de Direito legitimado não apenas por parâmetros formais, mas firmemente ancorado sobre parâmetros *materiais*. A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, provocou um turbilhão de mudanças normativas, políticas e sociais. A queda do princípio monárquico eliminou o fundamento para a concepção dualista da lei que vigorava durante o período da monarquia constitucional; além disso, a supremacia do parlamento colocou o outrora independente executivo numa situação de dependência do legislativo, de modo que à administração só seria lícito agir quando o Parlamento lhe fornecesse o fundamento legal para tanto. Sobretudo, a Lei Fundamental de Bonn veio consagrar direitos e liberdades concretos, subtraindo os direitos fundamentais, em seu “conteúdo essencial”, da disposição dos poderes estatais³⁴.

Nesse contexto, a teoria das relações de sujeição especial revelou-se anacrônica e nitidamente incompatível com o novo quadro constitucional. Todavia, não foi de imediato abandonada. A entrada em vigor da Lei Fundamental de Bonn não provocou a imediata superação dos conceitos jurídicos ancorados em estruturas constitucionais pretéritas, mas contribuiu para sua gradual obsolescência e/ou transformação³⁵.

A reconfiguração da teoria das relações de sujeição especial à luz das novas premissas constitucionais sofreu forte influência de dois acontecimentos: a reunião de professores de direito de Estado (*Staatsrechtslehrertagung*)

32 OSSENBUHL, op. cit., p. 93-95.

33 Cfr. BENITEZ, Mariano Lopez. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid: Civitas, 1994. p. 111-113.

34 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 231.

35 Nesse sentido, v. HERRARTE, op. cit., p. 54.

realizada em Mainz, em 1956; e a sentença do Tribunal Constitucional de 14.03.1972, relativa aos direitos fundamentais de presos.

2.2.1 O novo perfil dogmático do instituto: a “Staatsrechtslehre” de 1956

A conferência sobre relações especiais de sujeição, realizada em Mainz, em 1956, foi marcada pelas posições manifestadas pelos professores Krüger e Ule. Embora Krüger tenha opinado no sentido de que a relação especial de sujeição deveria ser qualificada como uma relação jurídica, na qual vigoravam os direitos fundamentais, sua conceituação do instituto e sua visão sobre poder e direito não foram bem aceitas pela crítica. Já a palestra proferida por Ule teve importantes repercussões sobre o desenvolvimento posterior da matéria. Analisando o problema do controle judicial dos atos administrativos nas relações especiais de sujeição, Ule cunhou a distinção entre o que chamou de “relações fundamentais” (*Grundverhältnisse*) e as “relações empresariais” (*Betriebsverhältnisse*), enquadrando na primeira categoria aqueles procedimentos que produzem efeitos externos, como, por exemplo, o nascimento, a modificação ou a finalização de uma relação especial de poder, e na segunda aqueles relacionamentos que não produzem efeitos externos, como, por exemplo, a regulação do intervalo do almoço. Medidas enquadradas na categoria das “relações fundamentais” seriam, para Ule, sempre suscetíveis de controle judicial; já em relação às medidas contidas nas “relações empresariais”, Ule considerou que a proteção judicial aplicar-se-ia tão-somente às relações militares ou àquelas desenvolvidas nos chamados “estabelecimentos fechados”, onde a concentração da força estatal alcança seu limite máximo. As “relações empresariais” desenvolvidas nos chamados “estabelecimentos abertos” também estariam juridicamente vinculadas, mas sujeitas ao controle apenas do juiz disciplinar ou administrativo. O sistema concebido por Ule buscava, então, conciliar a garantia constitucional de tutela judicial com a necessidade de operatividade e eficiência do sistema administrativo, evitando uma excessiva judicialização da vida social³⁶.

Tanto a posição de Ule quanto a de Krüger deixaram claro que, embora não se cogitasse de uma definitiva rejeição das relações especiais de sujeição, não mais seria admitida a existência de espaços ajurídicos, reconhecendo-se a incidência dos direitos fundamentais e a possibilidade de tutela judicial nesses espaços.

2.2.2 A decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 1972

A doutrina aponta a decisão BVGE 33, 1 do Tribunal Constitucional alemão, de 1972, como o grande catalisador para a metamorfose da doutri-

36 Para maiores detalhes sobre as discussões e conclusões da reunião de professores em Mainz, v. BENITEZ, Mariano Lopez. Op. cit., p. 122 e ss.

na das relações especiais de sujeição, após o advento da Lei Fundamental de Bonn. O recurso foi motivado pela restrição à liberdade de expressão de um preso, com fundamento em uma disposição administrativa. Na decisão, o Tribunal afirmou a vigência dos direitos fundamentais e do princípio da legalidade no âmbito das relações especiais de sujeição, determinando que (i) os direitos fundamentais dos presos somente podem ser restringidos por intermédio ou com base em uma lei; (ii) as intervenções nos direitos fundamentais dos presos, sem fundamento legal, somente podem ser de caráter provisório; (iii) a limitação dos direitos fundamentais dos presos somente pode ser considerada quando tal for indispensável para alcançar os fins da sociedade, abrangidos pela ordem de valores da Lei Fundamental; (iv) cabia ao legislador expedir uma lei de execuções penais em conformidade com a concepção moderna de direitos fundamentais, que contemplasse critérios rigorosos sobre as circunstâncias nas quais poderia haver intervenções nos direitos fundamentais³⁷.

O reconhecimento pelo Tribunal Constitucional de que a mera existência de uma relação de sujeição especial não podia ser entendida como a possibilidade de restrição autônoma aos direitos fundamentais levou parte da doutrina a, apressadamente, anunciar a morte da categoria³⁸. Todavia, o conceito sobreviveu e acabou por assumir novas feições e finalidades, continuando a ser largamente utilizado pela jurisprudência, na Alemanha e, também, em outros países.

2.2.3 Status atual da teoria na Alemanha: a evolução da doutrina e da jurisprudência

Após a decisão do Tribunal Constitucional de 1972, determinando a plena vigência dos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade também no âmbito das relações de sujeição especial, poucos tiveram dúvidas em declarar a extinção do instituto jurídico. Todavia, nos anos seguintes à decisão, ganhou adeptos a posição de que o anúncio da “morte súbita” da instituição havia sido precipitado³⁹.

A jurisprudência na Alemanha após 1972 começou a se cristalizar no sentido de que a restrição a direitos fundamentais nas relações de sujeição especial exigia fundamento legal, sempre que tais restrições ultrapassassem a medida de “restrições não-essenciais” à liberdade (*unwesentlicher Freiheitsbeeinträchtigung*). A partir de uma série de decisões, consagrou-se

37 SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*. Trad. Marcela Anzola Gil. Colômbia: Edições Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003. p. 12-16.

38 HERRARTE, op. cit., p. 57.

39 LOSCHELDER, Wolfgang. Staatseingliederung als Institutionalisierungsproblem. Zur Entwicklung und Krise des besonderen Gewaltverhältnisses. In: MERTEN, Detlef (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis. Vorträge des 25. Sonderseminars 1984 der Hochschule für Verwaltungswissenschaft Speyer*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985. p. 9.

a chamada teoria da essencialidade (*Wesentlichkeitstheorie*), firmando-se o princípio geral de que restrições significativas a direitos fundamentais exigem sempre fundamento legal⁴⁰.

Nesse sentido, uma decisão do Tribunal Constitucional de 1972, relativa à liberdade de profissão no âmbito médico, deixou claro que não é possível impor limites essenciais a direitos fundamentais sem autorização legal específica. A decisão dizia respeito à competência das Câmaras Médicas para regular o modo de exercício das especialidades médicas na ausência de leis sobre o assunto. No caso sob exame, questionava-se uma determinação da Câmara Médica segundo a qual um médico especialista deveria restringir suas atividades ao ramo de sua especialidade, abstendo-se de tratar pacientes carentes de cuidados médicos de outra natureza. Na decisão, o Tribunal determinou que “a característica do médico especialista não pode ser deixada exclusivamente ao regulamento pelo estatuto das câmaras médicas (ordens de médicos especialistas). Ao menos as disposições ‘constitutivas do *status* devem ser determinadas pelo próprio legislador”⁴¹.

Na esfera escolar, firmou-se no mesmo ano o entendimento de que o legislador é obrigado a determinar, ele mesmo, as regras com relevância significativa para os direitos fundamentais, e não deixá-las a cargo da Administração. No caso levado ao Tribunal, discutia-se a introdução de uma *Förderstufe* (algo como um ano adicional de estudo obrigatório) nas escolas de Hessen. A questão envolvia pontos complexos relativos ao direito de escolha dos pais quanto à educação de seus filhos e à liberdade da administração de estabelecer etapas de formação e metas de ensino para os alunos de escolas públicas. Em sua decisão, o Tribunal esclareceu que “as características essenciais de uma *Förderstufe* introduzida como educação obrigatória devem ser fixadas por lei”⁴².

Em 1977, outra decisão relativa à educação de alunos de escolas públicas teve grande impacto. A controvérsia residia em saber se o Estado podia oferecer educação sexual às crianças independentemente da vontade de seus pais. Na decisão, que levou em conta a tensão entre os direitos dos

40 V. HUBER, Peter-Michael. *Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren als Kompetenzproblem in der Gewaltenteilung und im Bundesstaat*. München: VVF, 1988. p. 195-202. V. também KRIELE, Martin. Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum. In: ISENSEE/KIRCHHOF. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: Müller, Jur. Verlag, 1992, Bd. 5. Allgemeine Grundrechtslehren. p. 129.

A questão foi abordada também pelo Tribunal Constitucional em notória decisão envolvendo a constitucionalidade de uma lei sobre o uso pacífico de energia nuclear. Naquela ocasião, o Tribunal Constitucional determinou que do princípio de reserva geral de lei decorre que o Executivo necessita de um fundamento legal para atos que correspondem essencialmente ao âmbito de liberdade e igualdade do cidadão. Cfr. BVerfGE 49, 89, de 08.08.1978, reproduzida em SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*. Trad. Marcela Anzola Gil. Colômbia: Edições Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003. p. 363 e ss.

41 Cfr. BVerfGE 33, 125, de 09.05.1972. Disponível em: <<http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv033125.html>>.

42 Cfr. a decisão do Tribunal Constitucional Alemão BVerfGE 34, 165, de 06.12.1972, disponível em: <<http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv034165.html>>.

pais, os direitos das crianças à personalidade e a competência do Estado para formar e educar, determinou-se que, embora a educação sexual não dependesse da aprovação dos pais, o princípio do Estado de Direito e o princípio da democracia exigiam que o legislador tomasse ele próprio as decisões essenciais em matéria de educação, não as transferindo à administração escolar. Por outro lado, consignou-se que a reserva de lei não significava a necessidade de regulação minuciosa pelo legislador sobre todas as modalidades de educação sexual, bastando que as funções das escolas em matéria educativa fossem determinadas mediante uma diretriz parlamentar com força de lei⁴³.

Mais recentemente, em setembro de 2003, uma decisão do Tribunal Constitucional alemão versando sobre liberdade religiosa no âmbito escolar confirmou a incidência da reserva legal no âmbito das relações especiais de sujeição⁴⁴. No caso levado à apreciação do Tribunal, a recorrente, candidata a professora de escola pública em Baden-Württemberg, havia sido rejeitada por decisão do Conselho Escolar Superior de Stuttgart, sob a alegação de que lhe faltavam as qualificações necessárias para o cargo, uma vez que era muçulmana e havia declarado sua intenção de utilizar um pano sobre a cabeça na escola e durante as aulas. O Conselho Escolar entendeu que o uso de um pano cobrindo a cabeça era uma expressão de separação cultural e, portanto, constituía não apenas um símbolo religioso, mas também um símbolo político. Na visão do conselho, o efeito de desintegração cultural provocado pelo uso de um pano na cabeça era incompatível com a neutralidade estatal. Em sua decisão, o Tribunal entendeu que todo cidadão tem direito de acesso ao serviço público, independentemente de seu credo religioso, e que o uso de um pano sobre a cabeça recai sob o âmbito de proteção da liberdade religiosa. Asseverou que a neutralidade estatal não significa uma rígida separação entre Estado e Igreja, mas sim uma postura aberta e abrangente que permite a liberdade de crença para todos. Desse modo, também nas escolas deveria existir abertura para outros valores religiosos e filosóficos, de modo a salvaguardar a neutralidade estatal. O Tribunal afirmou, ainda, que numa sociedade dotada de diversidade religiosa, não existe o direito de permanecer intocado por ações, rituais ou símbolos religiosos de outras crenças. Em relação à restrição imposta pelo Conselho Escolar, o Tribunal esclareceu que a tensão entre a liberdade positiva de crença de um professor, a obrigação estatal de neutralidade confessional, o direito dos pais de educar seus filhos e a liberdade negativa de crença das crianças tendo em conta a obrigação de tolerância, deve ser solucionada pelo legislador democrático. Uma restrição *a priori* quanto ao uso de símbolos ou vestimentas religiosas por parte de professores exige fundamento legal. No

43 Cfr. SCHWABE, Jürgen. Op. cit., p. 180.

44 BVerfG, 2 BvR 1436/02, de 24.09.2003. Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr143602.html>. Acesso em: 13.07.2006.

caso sob exame, o Tribunal entendeu que não havia tal previsão legal, mas deixou consignado que as mudanças sociais e o crescente pluralismo religioso poderiam dar causa ao legislador para rever os limites das expressões religiosas nas escolas.

Comentando as transformações doutrinárias por que passou o instituto após a decisão de 1972, Ronellenfitch assim descreveu o *status* atual da doutrina:

- “(1) A reserva legal também vale nas relações especiais de sujeição.
- (2) O exercício de direitos fundamentais nas relações de sujeição especial pode ser restringido apenas por lei ou com base em uma lei.
- (3) O Poder Executivo não possui um poder autônomo de criação do direito no âmbito das relações especiais de sujeição.
- (4) Também contra medidas no interior das relações especiais de sujeição que impliquem constringções aos direitos fundamentais é dada proteção legal.”⁴⁵

Todavia, muitas polêmicas ainda rondam o instituto. A teoria da essencialidade, por exemplo, comporta diversas críticas. Por sua natureza fluida e imprecisa, não fornece parâmetros seguros para que se determine de antemão quais aspectos de determinada matéria são ou não essenciais. Abrem-se, dessa forma, portas para o decisionismo judicial, uma vez que será sempre o Tribunal Constitucional a apreciar, em última instância, a essencialidade da questão sob controvérsia. Não obstante, deve-se reconhecer, com Ossenbühl, que a teoria da essencialidade abriu o tema da reserva de lei a outros *topoi* – como, por exemplo, o trabalho excessivo do parlamento, a legitimação pelo procedimento, a necessidade de flexibilidade em questões escolares – que podem ajudar a demarcar os limites da reserva legal⁴⁶.

Outro problema enfrentado pela doutrina diz respeito ao uso pelo legislador de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, com o conseqüente alargamento do campo de discricionariedade e a ampliação da liberdade de interpretação do Executivo. Sobre esse ponto o Tribunal Constitucional já se manifestou, considerando lícito e inevitável o uso desse tipo de estrutura normativa. Um problema correlato é a intensidade do escrutínio judicial na análise de decisões administrativas decorrentes de normas jurídicas que empregam conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. Sobre essa questão, parece não haver qualquer tipo de consenso⁴⁷.

45 RONELLENFITSCH, Michael. Das besondere Gewaltverhältnis als verwaltungsrechtliches Institut. In: MERTEN, Detlef (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Vorträge des 25. Sonderseminars 1984 der Hochschule für Verwaltungswissenschaft Speyer. Berlin: Duncker & Humblot, 1985. p. 36.

46 Cf. OSSENBUHL, apud HERRARTE, op. cit., p. 84.

47 RONELLENFITSCH, cit., p. 40-43.

Há também algum dissenso doutrinário sobre a necessidade de previsão constitucional explícita para a limitação de direitos fundamentais em razão da existência de uma relação de sujeição especial. Enquanto parte da doutrina entende ser suficiente que a instituição na qual se insere a relação especial seja constitucionalmente legitimada, outros segmentos afirmam ser indispensável que a Constituição se refira expressamente à possibilidade de limitação de direitos⁴⁸.

Finalmente, discute-se ainda se há ou não uma diferença qualitativa na possibilidade de restrição dos direitos fundamentais dos cidadãos inseridos em relações especiais de sujeição quanto aos cidadãos comuns. Enquanto parte da doutrina defende, em qualquer caso, o uso dos parâmetros gerais, comuns a todos os indivíduos, outros defendem que a restrição a direitos fundamentais de pessoas inseridas em relações especiais pode operar segundo uma lógica própria⁴⁹. Nessa segunda linha se posiciona Detlef Merten que, reagindo contra a “fobia ao poder” (*Gewalt-Phobie*), defende que o instituto das relações especiais de sujeição têm a função de proteção da liberdade, na medida em que impede uma flexibilização excessiva dos limites aos direitos fundamentais dos cidadãos comuns e torna previsíveis e calculáveis as restrições impostas sobre os cidadãos “submetidos ao poder”⁵⁰.

Como se vê, apesar de o instituto ter se mantido vivo na Alemanha, são procedentes as críticas quanto à falta de nitidez de seus contornos essenciais, bem como ao seu caráter de “conceito guarda-chuva”, sob o qual podem se albergar as mais diversas interpretações.

3 RECEPÇÃO DO INSTITUTO NO BRASIL

No Direito brasileiro, o instituto das relações especiais de sujeição encontrou pouca acolhida, muito embora as discussões travadas sobre os limites das restrições a direitos fundamentais no âmbito de relações diferenciadas com o poder público se assemelhem às que se desenrolam hoje na Europa e nos Estados Unidos.

Há, no Brasil, um certo consenso doutrinário e jurisprudencial de que os direitos e garantias fundamentais não possuem caráter absoluto, podendo, desde que respeitadas as normas constitucionais, sofrer restrição em face a razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades⁵¹. Todavia, não há ainda um esforço dou-

48 Sobre o assunto, v. PEREIRA, Jane R. G. Op. cit., que entende que a discussão sobre a necessidade de previsão constitucional expressa reflete o antagonismo entre as teses internas e externas acerca das restrições aos direitos fundamentais.

49 LOSCHELDER. *Staatseingliederung...* cit., p. 13-16.

50 MERTEN, Detlef. Grundrechte und Besonderes Gewaltverhältnis In: *Das besondere Gewaltverhältnis...*, p. 73.

51 Em decisão sobre a possibilidade de ordenação de quebra de sigilos telefônico, fiscal e bancário por Comissão Parlamentar de Inquérito, o Relator Celso de Mello afirmou: “Os direitos e garantias individuais

trinário no sentido de estabelecer limites e traçar parâmetros para tais restrições nos casos em que o indivíduo se encontra inserido numa relação especial com o Estado.

Nada obstante, as decisões de nossos tribunais tendem a rechaçar a tese de que seria possível o afastamento da incidência dos direitos fundamentais, do princípio da reserva legal em matéria sancionatória e do controle jurisdicional com fundamento num pretense “poder especial” da Administração Pública. Na verdade, tem-se entendido que embora em alguns casos sejam admissíveis (i) restrições a direitos fundamentais, (ii) uma menor exigência quanto à densidade normativa da lei e (iii) uma incidência reduzida do controle jurisdicional, a intensidade das restrições ou minorações deve ser razoável e proporcional à luz do nosso sistema constitucional e face aos fatos concretos sob análise.

Em 2004, decisão do Superior Tribunal de Justiça analisou o problema da liberdade de expressão no âmbito militar, nos autos de um caso em que um capitão da Polícia Militar Estadual de Santa Catarina havia sido punido com a pena de seis dias de prisão por haver concedido, sem autorização, entrevista a respeito do tema de monografia de sua autoria. O STJ deu provimento ao recurso, entendendo não ter havido transgressão disciplinar, ressaltando que “da garantia de liberdade de expressão de atividade científica, independente de censura ou licença, constitucionalmente assegurada a todos os brasileiros (art. 5º, IX), não podem ser excluídos os militares em razão de normas aplicáveis especificamente aos membros da Corporação Militar. Regra hierarquicamente inferior não pode restringir onde a Lei Maior não o fez, sob pena de inconstitucionalidade”⁵².

No âmbito do direito administrativo sancionador, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura de respeito à proporcionalidade, de observância do devido processo legal⁵³ e de inafastabilidade do controle judicial. Recentemente, pronunciou-se no sentido de que “embora o Judiciário não possa substituir-se à Administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão

não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato fático que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desprezo aos direitos e garantias de terceiros.” (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12.05.2000)

52 STJ, RMS 11587/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 03.11.2004, p. 206.

53 “A garantia do direito de defesa contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos.” (RE 426.147-AgrR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05.05.2006).

legal”⁵⁴. Especificamente no que concerne à reserva legal para a imposição de sanções, em ação que discutia a demissão de servidor do DNER, o STF entendeu que “os atos administrativos que envolvem a aplicação de ‘conceitos indeterminados’ estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário”, esclarecendo que “a capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa”⁵⁵.

No tangente aos critérios de admissão ao serviço público, tampouco a jurisprudência admite a utilização de critérios subjetivos ou discriminatórios, reafirmando a incidência do princípio da legalidade, dos direitos e garantias fundamentais e do controle judicial. Nessa linha, há decisões rejeitando, por inconstitucionalidade, critérios de admissão considerando o sexo do candidato, bem como critérios subjetivos ou não revelados⁵⁶.

No âmbito das prisões, as decisões do STF tendem em duas direções. Por um lado, reconhece-se a possibilidade de restrição excepcional aos direitos fundamentais, respeitando-se as leis aplicáveis, com a finalidade de impedir práticas ilícitas⁵⁷. Por outro, reconhece-se um maior dever de proteção do Estado em relação àqueles que se encontram encarcerados, em função do dever constitucional de guarda inscrito no art. 5º, XLIX da Constituição⁵⁸.

Como se vê, é rara a invocação da teoria das relações especiais de sujeição na jurisprudência brasileira. Não obstante, a maioria das decisões envolvendo indivíduos dotados de um “*status diferenciado*” utilizam-se de raciocínios ponderativos e de linhas de argumentação envolvendo a proporcionalidade para justificar a restrição de direitos, a mitigação da legalidade e a menor intervenção do Judiciário.

54 STF, RMS 24.901, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 11.02.2005.

55 STF, RMS 24.699, Rel. Min. Eros Grau, DJ 1º.07.2005.

56 “Concurso público. Critério de admissão. Sexo. A regra direciona no sentido da inconstitucionalidade da diferença de critério de admissão considerado o sexo – art. 5º, inciso I, e § 2º do art. 39 da Carta Federal. A exceção corre à conta das hipóteses aceitáveis, tendo em vista a ordem sócio-constitucional.” (STF, RE 120.305, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 09.06.1995).

“Exame e avaliação de candidato com base em critérios subjetivos, como, por exemplo, a verificação sigilosa sobre a conduta, pública e privada, do candidato, excluindo-o do concurso sem que sejam fornecidos os motivos. Ilegitimidade do ato, que atenta contra o princípio da inafastabilidade do conhecimento do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. É que, se a lesão é praticada com base em critérios subjetivos, ou em critérios não revelados, fica o Judiciário impossibilitado de prestar a tutela jurisdicional, porque não terá como verificar o acerto ou o desacerto de tais critérios. Por via oblíqua, estaria sendo afastada da apreciação do Judiciário lesão a direito.” (STF, RE 125.556, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 15.05.1992).

57 “A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/1984, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.” (STF, HC 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.06.1994).

58 “Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLIX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos.” (STF, RE 272.839, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 08.04.2005).

Resta, portanto, a pergunta: diante da evolução do direito após a segunda guerra mundial e em face do instrumental teórico de que se dispõe hoje, há ainda alguma utilidade para o conceito de relações especiais de sujeição?

4 CONCLUSÕES: UMA CATEGORIA ANACRÔNICA, DESNECESSÁRIA E PERIGOSA

A teoria das relações especiais de sujeição, se compreendida como o fundamento para um poder administrativo autônomo que legitimaria a imposição de restrições aos direitos fundamentais à margem do Direito, é manifestamente incompatível com nosso sistema constitucional. Nesse sentido, a doutrina é tranqüila: não cabe cogitar do uso da noção de relações de sujeição especial como critério demarcador de um domínio imune aos direitos fundamentais⁵⁹.

O que se discute hoje é se esse instituto, à luz das transformações por que passou após a segunda guerra mundial, tem alguma utilidade prática como *instrumento hermenêutico racionalizador das decisões judiciais*, ou se o peso de seu passado, associado indelevelmente ao autoritarismo e à negação da vigência do Estado de Direito em certos domínios, torna-o inadequado e incompatível com o constitucionalismo moderno.

Sobre essa questão, a doutrina se divide. Enquanto, por um lado, o conceito tem sido, em muitos casos, bem empregado nas cortes constitucionais européias, como argumento acessório na apreciação da proporcionalidade das medidas que afetam direitos fundamentais, há fortes críticas, especialmente na doutrina espanhola, quanto à “frequência e alegria” com que os tribunais recorrem a esta categoria para resolver os mais variados problemas interpretativos sem maiores esforços argumentativos⁶⁰.

Com efeito, deve-se reconhecer o risco potencial de que o conceito seja empregado como fundamento autônomo para a restrição a direitos fundamentais, sem uma adequada análise dos fins constitucionais em jogo e da necessidade e proporcionalidade das restrições determinadas.

Ademais, é questionável se a utilização da categoria possui alguma utilidade hermenêutica, uma vez que se percebe claramente o alcance de resultados muito semelhantes pelos tribunais quando recorrem aos instrumentos ordinários de interpretação para a restrição de direitos fundamentais.

É questionável, também, se os cidadãos inseridos em relações especiais de sujeição podem ter seus direitos condicionados de modo *qualitativamente* diferente do que ocorre com os cidadãos comuns. Parece mais consentâneo com nosso sistema constitucional que as restrições impostas

59 PEREIRA, Jane R. G. Op. cit.

60 HERRARTE, op. cit., p. 420-425.

obedeçam às regras ordinárias de interpretação, mesmo porque as limitações dependerão das características concretas de cada relação especial. Nesse sentido, Hesse esclarece:

“Também para o tribunal, portanto, a problemática da limitação em relações de *status* especiais não é outra do que aquela no *status* cívico geral. A resolução tem de seguir as mesmas regras. Para a tarefa, com isso posta, de coordenação proporcional, é importante, entretanto, ademais, decisivamente a peculiaridade material da relação de *status* especial respectiva.”⁶¹

No direito brasileiro, Fábio Medina Osório se inclina no mesmo sentido, ao insistir que as distinções entre os ilícitos praticados por particulares e aqueles praticados no âmbito de uma relação de sujeição especial não invalidam a construção de um regime jurídico básico para o Direito Administrativo Sancionador com a percepção de uns princípios fundamentais, ainda que o conteúdo concreto de tais princípios possa variar em conformidade com determinadas circunstâncias⁶².

Na verdade, face à “maquiagem” terminológica sofrida e diante de sua radical metamorfose na segunda metade do século XX, o instituto revela-se hoje frágil, conceitualmente débil e carente de construções doutrinárias que justifiquem sua utilização. Pouco sobrou da noção de “especial sujeição”; hoje a doutrina em massa ressalta a necessidade de busca pela concordância prática e utilização da ponderação na restrição de direitos fundamentais. Nessa linha, Canotilho explicita que:

“Ao contrário do defendido pela doutrina clássica das relações especiais de poder, os cidadãos regidos por estatutos especiais não renunciam a direitos fundamentais (*irrenunciabilidade dos direitos fundamentais*) nem se vinculam voluntariamente a qualquer estatuto de sujeição, produtor de uma *capitis deminutio*. Trata-se tão-somente de relações de vida disciplinadas por um estatuto específico [...] devendo encontrar seu fundamento na Constituição (ou estar pelo menos pressuposto).”⁶³

Também Jane Reis Gonçalves Pereira, embora defenda a utilização prudente do conceito, esclarece que este não é, por si só, suficiente para fundamentar restrições a direitos fundamentais, sendo necessário levar em conta (i) a relevância do bem promovido pela instituição em que se insere a relação de sujeição especial, bem como (ii) o peso abstrato do direito fundamental restringido e a gravidade da restrição a este imposta⁶⁴.

61 Cf. HESSE, Konrad. Op. cit., p. 264.

62 OSÓRIO, Fábio Medina. Op. cit., p. 202-203.

63 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 466-467.

64 PEREIRA, Jane R. G. Op. cit.

Como destaca Herrarte, as relações de sujeição especial desfrutam de uma clara explicação de seu nascimento, mas não de sua existência atual. Acudir à categoria das relações de sujeição especial para solucionar os problemas interpretativos produzidos em relação ao princípio da legalidade ou aos direitos fundamentais é uma solução fácil, mas muito pouco rigorosa, além de duvidosamente compatível com o texto constitucional⁶⁵.

Assim, num país onde as decisões judiciais muitas vezes são pouco ou mal fundamentadas, parece questionável se a importação da doutrina das relações especiais de sujeição agregará qualquer utilidade prática. A utilização do conceito em questão revela-se não só anacrônica e desnecessária, como também perigosa, pelo déficit de racionalidade nas decisões judiciais e pelo excessivo confinamento de direitos fundamentais que pode propiciar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Maria Lúcia. In: *Dicionário de filosofia moral e política*. Elaborado pelo Instituto de Filosofia da Linguagem da Universidade Nova de Lisboa. Disponível em: <http://www.ifl.pt/dfmp_files/lei.pdf>. Acesso em: 25.02.2006
- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- AUTEXIER, Christian. *Introduction au droit public allemand*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.
- BENITEZ, Marian Lopez. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid: Civitas, 1994.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Naissance et Développement de la Notion d'État de Droit. In: *Le Droit, l'État et la constitution démocratique*. Paris: Bruylant L.G.D.J, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CORDEIRO, António Menezes de. Introdução à edição portuguesa de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. Allgemeiner Teil. 9. ed. München: Beck, 1966.
- GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *Da justiça administrativa em Portugal*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1994.
- HERRARTE, Iñaki Lasagabaster. *Las relaciones de sujecion especial*. Madrid: Civitas, 1994.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- HESSE, Konrad. Bedeutung der Grundrechte. In: BENDA/MAIHOFFER/VOGEL (Orgs.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Berlin: Walter de Gruyter, 1994.
- HUBER, Peter-Michael. *Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren als Kompetenzproblem in der Gewaltenteilung und im Bundesstaat*. München: VVF, 1988.

65 HERRARTE, op. cit., p. 425-426.

KRIELE, Martin. Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum. In: ISENSEE/KIRCHHOF. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: Müller, Jur. Verlag, 1992.

LEDEL, Christoph M. Das österreichische Militärstraf- und Heeresdisziplinarrecht im Lichte von Art. 5 und 6 EMRK unter Berücksichtigung der Lehre vom Besonderen Gewaltverhältnis. Trabalho para obtenção do grau de magistério na Universidade de Salzburgo, fev. 1994. 2. ed. revista e melhorada em agosto 1998. Disponível em: <<http://home.pages.at/ledel/diplom/diplom02.htm#t119>>.

LOSCHELDER, Wolfgang. Grundrechte im Sonderstatus. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOFF, Paul (Orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: Müller, Jur. Verlag, 1992.

LOSCHELDER, Wolfgang. Staatseingliederung als Institutionalisierungsproblem. Zur Entwicklung und Krise des besonderen Gewaltverhältnisses. In: MERTEN, Detlef (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Vorträge des 25. Sonderseminars 1984 der Hochschule für Verwaltungswissenschaft Speyer. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

MACHO, Ricardo García. *Las relaciones de especial sujeción en la constitución española*. Madrid: Editorial Tecnos, 1992.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Parte General. Traduzido do francês por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. t. I, Buenos Aires: Depalma, 1949.

MERTEN, Detlef. Grundrechte und Besonderes Gewaltverhältnis. In: Detlef MERTEN (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Vorträge des 25. Sonderseminars 1984 der Hochschule für Verwaltungswissenschaft Speyer. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

NEUMANN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1969.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000.

OSSENBÜHL, Fritz. *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*. Bad Homburg: Verlag Dr. Max Gehlen, 1968.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Um contributo para o estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1989.

RONELLENFITSCH. Das besondere Gewaltverhältnis als verwaltungsrechtliches Institut. In: MERTEN, Detlef (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Vorträge des 25. Sonderseminars 1984 der Hochschule für Verwaltungswissenschaft Speyer. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*. Trad. Marcela Anzola Gil. Colômbia: Edições Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003.

STARCK, Christian. *La constitution cadre et mesure du droit*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille; Paris: Economica, 1994.