

A LIBERDADE PROFISSIONAL NA PERSPECTIVA DAS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO

DERMEVAL ROCHA DA SILVA FILHO¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIMITES E RESTRIÇÕES. 2.1 Teoria externa. 2.2 Teoria interna. 2.2.1 Limites imanescentes. 3 RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO: BREVES ASPECTOS HISTÓRICOS. 3.1 As relações especiais de sujeição hoje. 3.2 As relações especiais de sujeição no Brasil. 3.3 As relações especiais de sujeição na constituição brasileira. 4. A LIBERDADE PROFISSIONAL DOS AGENTES PÚBLICOS. 4.1 Da imputação dos atos dos agentes ao poder público. 4.2 Supremacia do interesse público sobre o privado. 4.3 A discricionariedade administrativa. 4.4 Renúncia a direitos fundamentais. 4.5 Restrições com base na lei ou diretamente com base na Constituição - CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: A doutrina das Relações Especiais de Sujeição, em que pese totalmente adaptada ao Estado de Direito, ainda pode apresentar-se como janela para interferências do legislador e da Administração Pública sobre os direitos fundamentais dos cidadãos. O presente artigo estudará como e em que situações isso pode acontecer, procurando assim iniciar o debate sobre os limites dessas intervenções, fazendo-o especialmente com relação a liberdade profissional prevista no art. 5º, inciso XIII, da CF.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade profissional. Agentes Públicos. Relações Especiais de Sujeição.

¹ Advogado da União. Ex-chefe da Procuradoria Seccional da União em Ilhéus/BA. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA

PROFESSIONAL FREEDOM FROM THE PERSPECTIVE OF SPECIAL SUBJECT RELATIONS

ABSTRACT: The doctrine of Special Subjection Relations, although fully adapted to the rule of law, can still present itself as a window for interference by the legislature and the Public Administration on the fundamental rights of citizens. The present article will study how and in which situations this can happen, thus trying to start the debate about the limits of these interventions, especially in relation to the professional freedom provided for in art. 5, item XIII, of CF.

KEYWORDS: Professional freedom Public Agents. Special Subjection Relations.

INTRODUÇÃO

O estudo da teoria dos direitos fundamentais, o seu início, desenvolvimento e consolidação como direito liberal clássico, cuja vocação era a defesa do cidadão em face do Estado, permite deparar-se nesse processo histórico, a partir da doutrina alemã, com as Relações Especiais de Sujeição, instituto marcado pela subtração aos agentes públicos enquanto vinculados ao Estado, da proteção das leis e dos direitos fundamentais. A referida doutrina avançou e remodelou-se na Alemanha e em alguns outros países da Europa, tendo de há muito chegado ao Brasil, de modo que atualmente – lá e aqui - toda a Administração passou a submeter-se ao império da lei e da Constituição, não mais havendo que se falar em categorias excluídas da proteção do Estado de Direito.

No presente trabalho, pretende-se, à luz desse instituto² e seus desdobramentos³, pesquisar como e em que situações a Liberdade Profissional prevista no art. 5º, inciso XIII, da CF, pode sofrer intervenções pelo legislador e principalmente pela Administração Pública.

Nessa perspectiva, o artigo começará com uma breve explanação sobre os direitos fundamentais, seus limites e restrições, trazendo resumidas palavras sobre as teorias interna, externa e os limites imanentes. No segundo momento, serão abordados os aspectos históricos do instituto e seu perfil na doutrina e na Constituição brasileira. Na sequência será abordada a liberdade profissional dos agentes públicos, e para aferir como e em que situações ela pode ser afetada, far-se-á uma análise sobre a (i) imputação dos atos dos agentes ao Poder Público, a (ii) supremacia do interesse público sobre o privado, (iii) também sobre a discricionariedade administrativa, (iv) a possibilidade ou não de renúncia aos direitos fundamentais, tratando derradeiramente (v) das restrições com base na lei ou diretamente com base na Constituição.

Para tanto, lançar-se-á mão do método hipotético-dedutivo, objetivando colmatar as lacunas do problema em investigação, ciente que o conhecimento existente acerca do assunto parece até aqui insatisfatório.

Nessa perspectiva, a classificação da pesquisa pode ser considerada bibliográfica, que será a maneira a ser utilizada para obtenção dos dados necessários ao estudo proposto. Ou seja, o procedimento técnico a ser manejado neste trabalho será norteado pela análise e leitura de textos especializados, a começar por uma coletânea das principais obras e artigos científicos escritos, além de pesquisas a serem realizadas via coleta de jurisprudência, recursos que certamente atenderão às demandas da presente empreitada.

² Com referência expressa ao instituto na jurisprudência, cf. os seguintes exemplares: STJ, RESP 2004.0179060-8, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 04.02.2010.

STJ, AGRHC 2013.0305973-4, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 27.06.2014.

³ Comumente a jurisprudência se utiliza de outras expressões para justificar tratamento agravado ou diferenciado de pessoas insertas nessas situações. Cf.:

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

STF, HC 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.06.1994.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIMITES E RESTRIÇÕES

Não há consenso acerca da restringibilidade dos direitos fundamentais⁴ e tal parece não ser diferente com relação à liberdade profissional.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari,⁵tratando da legitimidade das restrições, classifica resumidamente o que se entende como restrições internas e externas a direitos fundamentais, reconhecendo como restrições internas, diretamente constitucionais, aquelas estipuladas pelo constituinte, “[...] às quais se somam as restrições externas, indiretamente constitucionais, estabelecidas pelo legislador ordinário e sujeitas ao controle da jurisdição constitucional.”⁶

Os direitos com restrições internas são aqueles limitados por disposição constitucional expressa, o que se vê, entre outros, no art. 5º, XVI, que o próprio texto traz o direito de “[...] reunir-se pacificamente, sem armas [...]”, além do art. 5º, XV, que dispõe sobre a liberdade de “[...] locomoção no território nacional em tempo de paz [...] [sem grifo no original]”. As restrições externas mediata ou indiretamente constitucionais, que são promulgadas com fundamento na Lei Maior, estão nas reservas simples e qualificada, as quais já abordadas neste trabalho.

Parte da doutrina entende, contudo, que há uma terceira alternativa para interferência em direitos fundamentais além daquelas que se dão com previsão de limitação direta no texto constitucional e também mediante reservas, fazendo-o com base na teoria do direito constitucional de colisão. Dizendo de outra forma, essa outra via trata da possibilidade de restrição de direitos não estampada textualmente na CF e também não autorizada pelas reservas legais.

⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286 “Apesar dos inúmeros esforços, que levaram a inúmeras e importantes ideias, não se pode dizer que já exista uma sistemática das restrições que seja satisfatória.”

⁵FERRARI, Regina Maria Macedo. **Direito Constitucional**, São Paulo: RT. 2011, p. 538-541.

⁶Ibidem., p. 538-541.

São as restrições que decorrem de colisões entre direitos fundamentais, ainda que inexistindo limitação expressa e à míngua de autorização literal prevendo a possibilidade de afetação pelo legislador.

Portanto, esse debate está longe de terminar no país, tanto mais porque a nossa Carta Magna não traz uma sistemática das restrições aos direitos fundamentais, o que tem levado o meio jurídico pátrio a defender, ora uma ampla concepção restritiva, ora uma reduzida possibilidade de restrições.

2.1 TEORIA EXTERNA

A teoria externa admite o convívio de duas coisas distintas: o direito fundamental abstratamente positivado (de um lado) e a restrição sobre esse direito autorizada pela Constituição (de outro lado), remanescendo desse encontro subsuntivo entre o direito e a restrição, o direito restringido⁷. Aqui os direitos fundamentais trazem comandos *prima facie*, admitindo restrições externas que podem surgir de colisões entre eles e os demais direitos e valores constitucionais, sendo que a constitucionalidade dessas afetações é aferível com recurso ao princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.

2.2 TEORIA INTERNA

Segundo Robert Alexy, a teoria interna trabalha em um cenário distinto do descrito na teoria externa. Na teoria interna, “[...] não há duas coisas – o direito e sua restrição -, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo.”⁸ Ou seja, não há que se cogitar de limites exteriores a direitos fundamentais, já

⁷ ALEXY, *op. cit.*, p. 277.

⁸ *Ibid.*, p. 277.

que os pretensos condicionamentos ao fim e ao cabo não passam de revelações de cunho interpretativo e declaratório do próprio conteúdo já implicitamente recortado na origem⁹. Dito de outra forma, o direito fundamental na verdade não sofre contenção por ação mediadora do legislador infraconstitucional, ele já se apresenta recortado em seu suporte fático a partir de suas limitações próprias. É nesse sentido que a doutrina fala de limites imanentes aos direitos fundamentais, assunto a ser tratado no próximo tópico.

2.2.1 LIMITES IMANENTES

Embora a Constituição Federal de 1988 apresente uma série de dispositivos com reserva legal simples e qualificada, facultando ao legislador impor restrições aos direitos fundamentais nas hipóteses em que especifica, tal não significa concluir que os direitos positivados nas demais normas constitucionais são absolutos, intocáveis ou irrestringíveis, ficando a salvo de qualquer afetação.

É que parece não remanescer dúvida que os direitos fundamentais não são absolutos – a começar porque são históricos – estando sujeitos a afetações gravosas ainda que inexistente expressa autorização constitucional nesse sentido, tendo em vista inevitáveis choques com outros direitos e bens de igual estatura constitucional, o que em si já seria o bastante para a intervenção legislativa em seu âmbito de proteção. É nesse contexto que surgem os limites imanentes, instituto sob domínio da teoria interna, os quais laborariam em torno da revelação do conteúdo do direito fundamental, daí porque não se pode falar,

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 406, “Assim, segundo a assim designada “teoria interna”, um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já “nasce” com seus limites. [...] para a teoria interna o processo de definição dos limites do direito é algo interno a ele.”

em relação a eles, de restrições ou afetações externas, mas apenas em sua configuração.¹⁰

Tal significa dizer que de fato existe a possibilidade de limites ou obstáculos não expressamente autorizados pelo legislador constituinte (embora latentes), existindo a compatibilidade de tais recortes a partir da convivência com as seguintes situações: respeito a direitos fundamentais de terceiros, direitos fundamentais limitados por questões de ordem pública e direitos fundamentais submetidos a relações especiais de sujeição. Estudaremos aqui, ainda que *en passant*, as relações especiais de sujeição.

3 RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO: BREVES ASPECTOS HISTÓRICOS

A doutrina das relações especiais de sujeição (que se consolidou no início do século XX) teve origem remota na Alemanha do século XIX, numa quadra histórica em que o poder político migrava da monarquia para a soberania do parlamento, saindo do Estado de Polícia e ingressando no Estado de Direito, em que pese mostrando ainda traços autocráticos e autoritários do antigo regime. Segundo Miriam Wimmer¹¹

Embora a construção doutrinária do conceito [...] 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.

¹⁰ SILVA, Clarissa Sampaio. Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição: O caso dos Agentes Públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 63.

¹¹ WIMMER, Miriam. As Relações Especiais de Sujeição Especial na Administração Pública. Revista Direito Público. Rio de Janeiro, n. 18, p. 31-53, out-nov-dez/2007.

Essa doutrina ficou marcada pela ideia de que a Administração tinha poderes ilimitados e não se submetia completamente ao império da lei, inclusive subtraindo de seus agentes públicos o caráter jurídico de sua relação com o Estado, deixando-os, o que é mais grave, desabrigados dos direitos fundamentais.

3.1 AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO HOJE

Atualmente tanto na Alemanha quanto em países como Portugal, Espanha, entre outros, o instituto mudou e não mais se concebe a Administração como impermeável aos direitos fundamentais, admitindo-se de há muito a configuração jurídica ou juridicidade das relações travadas no âmbito estatal, estando morto e enterrado o velho pilar clássico das relações especiais de sujeição.

Na defesa da doutrina em estudo, agora sob o pálio da configuração jurídica, o autor alemão Konrad Hesse¹² vai dizer que:

As relações de status especiais e as ordens, nas quais elas ganham configuração jurídica, muitas vezes, não poderiam cumprir suas tarefas na vida da coletividade, se o status geral, jurídico-constitucional, fundamentado pelos direitos fundamentais, do particular, também permanecesse conservado completamente no status especial.

Segundo ele, se certas categorias de servidores públicos tivessem o mesmo status cívico geral da generalidade das pessoas, a Administração não poderia, p. ex., restringir sua liberdade de expressão ao argumento do sigilo

¹² HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 261.

profissional, nem tampouco poderia criar – para os presos - qualquer embaraço para a sua liberdade de reunião.

E demonstrando como posiciona-se o direito alemão atualmente, o jurista registra que “[...] hoje existe concórdia sobre isto, que a problemática não pode ser resolvida sem uma limitação dos direitos fundamentais, que as relações de status especiais, porém, também não são eximidas simplesmente da validade dos direitos fundamentais, como isso tinha aceito a Doutrina do Direito Estatal mais antiga.¹³”

3.2 AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO NO BRASIL

Aqui no Brasil ainda é muito recente o estudo dessa doutrina, com destaque para Celso Antônio Bandeira de Mello, Jane Reis Gonçalves Pereira, Paulo Gonet Branco e Clarissa Sampaio Silva, os quais na linha dos países citados, trabalham o conceito como um instrumental importante para explicar a legitimidade de limitações decorrentes de variados graus de sujeição em situações havidas entre o Poder Público e seus agentes, e também entre o Poder Público e demais particulares a ele vinculados.

Clarissa Sampaio Silva¹⁴, em rara obra sobre assunto por aqui, fruto de sua tese de doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, formulou o seguinte conceito sobre o instituto:

Relações marcadas por vinculação diferenciada dos centros detentores de poder no tocante a alguns direitos fundamentais, com ampliação das suas competências, bem como dos deveres dos titulares dos direitos para assegurar a realização de determinados valores constitucionais institucionalmente perseguidos.

¹³ HESSE, op. cit., p. 261.

¹⁴ SILVA, C., 2009, p. 132.

Os elementos que inspiraram esse conceito serão oportunamente trabalhados neste artigo, ainda que a título de introdução ao debate e de iluminação para os primeiros passos nesse caminho que aqui se inicia.

3.3 AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

De acordo com a Constituição Federal de 1988, há hipóteses em que se pode cogitar da possibilidade de interferências sobre os direitos fundamentais, bastando para tanto que seus titulares, a exemplo de servidores públicos, militares, presos, estudantes de instituições públicas, estejam numa relação de sujeição específica perante o Poder Público, de modo a receber em tratamento distinto e mais gravoso em face da generalidade das pessoas.

Essa locução “Relações Especiais de Sujeição” não consta de nossa Carta Maior. Entretanto, com base nessa situação jurídica especialmente voltada para grupos determinados, é que, por exemplo, a nossa Constituição restringe o habeas corpus aos militares, art. 142, §2º, limita o direito de greve dos trabalhadores, art. 9º, caput e §1º, suspendendo direitos políticos, consoante se vê do art. 15, incisos III e V.

Celso Antônio Bandeira de Melo¹⁵, em abordagem mais voltada ao poder de polícia sobre os administrados, admite restrições outras não sacáveis diretamente da lei, quando em foco tais relações específicas.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito administrativo. 15. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 711-716.

Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁶ não parece divergir, e recomenda, antes da interferência, a ponderação dos direitos fundamentais atingidos, quando ausente lei autorizativa de restrições eventualmente necessárias. *Verbis*:

As restrições dos direitos fundamentais não de vir estipuladas em lei que defina cada estatuto especial. Faltando a lei, há que se recorrer aos princípios de concordância e de ponderação entre os direitos afetados e os valores constitucionais que inspiram a relação especial.

Com outros termos, lembra mais claramente que as restrições devem obediência ao princípio da proporcionalidade¹⁷

[...] não de ser proporcionais, não se elasticendo necessariamente a todos os aspectos da vida do sujeito. Desse modo, a liberdade de expressão dos militares pode vir a ser contida, mas na medida em que isso for necessário à disciplina. A liberdade de expressão artística dos militares, entretanto, não é de ser necessariamente afetada. De outra parte, os presos não vão poder cobrar o direito de livre circulação e a plenitude dos direitos políticos. Mas não se justifica que se lhes recuse o direito à vida, o direito à incolumidade física, a liberdade de crença religiosa ou mesmo o direito de petição.

Aliás, sobre o princípio da proporcionalidade ou outros caminhos para aferir a legitimidade das injunções aos direitos fundamentais dessas categorias, o assunto está aberto a pesquisas, tanto que Konrad Hesse faz a seguinte provocação: “[...] até que ponto podem ser traçados limites aos direitos fundamentais em relações de status especiais e como devem ser fundamentados esses limites, falta uma concepção uniforme.”¹⁸

¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et AL. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica. 2002, p. 192-193.

¹⁷ BRANCO, op. cit. p. 192-193.

¹⁸ HESSE, op. cit., p. 261.

Será estudado aqui a questão dos servidores públicos, e algumas janelas que podem eventualmente ser utilizadas para injunções sobre sua liberdade profissional (imputação dos atos dos agentes ao Poder Público, supremacia do interesse público sobre o privado, discricionariedade administrativa, renúncia a direitos fundamentais e restrições com base na lei ou diretamente com base na Constituição).

4 A LIBERDADE PROFISSIONAL DOS AGENTES PÚBLICOS

O art. 5º, inciso XIII, da CF dispõe que “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações previstas em lei.”

Já foi visto que é de aceitação geral o caráter relativo dos direitos fundamentais, sendo eles compreendidos como valores cuja essencialidade constitui marca de um regime democrático que se intitule como tal, mas que, embora inalienáveis e quiçá irrenunciáveis, não tem o condão de dispensar a necessária e harmoniosa convivência entre seus titulares.

O dispositivo referido parece claro em trazer uma cláusula de reserva legal qualificada para admitir restrições ao princípio da liberdade profissional. Ou seja, a partir da letra fria da norma, toda e qualquer restrição ao direito fundamental enfocado somente teria lugar mediante lei e mais que isso, somente para dispor sobre qualificações profissionais.

Essa compreensão, todavia, parece acabar se chocando com o caráter relativo dos direitos fundamentais e com a teoria dos seus limites imanentes, trazendo ainda muitos outros problemas quando iluminada pelo instituto estudado, especialmente a relação profissional dos agentes públicos com o Estado, tanto mais porque, conforme veremos, no âmbito dessas relações

especiais, alguns direitos fundamentais podem se apresentar de forma diversa do que acontece fora delas¹⁹.

4.1 DA IMPUTAÇÃO DOS ATOS DOS AGENTES AO PODER PÚBLICO

A velha concepção de relações especial de sujeição²⁰, cuja maior característica era a exclusão dos agentes públicos do estatuto da juridicidade e do Estado de Direito, tinha relação próxima com a clássica teoria do órgão, no sentido de que o Estado atuava através de pessoas cuja vontade lhe era imputável, por serem eles meros instrumentos de órgãos que o compunham. Nesse sentido, a bem da felicidade geral²¹, tais órgãos formariam um só corpo, constituindo uma personalidade unitária, de tal maneira que entre eles (órgão e servidores públicos) inexisteria qualquer relação jurídica²².

É certo que essa compreensão - de que os servidores enquanto tais não seriam sujeitos de direitos porque o titular dos direitos é o próprio Estado - está superada, estando a Administração Pública de há muito em posição de completa submissão ao princípio da legalidade e aos direitos fundamentais, inclusive não mais podendo furtar-se ao controle jurisdicional de seus atos. Entretanto, em que

¹⁹ SILVA, C., 2009, p. 124-125 Nesse sentido, ela lembra que “Se para os cidadãos, de forma geral, inadmissível seria a restrição, ainda que feita por lei, do exercício de determinados direitos fundamentais, para outros as mesmas injunções são toleráveis com maior facilidade. Assim por exemplo, enquanto para o servidor público cabe o estabelecimento de restrições relativas à liberdade de comércio, bem como ao exercício de outra profissão, ainda que em horário compatível com o expediente funcional, para o cidadão que não esteja inserto numa relação funcional semelhantes vedações não teriam sentido algum.”

²⁰ SILVA, C., 2009, p. 83. Aqui a autora traz o já superado conceito do instituto em foco “vínculos travados entre o Poder Público e o particular em que este comparecia desprovido dos trunfos representados pelas garantias do Estado de Direito, nomeadamente os direitos fundamentais, de modo que a admissibilidade de sua vigência e exercício quedava subordinada ao bom funcionamento da instituição ou serviço, regulado este, por sua vez, sem a incidência da regra jurídica, do princípio da legalidade por representar espaço de autonomia administrativa, implicando, ainda, afastamento do controle jurisdicional das medidas administrativas adotadas em seu âmbito.”

²¹ BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 82. “O organicismo hegeliano representou a matriz teórica dos grandes sistemas políticos totalitários que varreram o mundo no século XX: o nazi-fascismo e o comunismo. A idéia de felicidade como um projeto essencialmente coletivo e o descaso com a autonomia (pública ou privada) da pessoa humana pavimentaram o caminho liberticida das ditaduras de direita e de esquerda, que elevaram o Estado à condição de finalidade última e suprema da vida dos cidadãos.”

²² SILVA, C., 2009, p. 82.

pese o Estado de Direito venha se consolidando nesse sentido, situações acontecem ainda hoje no domínio interno das repartições públicas que apontam algumas barreiras nessa consolidação.

Em outras palavras, é possível que algumas categorias de servidores sejam afetadas em um ou outro direito fundamental em prestígio ao funcionamento do órgão a que pertencem. É nesse sentido que Clarissa Sampaio Silva vai dizer que:

Nada obstante o avanço da ordem constitucional sobre os âmbitos internos da Administração, com o estabelecimento, por lei, de requisitos necessários para assegurar a regularidade da conduta dos agentes públicos, em especial quanto ao tratamento formalizado e imparcial das questões trazidas à sua apreciação, não se pode desconsiderar, decerto, a existência de relativo espaço de autonomia decisória e normativa em favor dela quanto à sua organização e funcionamento.²³

Esse espaço de autonomia decisória e normativa estaria abrangido no que Celso Antônio Bandeira de Melo denominou de “[...] situação jurídica diversa da generalidade das pessoas [...]”, e que seria fundamental à garantia do funcionamento da própria Administração, valendo lembrar aqui os exemplos dos presos, servidores públicos e militares, entre outros, todos citados por Paulo Gonet Branco em obra já referida²⁴, o qual sustenta comportar em dadas situações um inevitável tratamento diferenciado dos direitos fundamentais.

Clarissa Sampaio Silva indaga: se a Administração Pública está sujeita aos direitos fundamentais de igual forma e em toda e qualquer relação, como garantir, por exemplo: “[...] a regular defesa do Estado por advogado público se a este for facultado alegar liberdade de pensamento ou convicção pessoal para deixar de exercer seus deveres funcionais?”

²³ SILVA, C, 2009, p. 104.

²⁴ BRANCO, op. cit., p. 192-193.

Em outro fragmento, e tentando justificar a existência de uma programação mais tênue de alguns direitos fundamentais nas hipóteses aqui citadas, ela continua a questionar o que fazer, por exemplo, com o “[...] comprometimento dos militares com os deveres da caserna, se o exercício de outra atividade, ofício ou profissão, mesmo em horários livres, for permitido?”

Enfim, em que pese a teoria do órgão em si não sirva como fundamento para supressão de direitos fundamentais dos agentes públicos, de fato não se pode negar a possibilidade de existir campos internos de atuação da Administração que permitem receber tratamento distinto dos demais, principalmente distinto dos particulares, e cuja normatização abstrata e taxativa pelo legislador parece ser de difícil alcance e implementação.

4.2 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

Em que pese não trate do tema do presente artigo, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao cuidar do poder de polícia da Administração, traz uma classificação a respeito da supremacia do interesse público sobre o privado, ensinando que ela se reparte em geral e especial, sendo que a supremacia geral diz respeito a todos os indivíduos, ao passo que a supremacia especial, que é o que nos interessa, se realiza nas relações jurídicas havidas entre o “[...] Estado e um círculo de pessoas que nelas se inserem, de maneira a compor situação jurídica muito diversa da que atina à generalidade das pessoas.”²⁵

Esse círculo de pessoas atua em áreas específicas, que são ocupadas por categorias de agentes públicos como os militares e os servidores públicos civis, por exemplo, os quais tem vinculação legal ou estatutária com a Administração, sofrendo afetações ínsitas a essa subordinação, que é o que caracteriza a doutrina estudada. Temos assim as relações especiais de sujeição, as quais, na ótica de Luiz Fernando Calil de Freitas, versam sobre “[...] relações

²⁵ MELLO, op. cit., p. 711-716.

dos indivíduos que mantém com o Estado especial vinculação de subordinação em face do desempenho de certas atividades públicas ou por se encontrarem em determinadas situações peculiares.²⁶

Não é outro o ensino de Hesse²⁷, para quem as relações especiais de poder fazem nascer deveres especiais que vão além dos deveres gerais do indivíduo, ensejando ordens e injunções mais elásticas em alguns de seus direitos fundamentais, sendo tais condições “indispensáveis para a vida da coletividade”.

Entretanto, fazendo um contraponto ao paradigma do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no Brasil, temos a crítica do professor Gustavo Binbenbojm, no sentido de que tal é na verdade um princípio que serve de base para legitimar tudo, mas acaba não legitimando nada, dado que se trata de uma construção forjada sobre vetustos alicerces organicistas de inspiração autoritária, não mais resistindo à emergência do constitucionalismo, da afirmação dos direitos fundamentais e da democracia, elementos básicos do Estado democrático de direito.

Segundo ele, atualmente os direitos fundamentais conquistaram status tal que não se pode mais concluir a priori a respeito da prevalência do interesse da coletividade sobre os individuais²⁸, não sem antes sopesar os direitos em confronto no caso concreto, já que muitas vezes a realização do interesse público dar-se-á não com a primazia do interesse coletivo, mas com a preservação dos direitos fundamentais²⁹.

²⁶ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 128.

²⁷ HESSE, op. cit., p. 259-260.

²⁸ BINENBOJM, op. cit., p. 30-31 “O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação a priori de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais ou dos interesses públicos sobre interesses privados.”

²⁹ Iden, p. 30-31 “A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais (e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade), impõe à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.”

4.3 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Clarissa Sampaio Silva, ao discorrer sobre a vinculação administrativa da Administração Pública, observa que:

A ampliação das pautas normativas (que ainda se apresentam de forma hierarquizada, com a Constituição em seu ápice; as leis e os tratados e convenções internacionais que, no ordenamento jurídico brasileiro são tidos, uma vez a ele incorporados, como atos normativos infraconstitucionais, logo abaixo, seguindo-se lhes então as normas administrativas [...] dificultam a admissão de espaços jurídicos livres dentro da Administração, como por exemplo a concepção tradicional das relações especiais de sujeição.

De fato, como vimos até aqui, não mais é possível invocar o rótulo da relação especial de sujeição para deixar certas categorias de fora da proteção dos direitos fundamentais³⁰, sendo, por outro lado, também intuitivo compreender que o Estado, em que pese essa ampliação das pautas normativas, não consegue regular tudo, daí porque nesses espaços livres da inflação legislativa³¹, a discricionariedade constitui uma janela que eventualmente pode ser acessada para intervenções à liberdade profissional dos agentes públicos, inclusive registrando a autora que atualmente já se voltou a falar na Alemanha nas relações especiais de sujeição totalmente remodeladas³²

³⁰ SILVA, C., 2009, p. 61.

³¹ SILVA, C., 2009, p. 94-95 “[...] Ou seja, para além do sucessivo cumprimento, pelos diversos escalões administrativos, de normas jurídicas, igualmente hierarquizadas, nos quais os atos administrativos estariam na base, há uma atividade administrativa material, de realização direta e imediata dos interesses a cargo da Administração, desconsiderada na concepção normativista, e esta se ressentida, tanto em termos doutrinários e legislativos quanto de elaboração de mecanismos de controle, de maiores atenções, até mesmo porque “as operações materiais da Administração são a prova viva da existência de uma Administração atuante, para o bem e para o mal.”

³² SILVA, C., 2009, p. 158 “Em suas formulações originais, a discricionariedade administrativa e as relações especiais tinham em comum a circunstância de representarem espaços livres de direito em favor da Administração, com o afastamento, assim, das exigências da legalidade e do controle jurisdicional. Diferenciavam-se, contudo, pelo fato de que enquanto a primeira implicava liberdade de atuação administrativa, sem se circunscrever aos domínios estaduais internos, as segundas reportavam-se aos mencionados vínculos específicos.”

e numa intersecção com a figura em estudo (discricionariedade), a qual “[...] se faz presente não apenas na seara informativa, mas também na atividade administrativa interna.”³³

E é nesse ambiente de regulação de atividades internas, outrora tratadas pela Administração Pública como de “operatividade caseira”, que a autora referida vai posicionar-se no sentido de que “[...] não se pode desconsiderar, decerto, a existência de relativo espaço de autonomia decisória e normativa em favor dela quanto à sua organização e funcionamento.”³⁴ Lembra, inclusive, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência da Espanha hodiernamente admitem a ampliação do instituto das relações especiais de sujeição para embasar certas prerrogativas do Poder Público em algumas áreas da Administração, fazendo-o com claro abrandamento do princípio da legalidade, ora através da edição de regulamentos autônomos, ora para admitir a possibilidade do *bis in idem* nas sanções administrativas³⁵.

Em outro fragmento de sua obra, registra que “[...] há diversas vertentes dos vínculos entre a Administração e os particulares insuscetíveis de serem regulados mediante processo subsuntivo de aplicação de normas gerais e abstratas provenientes do Poder Legislativo para as correspondentes situações fáticas.”

E cita exemplos dessa assertiva, lembrando o cotidiano da sala de aula, do hospital, da penitenciária, da repartição pública: “[...] campos que devem, preferencialmente, ser preenchidos por valorações feitas pela Administração, sob pena de engessar suas práticas e transformá-la em mera executora de comandos legais.”³⁶

Um exemplo de injunção permitida à liberdade profissional do agente público poderia ser retirado daquilo que a autora trata como “operações materiais da Administração”, ou seja, operações que, malgrado corporificadas em normas

³³ SILVA, C., 2009, p. 51.

³⁴ SILVA, C., 2009, p. 104.

³⁵ SILVA, C., 2009, p. 107.

³⁶ SILVA, C., 2009, p. 121.

internas e até mesmo em lei³⁷, não tem o condão de regular condutas, mas apenas produzir rotinas de dadas situações, como ilustrativamente é o caso da obrigação da adoção de regras técnicas para realização de determinadas operações materiais, como acontece para cirurgias em hospitais públicos.

Contudo, a autora citada não defende uma ampla liberdade de conformação da Administração no campo remanescente da discricionariedade³⁸, propugnando, ao revés, por uma regulação mínima dos direitos fundamentais (inclusive com observância do princípio da proporcionalidade), seja pela lei, seja pela Constituição, não podendo tal regulação mínima ser fixada de forma autônoma pela autoridade administrativa:

As limitações aos direitos fundamentais devem, pois, ser dotadas de fundamento legislativo, ainda que mínimo, sendo necessário ainda realizar uma inversão de perspectivas: enquanto no passado se reconheciam as relações de sujeição para delas decorrerem as consequências que lhes seriam implícitas, atualmente se deve partir da lei e apenas dela para se chegar às restrições³⁹.

Dito de outra forma, sem base legislativa, ainda que mínima, não seria possível admitir quaisquer avanços da Administração sobre os direitos fundamentais, os quais, à vista de sua natureza de garantia, irradiam sua força normativa sobre toda e qualquer atividade do Poder Público.

4.4 RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS

³⁷ SILVA, C., 2009, p. 162. “A lei, nessa perspectiva, pode, ou mesmo deve, deixar para o administrador o preenchimento, via regulamento, das condições de realização da atividade material, levando em conta a necessidade de adotar a melhor técnica e a busca da eficiência, que nem sempre se harmonizam com uma disciplina legislativa mais rígida.”

³⁸ SILVA, C., 2009, p. 160 “Em matéria, por exemplo, de direitos fundamentais, a total transferência por lei, para a Administração, da definição das respectivas hipóteses, do grau de diminuição das potencialidades deles decorrentes, colocaria os particulares à mercê dela, com subversão da escolha realizada pelo legislador constituinte no sentido de atribuir a ato emanado do Poder Legislativo a competência para disciplina das restrições, como decorrência da função de garantia dos particulares perante o Poder Público exercida pelo princípio da legalidade.”

³⁹ SILVA, C., 2009, p. 115-119.

Como visto, os direitos fundamentais constituem o espírito do constitucionalismo, sendo característica principal do Estado Democrático de Direito, em razão disso gozando de sólida proteção na nossa Carta Maior, de modo que poderia causar arrepios cogitarmos aqui da possibilidade de renúncia a tais direitos.

Clarrisa Sampaio Silva prefere abrandar um pouco essa expressão renúncia a direitos fundamentais chamando-o como um “[...] voluntário compromisso de não-invocação temporária de determinada posição jusfundamental perante entidade-pública.⁴⁰”

Tal aconteceria, por exemplo, quando um cidadão é aprovado em um concurso público, assumindo uma vaga numa determinada categoria com histórico de convivência com normas típicas de relações especiais de sujeição, como os militares, os quais necessariamente não abdicariam do direito em si ao assumir o cargo, mas a posições decorrentes dele. Ao assumir o cargo, o militar aquiesce com a possibilidade de vir a usar armas de fogo, assim como o advogado público a defender políticas públicas do governo de plantão, ainda que nele não tenha votado. Nas palavras da referida professora, quando o agente “[...] de forma voluntária engaja-se no serviço público e aquiesce com o cumprimento dos deveres funcionais acima, pode-se dizer que ele aceita não invocar, ou, em outras palavras, ele renuncia ao exercício de determinadas modalidades do direito fundamental.”

José João Abrantes⁴¹, em que pese tratando de vínculos “celetistas” entre particulares, concorda que a “[...] relação de trabalho gera um complexo de direitos e de obrigações com uma especial aptidão para condicionar o exercício dos direitos fundamentais do trabalhador, podendo mesmo dizer-se que os direitos da pessoa humana têm, no âmbito dessa relação, uma vigência debilitada.”

⁴⁰ SILVA, C., 2009, p. 220.

⁴¹ ABRANTES, João José. Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 183.

Ele faz, porém, a seguinte ponderação “[...] na empresa, o trabalhador não deixa de ser um cidadão como qualquer outro e, por isso, a sua liberdade deve manter-se na máxima extensão possível, isto é, até onde não colida com as exigências próprias da finalidade em concreto da empresa e dos deveres contratuais.”

O ponto de contato entre as duas áreas de atuação do trabalhador, seja ele público ou privado, celetista ou estatutário, seria no sentido de conformar a atuação do cidadão às finalidades da entidade a que adere, onde ele muitas vezes desaparece dentro de uma estrutura hierarquizada e centralizada de poder.

Virgílio Afonso da Silva traz um outro olhar sobre a questão da renúncia a direitos fundamentais. Segundo o professor paulista, a distinção entre renúncia a direitos fundamentais e renúncia ao exercício desses direitos comporta críticas, já que referida distinção “[...] serve, na verdade, somente para que aqueles que se apegam a características jusnaturalísticas dos direitos fundamentais – imprescritibilidade, irrenunciabilidade etc. – possam acomodar o fato de que, em diversos casos, a renúncia e até mesmo a negociação desses direitos é possível.⁴²” Exemplifica essa possibilidade com a situação do eleitor que, diante da cabine de votação, exhibe a sua cédula e renuncia ao sigilo do voto; com a situação de um litigante que opta por não recorrer de uma sentença, abrindo mão do duplo grau de jurisdição, e finalmente a situação daquele que é aprovado no concurso de juiz, renunciando ao direito fundamental à liberdade profissional prevista no art. 5º, inciso XIII, da CF. Após citar esses casos, entre outros, ele vai sustentar, porém, que não há que se cogitar de abdicação de direitos fundamentais de forma definitiva e irreversível,⁴³ apenas da “[...] possibilidade de renunciar, em uma dada relação, a um determinado direito ou, ainda, negociá-lo, em uma determinada situação.⁴⁴”

⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares: São Paulo: Malheiros, 2014, p. 64.

⁴³ SILVA, V., 2014, p. 63.

⁴⁴ SILVA, V., 2014, p. 63-64.

Não há como negar que essa intelecção deve ser encarada com muito cuidado porque os direitos fundamentais, por sua estatura e relevância especiais, gozando do status de cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988, parece não se compadecer com tais flexibilidades, máxime em se tratando de Poder Público, cujo histórico não tão distante foi campo fértil para avanços sobre tais direitos em termos de abusos e arbitrariedades. Em segundo lugar, o vínculo dos agentes públicos difere em muito daquele travado entre os particulares, sendo uma das diferenças a fixação do regime jurídico de forma absolutamente unilateral pelo Estado, não sobrando ao cidadão em geral qualquer parcela de colaboração. Por fim, ainda que se alegue que na verdade o cidadão ao adentrar as fileiras do Estado – por concurso ou não – sabe ou deveria saber de antemão o que lhe espera no serviço público, não podendo, portanto, alegar desconhecimento das “regras do jogo”, o que dizer daqueles que são aprovados em concursos e assumem cargos públicos cujas regras são alteradas durante o curso ou exercício de suas atividades? Logo, independentemente de quando o cidadão foi nomeado, tomou posse e entrou em exercício no cargo, além do recurso necessário ao princípio da proporcionalidade e seus subprincípios para tentar aferir em que medida a liberdade profissional pode ser obstruída, parece ainda importante que se prestigie a eficácia objetiva do direito fundamental ao trabalho, em ordem a proteger o trabalhador público do esvaziamento de seu direito.

No caso da liberdade profissional dos agentes públicos, entra em pauta aqui o direito fundamental ao trabalho previsto no art. 6º, caput, da CF (de titularidade ampla⁴⁵), erigindo-se em sua dimensão objetiva⁴⁶ como um escudo de proteção contra iniciativas estatais que amesquinham esse direito⁴⁷, o qual,

⁴⁵ GOMES, Fábio Rodrigues. O Direito Fundamental ao Trabalho. Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-Analítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 152, “[...] cremos que, teoricamente, é mais adequado atribuir a titularidade do direito ao trabalho a todas as pessoas humanas, relegando ao legislador (constituente ou ordinário) não o poder de concedê-la ou retirá-la, mas, sim, o de restringir (ponderadamente) a capacidade de exercício daqueles indivíduos que porventura estiverem sujeitos à sua autoridade.”

⁴⁶ SARLET, op. cit., p. 147 “A constatação de que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, constitui, sem sombra de dúvidas, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo.”

⁴⁷ GOMES, op. cit., p. 114 “[...] será levado em conta, acima de tudo, a imbricação indissolúvel entre o homem e a atividade que exerce, seja ela para o desenvolvimento dos seus planos pessoais de vida [...], seja

ainda que não gere pretensões subjetivas, tem o condão de irradiar-se não somente sobre o ordenamento jurídico, complementando ou reforçando eventuais direitos subjetivos dele decorrentes, mas também vinculando juridicamente toda a Administração Pública⁴⁸.

4.5 RESTRIÇÕES COM BASE NA LEI OU DIRETAMENTE COM BASE NA CONSTITUIÇÃO

Como dito na parte inicial deste artigo, a nossa Constituição não traz uma regra geral sobre o regime jurídico das restrições aos direitos fundamentais, trabalhando a doutrina e a jurisprudência com a possibilidade de que os recortes nesses direitos sejam pautados pela reserva legal simples, reserva legal qualificada e finalmente pelas reservas iminentes ou implícitas.

Nas restrições mediante reserva legal simples, a Constituição permite ao legislador ordinário impor recortes aos direitos ali previstos, conferindo tal mandato via expressões como: “nos termos da lei”, “na forma da lei”, “salvo nas hipóteses previstas em lei”, como, por exemplo, se pode constatar do art. 5º, incisos VI, VII, XV, XLV, da CF, entre outros. Nas restrições mediante reserva legal qualificada, a Constituição estabelece o figurino dentro do qual o legislador ordinário vai se mexer, fazendo-o definindo a forma dessa restrição (pela lei) e também o seu conteúdo (delimitação dos meios e fins a atingir).

O direito fundamental à liberdade profissional é um exemplo clássico dessa categoria, eis que no art. 5º, inciso XIII, da CF, o constituinte definiu claramente o veículo da restrição (a lei) e o conteúdo dessa lei (restrição que diga respeito à qualificação profissional).

para a superação das contingências mundanas [...], seja para a produção das condições necessárias ao arrefecimento da escassez [...] que a idéia dominante do direito ao trabalho concretizar-se-á.”

⁴⁸ HESSE, op. cit., p. 239.

A restrição de direitos fundamentais a partir de reservas imanes ou implícitas significa dizer que tais direitos – em prestígio à convivência das demais liberdades públicas – podem eventualmente sofrer injunções negativas em seu âmbito de proteção, ainda que não exista expressa autorização constitucional nesse sentido⁴⁹.

Na hipótese do art. 5º, inciso XIII, da CF, que traz uma caso de reserva legal qualificada, com cláusulas a priori taxativas, Luiz Fernando Calil Freitas⁵⁰ ressalva que “[...] sempre seria insatisfatória a pretensão de apurarem-se possibilidades de limitações aos direitos fundamentais tendo por referência exclusiva o texto constitucional, fundando-se uma teoria dos limites a partir de fórmulas e cláusulas de reserva apostas na Constituição.” Ele admite, enfim, a possibilidade de a lei avançar e trazer outras restrições ao direito estudado, além das “qualificações profissionais”.

Nas palavras de Jorge Reis Novais⁵¹,

Essa possibilidade de restrição legítima dos direitos fundamentais existe, não por uma qualquer escolha do julgador ou do intérprete, mas porque tal corresponde à própria natureza dos direitos fundamentais em Estado de Direito que, sendo garantias fortes, fundamentais, são, todavia, constitucionalmente consagradas já no pressuposto dessa limitação intrínseca: a não ser nos casos, excepcionais, em que a Constituição fixe a respectiva garantia com um carácter definitivo, absoluto, imponderável, todos os direitos fundamentais são direitos sujeitos a uma reserva geral imanente de ponderação que pode conduzir à legitimação de uma restrição num caso concreto. Não é algo que esteja genericamente sujeito a escolha, a decisão ou opção, mas é

⁴⁹ FREITAS, op. cit., p. 126 “A doutrina estrangeira trabalha com a possibilidade em nome da existência, configuração e manutenção do Estado Democrático de Direito, deduzir da própria Constituição, ainda que por nela implicitamente contida, autorização para a interposição regulamentadora (eventualmente limitadora ou restritiva) do legislador ordinário, assim como uma ampliação da margem de discricionariedade da Administração na concretização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que, presididos pela concordância prática e pelo dever de proporcionalidade, permitem harmonizar o interesse das liberdades jusfundamentais com o interesse da garantia da eficiência das instituições.”

⁵⁰ FREITAS, op. cit., p. 147-148.

⁵¹ NOVAIS. Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 274.

uma decorrência imposta inelutavelmente pela própria natureza das garantias jusfundamentais.

Em abordagem específica sobre as relações de status especial na Alemanha, Konrad Hesse sustenta que ali os direitos fundamentais podem ser limitados, caso assim haja determinação jurídico-constitucional expressa ou pelo menos pressuposta⁵².

Avançando um pouco no tema por essas bandas, Clarissa Sampaio Silva⁵³ afirma que o legislador brasileiro pode eventualmente, através de lei, facultar ao Poder Público uma intervenção mais acentuada nos direitos fundamentais dos seus agentes, permitindo-lhe suprir pontos abertos via cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, inclusive admitindo a “[...] possibilidade de produção normativa pela Administração⁵⁴, com a excepcional admissão de restrições realizadas diretamente com base na Constituição para salvaguarda de outros direitos ou valores conectos com as finalidades daquele vínculo e que mereçam tutela imediata.”

Em outro fragmento de sua obra⁵⁵, ela vai sustentar o seguinte:

Em suma, enquanto o fundamento mediato para instituição de relações especiais há de encontrar-se na Constituição, o fundamento imediato para operacionalizá-las situa-se no plano geral de constituição dos vínculos entre o Poder Público e os particulares e, para tanto, são válidos instrumentos como o ato administrativo, o contrato, e, nas hipóteses em que se verifica restrição de direitos que constituem situações apenas operáveis com a intervenção do Poder Judiciário, por haver reserva de jurisdição, a decisão judicial servirá como fundamento imediato.

⁵² HESSE, op. cit., p. 261.

⁵³ SILVA, C., 2009, p. 135.

⁵⁴ HC 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1º-3-1994, DJ de 24-6-1994 “A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a 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.”

⁵⁵ SILVA, C., 2009, p. 138.

Enfim, defende que atos infralegais podem ser usados para operacionalizar as relações especiais de sujeição. Pondera, entretanto, que a Administração não pode valer-se da relação especial que tem com seus agentes para promover restrições infundadas e desarrazoadas do ponto de vista constitucional, e que caracterizem expropriação da função do legislador, com usurpação de sua competência para realizar ponderações e valorações ao manejar o catálogo dos direitos fundamentais. Nesse sentido vê com preocupação a possibilidade de a Administração limitar direitos fundamentais dos agentes públicos com base nessas cláusulas implícitas, na medida em que eles restariam ao fim e ao cabo “[...] subjugados às finalidades das instituições públicas perante as quais viessem a ser invocados, com o agravante de ser a Administração Pública a definir, nas situações concretas, as condutas e faculdades que estariam fora ou dentro da linha de imanência.⁵⁶”

A respeito da liberdade profissional, contudo, parece que o campo não está tão aberto a injunções em nome das relações especiais de sujeição, pelo menos na ótica do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, ao pesquisar o tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conclui-se que, concordando ou não com a possibilidade de restrições outras que extrapolem as qualificações profissionais, é possível perceber algumas situações que a Corte utiliza para aferir a constitucionalidade das restrições ao princípio da liberdade profissional: (i) a contenção deve ser realizada por lei em sentido formal e material; (ii) a restrição deve obediência ao art. 5º, XIII, c/c os arts. 26, XVI e 48 da CF; (iii) não é toda profissão que pode sofrer a interferência do legislador e, por derradeiro, (iv) ainda nas profissões sujeitas a requisitos para seu exercício, a Constituição não autoriza uma ampla conformação pelo legislador ordinário.

De qualquer sorte, toda e qualquer afetação dos direitos fundamentais do cidadão, seja ele agente público ou não, deve ser conduzida com absoluto cuidado, sendo de grande importância para aferir a sua legitimidade constitucional, o recurso ao princípio da proporcionalidade.

⁵⁶SILVA, C., 2009, p. 127.

CONCLUSÃO

As relações especiais de sujeição, doutrina com histórico de desprezo aos direitos fundamentais dos agentes públicos no século XIX, depois de remodelada na própria Alemanha onde teve sua origem e desenvolvimento, atualmente funciona em absoluto compasso com o Estado de Direito, inclusive gozando, em alguma medida, do prestígio da doutrina e jurisprudência pátrias.

O regime das restrições aos direitos fundamentais aqui no país segue em geral pautado pelas restrições baseadas em reservas legais simples e qualificada (reservas expressas) e também pelas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados (reservas implícitas), a exemplo das Relações Especiais de Sujeição.

A referida doutrina constitui uma janela importante para interferências nos direitos fundamentais de algumas categorias com regime especial de vinculação ao Poder Público, como militares, advogados públicos, juízes etc., os quais, em algumas situações, tem diminuída ou relativizada a intangibilidade de seus direitos fundamentais positivados sem reservas e até mesmo daqueles com reservas expressas na Constituição, como no caso da liberdade profissional.

Essa janela deve ser acessada com muita cautela e redobrada atenção ao princípio da proporcionalidade e da menor ingerência possível, já que esse espaço de relativa autonomia normativa conferido ao legislador e à Administração para regular sua organização e funcionamento, não pode significar necessariamente o total aniquilamento dos direitos fundamentais de seus agentes, assim como também o conceito indeterminado “interesse público” não deve ser manejado para aprioristicamente fundamentar restrições sem que se sopesem os direitos em conflito.

Também não é dado à Administração Pública, ainda que no contexto da discricionariedade, atuar sem base legislativa, ainda que mínima, não sendo

possível cogitar de quaisquer avanços sobre os direitos fundamentais, os quais, à vista de sua natureza de garantia e centralidade no constitucionalismo, influenciam e vinculam juridicamente todo o agir do Estado.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, João José. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et AL. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica. 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo. **Direito Constitucional**, São Paulo: RT. 2011.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOMES, Fábio Rodrigues. **O Direito Fundamental ao Trabalho**. Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-Analítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Direito Constitucional Atual**. São Paulo: Campus Jurídico, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição: O caso dos Agentes Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**: São Paulo: Malheiros, 2014.

WIMMER, Miriam. **As Relações Especiais de Sujeição Especial na Administração Pública**. Revista Direito Público. Rio de Janeiro, n. 18, p. 31-53, out-nov-dez/2007.