

LEONARDO MARTINS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

Decisões anotadas sobre direitos fundamentais

Volume 5:

Liberdade profissional, direito fundamental de propriedade,
garantia de não expatriação e não extradição



MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO



Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Apresentação

No quinto e último volume sobre as decisões mais importantes do Tribunal Constitucional Federal em português, o Prof. Dr. *Leonardo Martins* analisa a jurisprudência sobre os direitos fundamentais da liberdade profissional,¹ da garantia da propriedade e herança² e da proibição constitucional de expatriação e extradição de cidadãos alemães.³ Todos os três direitos fundamentais, que na nossa opinião recebem muito pouca atenção no debate internacional sobre os direitos fundamentais, são pilares essenciais da nossa ordem fundamental liberal-democrática. Com este quinto volume, o *Programa Estado de Direito para a América Latina da Fundação Konrad Adenauer*, em cooperação com o Prof. *Martins*, conclui um notável projeto de trabalho de grande valor jurídico que contribuirá significativamente para o conhecimento e acessibilidade à argumentação e às [próprias] decisões do Tribunal Constitucional Federal no mundo lusófono.

A publicação desta obra tem lugar em um momento desafiador não somente para os alemães, mas especialmente para o Estado de direito brasileiro. Devido à pandemia mundial da COVID-19 e às restrições estatais de nossos direitos fundamentais de liberdades negativas a ela conectadas, os tribunais constitucionais são chamados, mais do que nunca, a manter e a proteger as nossas ordens fundamentais liberais. Uma dessas liberdades civis que sofreu restrições particulares na pandemia devido a obrigações de quarentena prolongada e fechamentos de empresas e negócios é a liberdade profissional que o Prof. *Martins* examina com particular profundidade neste volume V. Na Alemanha, a compreensão da liberdade profissional reflete-se na promoção de uma sociedade pluralista. Portanto, ao lado da garantia da propriedade,

¹ Art. 12 I GG

² Art. 14 I e 15

³ Art. 16 I e II GG.

a liberdade profissional merece uma atenção especial no discurso jurídico-político internacional.

Em 1958, apenas alguns anos após a entrada em vigor da *Grundgesetz*, na assim chamada “Decisão das Farmácias”, o Tribunal Constitucional Federal definiu de modo decisivo tanto a área de proteção como a interpretação constitucional dos limites desse importante direito fundamental.⁴ Segundo a definição dos juízes em Karlsruhe, esse clássico direito fundamental de resistência [ou de defesa em face de intervenções estatais] garante o direito de exercer qualquer atividade permitida como profissão. O conceito de “profissão” é entendido em seu sentido amplo, de sorte a abranger não apenas grupos profissionais tradicionalmente reconhecidos socialmente, mas também atividades para as quais ainda não existem denominações profissionais. À primeira vista, esse conceito amplo pode não parecer tão relevante ao exercício do direito fundamental. No entanto, por um lado, atrás dele encontra-se a importância prática central da profissão para a subsistência de cada indivíduo e, por outro, ele revela uma estreita conexão com o desenvolvimento da personalidade individual a ele associado.⁵ Logo, o exercício da liberdade profissional como direito de escolha de uma profissão tem uma enorme relevância para a preservação e [bom] funcionamento de um Estado de direito liberal. Com efeito, o desenvolvimento da personalidade mediante a profissão possibilita uma perspectiva sustentável para o indivíduo e emancipa as várias classes sociais de uma sociedade de um ponto de vista holístico, além de servir a uma economia livre e competitiva.

Essas avaliações constitucionais também se tornam claras na “Decisão das Farmácias” no quadro da interpretação dos limites dos direitos fundamentais. O fato de, em princípio, a liberdade profissional poder ser restringida por ação do Estado resulta da necessidade de se regulamentar tanto a admissão à profissão quanto o seu exercício para a proteção da coletividade. Para esse fim, o Tribunal Constitucional Federal desenvolveu a importante “teoria dos três degraus”. Segundo essa teoria, as regras que afetam apenas o modo de exercer uma profissão podem ser legitimadas já por considerações razoáveis, racionalmente compreensíveis e proporcionais em face do bem-estar coletivo.⁶ A situação é diferente no caso de medidas que afetam a escolha da profissão, uma vez que devem ser determinadas condições muito mais rigorosas para a justificação da intervenção estatal. Os pressupostos subjetivos da admissão

⁴ BVerfGE 7, 377.

⁵ BVerfGE 7, 377 (397).

⁶ BVerfGE 7, 377 (405).

profissional exigem, destarte, uma justificação mediante a proteção de bens jurídicos coletivos particularmente relevantes,⁷ enquanto os pressupostos objetivos da admissão profissional podem ser justificados tão somente em casos excepcionais. Esse será o caso quando servirem para impedir a concretização de perigos demonstráveis ou altamente prováveis para um bem jurídico coletivo de extrema importância.⁸ O aumento dos requisitos para a justificação de intervenções na escolha profissional resulta do fato de que, ao contrário do exercício profissional, essas intervenções [na escolha profissional] encontram-se mais estreitamente ligadas à dignidade do indivíduo, ao desenvolvimento da sua personalidade e ao aspecto da igualdade de chances/oportunidades na sociedade.⁹

A interpretação da liberdade profissional pelos juízes em *Karlsruhe* reflete a indispensabilidade desse direito fundamental para o livre desenvolvimento da personalidade e, portanto, para uma economia social de mercado como um todo. A pluralidade dentro de uma sociedade contribui significativamente para a satisfação social e assim promove a confiança da população no Estado.

O impacto sobre uma sociedade de intervenções sensíveis na liberdade profissional pode ser demonstrado, em particular, no contexto da pandemia global do Coronavírus. No aniversário do surto da pandemia, multiplicam-se as passionais discussões sobre em que medida o fechamento de negócios, restaurantes e outras empresas com muito tráfego de público continua sendo proporcional em prol da proteção da saúde. Tornou-se claro que o debate foi alimentado menos pelo impacto na economia global previsto pelos economistas do que pelo desespero das pessoas que tiveram de abandonar por causa da pandemia em curso o centro de suas vidas por um período indeterminado. Particularmente em regiões como a América Latina, as medidas de restrição prolongada da liberdade e da profissão foram e continuam sendo existencialmente ameaçadoras para muitas pessoas. Por outro lado, contudo, – como foi o caso no Brasil – uma temida recessão econômica e ameaças à subsistência não podem ser utilizadas como argumentos para simplesmente se abster de tomar quaisquer medidas para a proteção da vida e da saúde dos cidadãos.

Finalmente, deve ser notado, a título jurídico-comparativo, que muitas Constituições latino-americanas não contêm, ou pelo menos não exclusivamente, o direito à liberdade profissional no sentido da liberdade de exercer e escolher uma

⁷ BVerfGE 7, 377 (406).

⁸ BVerfGE 7, 377 (407 s.).

⁹ BVerfGE 7, 377 (402 s.).

profissão como um direito fundamental de resistência [ou de defesa em face de intervenções estatais], mas muito mais frequentemente o direito ao trabalho no sentido de um direito fundamental prestacional. Isso corresponde não somente à tradição constitucional latino-americana da terceira geração, mas também às condições de vida vigentes neste continente, onde infelizmente muitas pessoas ainda trabalham em relações informais de emprego e, por vezes, em condições indignas ao ser humano.

No caso do Brasil, isso é demonstrado, sobretudo, por duas espantosas decisões da Corte Interamericana contra o Brasil nos últimos anos. No processo de 2016, *Fazenda Brasil Verde versus Brasil*, o Tribunal condenou o Brasil por anos de omissão e negligência em relação à escravidão, tráfico de pessoas e exploração sistemática de 85 trabalhadores em uma fazenda brasileira. Os fatos do caso refletem as condições de trabalho de milhares de pessoas oriundas de setores sociais desfavorecidos no Brasil. Em 2020 foi a vez do caso *Fábrica de Fogo versus Brasil*: em uma explosão dentro de uma fábrica de fogos de artifício morreram 60 trabalhadores e trabalhadoras, em sua maioria mulheres e crianças afrodescendentes que não ganhavam sequer o salário mínimo. A fábrica tinha ignorado todas as normas garantidoras de mínimas condições decentes de segurança dos trabalhadores, situação que com sua inércia o Estado brasileiro tinha aceitado durante anos.

Esses argumentos não se destinam a denunciar o Brasil. Também não pretendem diminuir as valiosas e pertinentes análises do Prof. *Martins* sobre a importância da liberdade profissional, em particular sobre a teoria dos três degraus da jurisprudência de *Karlsruhe* na Alemanha. Seu objetivo é tão somente mostrar que as discussões constitucionais, que têm impacto nos meios de comunicação social no âmbito da proteção trabalhista e do direito ao trabalho na América Latina, frequentemente apresentam-se de modo diferente. Isso também pode dar uma explicação sobre por que ter a clássica liberdade profissional, como um direito liberal de escolha profissional que é, desempenhado, nos últimos anos, um papel de muito menor relevância no debate constitucional latino-americano.

Justamente por isso uma análise detalhada das decisões do Tribunal Constitucional Federal é de grande importância para os futuros desenvolvimentos nesse âmbito e para a proteção de uma ordem econômica livre e liberal nos Estados sociais de direito também na América Latina. Não apenas por essa razão, transmito ao Prof. Dr. *Leonardo Martins* em nome do *Programa Estado de Direito para a América Latina da Fundação Konrad Adenauer* as minhas mais sinceras felicitações e a nossa profunda gratidão por

seu notável empenho e incansável trabalho na composição dessa obra antológica. Devido à reivindicação cada vez mais forte por mais justiça social na América Latina, especialmente as decisões do último volume podem ser de especial interesse público e contribuir assim para um mais intenso discurso regional acadêmico-científico sobre a matéria. Estamos felizes porque esta coleção em cinco volumes das decisões mais importantes do Tribunal Constitucional Federal em português irá promover de modo sustentável o intercâmbio internacional jurídico e político-legislativo entre a Alemanha e o Brasil.

Bogotá, 12 de março de 2021

Dr. Marie-Christine Fuchs

Prefácio ao Volume 5

Com grande satisfação e sensação de dever autodeterminado cumprido, apresento o quinto e último volume da presente obra.

Desde os primeiros diálogos a respeito da sua composição com o então diretor do Programa Estado de Derecho para Latinoamérica da Fundação Konrad-Adenauer (KAS), Dr. *Christian Steiner*, passaram-se sete anos. A partir do segundo semestre de 2016, já sob a diretoria da Dr. *Marie-Christine Fuchs*, a execução do projeto deu seu primeiro fruto: publicação e lançamento do volume I em 5 de outubro daquele ano, sob o ensejo do vigésimo-oitavo aniversário da Constituição Federal brasileira. A KAS fomentou a obra e foi sua editora solitária nos dois primeiros volumes. A partir de seu terceiro volume (2019), a obra passou a ser coeditada pela Marcial Pons.

Esse quinto volume traz o resultado de mais um ano de intenso trabalho investido no agora concluído projeto editorial cujo objetivo é disponibilizar ao leitor um amplo e criterioso acesso à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (TCF) em matéria de direitos fundamentais positivados na Constituição alemã (*Grundgesetz*).

Como tenho frisado em diversas oportunidades e publicações, a comunidade jurídica e a comunidade política da Alemanha em geral devem, em larga medida, à jurisprudência do TCF o alcance do escopo máximo de um Estado Democrático de Direito que é a efetiva garantia da “força normativa da Constituição”, no sentido propugnado pelo Professor *Konrad Hesse*, que foi membro da Corte entre 1975 e 1987. Este ano, precisamente no dia 1º de setembro, o TCF completará 70 anos de jurisprudência.

Com a conclusão da obra em cinco volumes restou comprovado o diagnóstico apresentado no prefácio ao Volume 3: apesar dos percalços decorrentes de uma

tendência a subestimar desafios, há descobertas relevantes que apenas foram viabilizadas graças à provocação do intelecto implícita nas dificuldades enfrentadas. O subtítulo da obra, pensado por ocasião dos primeiros esboços em 2013 e 2014, “Decisões *anotadas* sobre direitos fundamentais” (grifo nosso), tornou-se, em razão do uso do singelo adjetivo “anotado”, já por ocasião da conclusão do Volume 1 – característica intensificada no Volume 2 e, crescentemente, nos Volumes 3 e 4 –, um tanto quanto inidôneo a refletir fidedignamente seu conteúdo. Suposto que esse subtítulo desperte no leitor uma expectativa provavelmente muito aquém do que poderá apreciar com a leitura de todo o volume, estimo que o leitor mais exigente possa ser positivamente surpreendido e tenha amplamente satisfeito seu interesse de consulta e pesquisa.

De fato, o projeto paulatinamente evoluiu – entre o primeiro e o presente Volume 5 – de uma cuidadosa coletânea dos excertos de decisões da jurisprudência do TCF, acompanhadas de anotações ou comentários elucidativos de conceitos e princípios constitucionais gerais, para uma obra de consulta bem mais ampla e aprofundada. A partir do estado da arte dos debates jurídico-dogmáticos em torno das normas definidoras de direitos fundamentais positivadas na *Grundgesetz*, a obra tem o propósito de propiciar ao leitor uma “vista privilegiada” sobre seu objeto, ao mesmo tempo abrangente/panorâmica e aprofundada quando dos assuntos mais complexos.

Este Volume 5 traz uma perspectiva panorâmica sobre todos os pontos teóricos e jurídico-dogmáticos relevantes à interpretação dos três parâmetros de direito fundamental nele analisados: Art. 12, 14 s. e 16 GG. A escolha dos direitos fundamentais, que desde o Volume 3 não segue a ordem numérica do catálogo dos direitos fundamentais da *Grundgesetz*, representa uma sistematização por complexos temáticos e natureza jurídico-constitucional das diferentes normas definidoras de direitos fundamentais.¹⁰ Como nos volumes anteriores, a preocupação central é distinguir entre alcance e limites de cada direito fundamental, além da apresentação dos requisitos dirigidos ao exame da constitucionalidade material de sua imposição em nível abstrato da legiferação e/ou concreto da interpretação e aplicação judicial do direito infraconstitucional como um todo.

Também como nos volumes anteriores, foram acrescentados aos excertos de decisões do TCF muitos textos de autoria do autor. Se no volume 4 tais textos, que configuram uma apresentação sistemática das dogmáticas especiais, pouco superavam

¹⁰ Cf. explicação detalhada na introdução ao **Vol. III** (Martins, 2019: 1 ss.).

em termos de extensão os excertos da jurisprudência reproduzidos, no presente volume eles os superam claramente. Nesse sentido, após a introdução foram desenvolvidas as “notas introdutórias” para cada um de seus três capítulos. As sete decisões contempladas foram respectivamente introduzidas com uma síntese da “matéria” (direito e fatos). Aqui, foi dada ênfase à discussão do impacto na opinião pública geral e aos efeitos na política legislativa da **Decisão #99** (*Atomausstieg*) sobre o “desembarque” ou abandono paulatino da matriz energética nuclear, no quadro da nova política energética alemã e seu caráter jurídico-dogmático de intervenção estatal nas posições jurídico-reais das grandes empresas de produção de energia nuclear envolvidas. Como fontes, foram utilizadas as últimas edições das mais relevantes obras acadêmicas germânicas sobre direitos fundamentais dedicadas ao seu ensino e à sua pesquisa. Foram contemplados também relatórios e até ensaios jornalísticos sobre as questões mais politicamente controvertidas como, principalmente, no caso da decisão mencionada.

Por fim, vale também para este o que restou consignado no prefácio ao Volume 2 (p. 12): “o conceito da obra [...] foi mantido [...]. Manteve-se, principalmente nas traduções, a preocupação em ser fiel ao texto original, informar os leitores sobre a total extensão de cada decisão, enfatizando sempre suas complexas, mas sempre bem articuladas estruturas”.

* * *

Sabidamente, autores de obras acadêmico-científicas não prescindem do apoio e da colaboração de parceiros. Para não enfadar os leitores com um rol muito extenso, restrinjo-me a elencar apenas as pessoas e instituições que colaboraram de modo direto ou indireto, mas muito relevante:

Meus agradecimentos à mestre em direito, MSc *Carmen Vasconcelos*, por seu muito competente trabalho de revisão do manuscrito, desenvolvido com rigorosa disciplina cronológica, paciência e constância desde o volume I da obra.

Ao doutorando em hermenêutica jurídica *Rafael Giorgio Dalla Barba* (*Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*, cátedra Prof. Dr. *Ralf Poscher*) tributo, mais uma vez, meu profundo agradecimento pelo grande apoio consubstanciado na providência e envio de cópias digitalizadas de dezenas de artigos, aqui efetivamente utilizados como fontes de pesquisa.

Para a conclusão da obra, pude contar com uma ajuda indireta, mas muito eficaz. Trata-se do engajamento das monitoras e dos monitores de ensino nas minhas disciplinas de graduação em direito da UFRN: *Clara Beatriz Miranda da Silva, Daniel Lucas Mendonça Bezerra, Herik Matheus Guedes de Souza Lima, Hermínia Boracini Bichinim Costa Silva, Lucas Augusto Martins Bezerra, Luíza Jalil Anchieta e Matheus Castro Faria*. Cooperaram muito na preparação de materiais de ensino e avaliação dos discentes, na solução de questões técnico-informáticas advindas da novidade do formato digital das aulas e na difícil interlocução com o alunado em tempos de pandemia. Nesse mesmo contexto, meus agradecimentos direcionam-se também às minhas então mestrandas orientandas em estágio-docência *Hemily Samila da Silva Saraiva e Rebeka Souto Brandão Pereira* por suas correspondentes competentes cooperações no ensino no segundo semestre de 2020. Também sou muito grato ao colega de UFRN, o Prof. Dr. *Fabício Germano Alves* por ter se disponibilizado a assumir a orientação dos projetos de dissertação por mim orientados. Tudo isso tornou-me possível dedicar o tempo necessário à conclusão satisfatória da execução do presente projeto. Sem esse apoio, a tarefa seria impraticável dentro do quadro temporal pré-estabelecido. A elas e a eles tributo, portanto, meu profundo agradecimento.

Durante o processo de impressão não apenas deste, mas de todos os cinco volumes da obra, pude contar com a competente assessoria técnica das sras. *Arlety Amorim e Rosana Yoshioka*, além de sua equipe da Gráfica Vox, responsável pela impressão. Não raramente, tiveram de lidar com prazos muito exíguos e aplicaram uma política de formação de preços generosa que colaborou com a viabilidade econômica de uma obra com um público-alvo de leitores muito restrito e seletivo. Tiveram uma sensibilidade para as peculiaridades não comerciais da obra praticamente não encontrável no mercado de produtores gráficos. Por sua parceria meu muito obrigado!

Obviamente, são destinatários de meus mais profundos agradecimentos os coeditores da obra.

Primeiro, a Fundação Konrad Adenauer (KAS), em especial a diretora do Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Dr. *Marie-Christine Fuchs*, e sua sempre muito cordial e solícita equipe, notadamente o sr. *Daniel Pinilla* e as sras. *Magdalena Schaffler e Wendy Maldonado*, não por último pelo generoso fomento inclusive financeiro de todos os cinco volumes da obra. Ainda pela KAS, agradeço o Sr. *Reinaldo Themoteo* (escritório do Rio de Janeiro) que cuidou com esmero da solicitação do ISBN dos volumes 1 ao 4.

Também a Editora Marcial Pons, especialmente seu editor-chefe jurídico, Dr. *Marcelo Porciuncula*, que embarcou no projeto no terceiro volume com grande convicção, entusiasmo e confiança na qualidade do projeto, de tal modo a “despejar” sobre o autor sua generosa, experiente consultoria técnico-editorial.

O grande apoio da KAS, instituição com a qual colaboro desde 2003, aliado ao embarque em 2019 de uma instituição editorial com consolidada envergadura técnico-editorial e excelência internacionais indiscutíveis motivaram-me a concluir com êxito a obra.

Em que pesem todos esses generosos apoios com os quais pude ter a felicidade de contar para a conclusão da obra, todas as suas insuficiências e lacunas são, naturalmente, de minha exclusiva responsabilidade. As valiosas críticas e sugestões dos leitores, as quais desde já agradeço, podem ser encaminhadas a mim mediante o endereço eletrônico: leonardomartins1@yahoo.de.

* * *

A obra como um todo – e como sempre – é dedicada à MSc. *Magnae Latitia B. R. de Oliveira*, amada parceira vital que também é a mulher com a qual contrái o matrimônio. Constância é a nossa marca comum que, ao lado de nosso profundo amor, mais nos une.

No mais, acrescento à dedicatória a instituição judicial cuja estupenda produção ao longo das sete décadas mais intensas da ventura humana na Terra foi ensejo e objeto de nossos esforços, especialmente em razão do ano de seu aniversário de 70 anos:

Parabéns ao Tribunal Constitucional Federal alemão, aos 16 juízes de sua atual composição e aos das anteriores, seus atuais e ex-assistentes científicos e ao seu corpo administrativo!

Natal-RN, 21 de abril de 2021.

Prof. Dr. Leonardo Martins

Sumário do Volume 5

Apresentação.....	vii
Prefácio.....	xiii
Siglas e abreviações.....	xxix
Introdução ao volume 5.....	1

Capítulo 24.

LIBERDADE PROFISSIONAL (ART. 12 GG)

A. Notas Introdutórias.....	7
I. A liberdade profissional e empresarial do Art. 12 GG no sistema jusfundamental econômico da <i>Grundgesetz</i>	8
II. Liberdade profissional como direito à abstenção de intervenções estatais	10
1. Área de proteção	10
1.1 Área de proteção material ou objetiva	10
1.1.1 Conceito de profissão: da área da vida social ou “de regulamentação” à área de proteção	11
1.1.1.1 Elementos constitutivos positivos.....	11
1.1.1.2 Peculiaridades do serviço público e de profissões próximas ao serviço público	12
1.1.1.3 Da exclusão da proteção de atividades ilícitas	13
1.1.2 Alcance da área de proteção material.....	15
1.1.2.1 Exercício negativo da liberdade profissional	16
1.1.2.2 Escolha versus exercício da profissão	17
1.1.2.2.1 Liberdade de escolha profissional	17
1.1.2.2.2 Liberdade de exercício profissional	19
1.1.2.2.3 Zonas cinzentas e critérios para diferenciação ...	20
1.1.2.3 Lugar da formação	22
1.1.2.4 Local do trabalho e demais relações profissionais e trabalhistas	23

1.1.2.5 Alcance restrito a atividades atinentes à profissão e à Formação	24
1.2 Área de proteção subjetiva ou titularidade	25
2. Intervenções estatais	26
2.1 Requisitos da verificação da intervenção entre seu conceito restrito (clássico) e amplo	27
2.1.1 Alcance negativo	27
2.1.2 Intervenções <i>stricto sensu</i> e intervenções indiretas, fáticas e não finais: da “tendência a regulamentar profissão” em leis gerais	28
2.2 Intervenção na liberdade profissional	29
2.2.1 Restrições na permissão ou da escolha profissional	30
2.2.1.1 Restrições objetivas	31
2.2.1.2 Restrições subjetivas	32
2.2.2 Restrições ao exercício profissional	33
2.3 Intervenções na liberdade de formação profissional	34
2.4 Intervenções na liberdade de escolha do local de trabalho	35
3. Justificação constitucional das intervenções estatais	36
3.1 Limite constitucional bem determinado: reserva legal simples do Art. 12 I 2 GG	37
3.2 Constitucionalidade material de leis concretizadoras do limite	40
3.2.1 Preliminarmente: requisitos formais-materiais da base legal Interventiva	41
3.2.1.1 Espécies normativas autorizadas, carácter geral e abstrato da lei interventiva e mandamento de citação do direito fundamental afetado	42
3.2.1.1.1 Das espécies normativas autorizadas	42
3.2.1.1.2 Carácter geral e abstrato da base legal Interventiva (Art. 19 I 1 GG)	43
3.2.1.1.3 Mandamento de citação (Art. 19 I 2 GG)	43
3.2.1.2 Papel diferenciado da teoria da essencialidade e reserva parlamentar na dogmática do Art. 12 I GG	44
3.2.1.2.1 Da reserva de/da lei como espécie de limite do limite à reserva parlamentar	45
3.2.1.2.2 Teoria da essencialidade revisitada: delimitação dos aspectos essenciais e delegabilidade ao legislador material	48
3.2.1.3 Mandamento de determinação ou taxatividade da lei	50
3.2.2 A assim chamada “teoria dos degraus” (<i>Apothekenurteil</i>) e seu significado em face do princípio da proporcionalidade	51

3.2.3	Proporcionalidade de intervenções legislativas.....	52
3.2.3.1	Licitude constitucional do propósito da intervenção e do meio utilizado	55
3.2.3.2	Adequação ou idoneidade do meio	62
3.2.3.3	Necessidade ou imprescindibilidade do meio	66
3.2.3.4	Proporcionalidade em sentido estrito segundo a opinião dominante, jurisprudência e crítica.....	68
3.3	Constitucionalidade material de interpretações e aplicações judiciais de leis concretizadoras do limite: da justificação constitucional da intervenção objeto de decisão do TCF	69
3.4	Excursão: Dos serviços cívicos obrigatórios como limites constitucionais extraordinários ou suspensão temporária da liberdade profissional derivados do Art. 12a GG	75
3.4.1	Da relação com o Art. 12 GG: limites constitucionais extraordinários ou suspensão temporária da liberdade profissional derivados do Art. 12a GG?	75
3.4.2	Espécies de serviços potencialmente obrigatórios	78
III.	Direitos de proteção e de participação decorrentes do Art. 12 I GG	82
1.	Teoria geral dos direitos fundamentais revisitada: fundamentos e papel de direitos de proteção e de participação	82
2.	Direito de participação como direito de igualdade; direito de igualdade e <i>status negativus</i>	84
3.	Direito de proteção no contexto da dimensão procedimental	85
4.	Liberdade profissional e <i>status positivus</i>	87
4.1	Direito fundamental social ao trabalho?	87
4.2	Direito fundamental social à educação (profissional)?	88
IV.	Liberdade em face de coerção a trabalho e do trabalho forçado (Art. 12 II e III GG)	88
1.	Área de proteção unificada	89
2.	Intervenções estatais na área de proteção	91
3.	Justificações constitucionais de intervenções conforme contexto interventivo específico.....	94
3.1	Limites constitucionais	95
3.1.1	“Reserva legal” qualificada do Art. 12 II GG.....	95
3.1.2	Reserva judicial qualificada do Art. 12 III GG	95
3.2	Constitucionalidade material das intervenções legislativas, executivas e jurisdicionais	96
V.	Derivações da dimensão objetiva da liberdade profissional	97
1.	Garantia jurídico-processual da liberdade profissional como decorrência	

de sua dimensão objetiva?.....	97
2. Efeitos horizontal e de irradiação sobre o direito privado	98
3. Dever estatal de proteção, legislação especial trabalhista	99
VI. Concorrências de direitos fundamentais	102
1. Princípios gerais do conceito e suas implicações dogmáticas e práticas.....	102
2. Concorrências aparentes	104
2.1 Casos de especialidade e proeminência do parâmetro da liberdade profissional	105
2.2 Casos de especialidade e proeminência de outros parâmetros jusfundamentais e consequente inaplicabilidade da liberdade profissional	107
3. Concorrências ideais	108
B. Decisões do TCF	112
# 94. BVerfGE 7, 377 (Apothekenurteil)	112
Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	112
Excertos da decisão com anotações pontuais.....	115
# 95. BVerfGE 119, 59 (Hufversorgung)	133
Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	133
Excertos da decisão com anotações pontuais.....	138
# 96. BVerfGE 121, 317 (Rauchverbot in Gaststätten)	150
Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	150
Excertos da decisão com anotações pontuais.....	157

Capítulo 25.

DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE, FUNÇÃO SOCIAL E SOCIALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE (ART. 14 E 15 GG)

A. Notas Introdutórias	189/190
I. Direito fundamental individual	193
1. Área de proteção	193
1.1 Área de proteção pessoal ou subjetiva (titularidade)	193
1.2 Área de proteção material ou objetiva	195
1.2.1 Bem jurídico protegido: conceito constitucional de propriedade da <i>Grundgesetz</i>	195
1.2.2 Alcance da proteção	198
1.2.2.1 Alcance positivo	198
1.2.2.1.1 Proteção da existência / manutenção da propriedade adquirida.....	198

1.2.2.1.2	Direitos de uso, fruição e livre disposição	199
1.2.2.1.3	Posições jurídicas de direito público	199
1.2.2.1.4	Proteção do “funcionamento da empresa estabelecida e exercida”	201
1.2.2.1.5	Peculiaridades do direito à situação de bens imóveis.....	202
1.2.2.1.6	Direito à tutela judicial	203
1.2.2.2	Delimitação negativa e concorrências com outros direitos fundamentais	203
1.2.2.3	Excurso: não proteção do patrimônio em si e papel do direito tributário	204
2.	Intervenções estatais na área de proteção	205
2.1	Peculiaridades de intervenções estatais no direito fundamental de propriedade	205
2.2	Determinação de conteúdo/limites e desapropriação	206
2.2.1	Critérios para a delimitação entre determinação de conteúdo/limites e desapropriação	207
2.2.1.1	Critério superado na jurisprudência do TCF da dogmática da intensidade da intervenção estatal antes da Decisão <i>Nassauskiesung</i> (BVerfGE 58, 200)	207
2.2.1.2	Critérios formais aplicados desde a Decisão <i>Nassauskiesung</i> (BVerfGE 58, 200)	208
2.2.2	Determinações de conteúdo e limites (Art. 14 I 2 GG).....	210
2.2.3	Desapropriações (Art. 14 III GG)	211
2.2.3.1	Mediante lei (desapropriação “legal” ou “legislativa”).....	211
2.2.3.2	Com fundamento na lei (desapropriação “administrativa”).	212
2.2.3.3	“Intervenção desapropriante e intervenções iguais à desapropriação”	213
2.3	Intervenções “fáticas” (fatos jurídicos)	213
2.4	Socialização da propriedade (Art. 15 GG).....	213
3.	Justificação constitucional das intervenções estatais	214
3.1	Justificação constitucional de determinações de conteúdo/limites (Art. 14 I 2 GG)	214
3.1.1	Limite constitucional do Art. 14 I 2 GG como reserva legal <i>sui generis</i>	214
3.1.2	Consequência da delimitação entre leis de definição de conteúdo (conformadoras ou configuradoras) e leis interventoras	216
3.1.3	Vínculo social da propriedade (Art. 14 II GG): um limite constitucional peculiar	218
3.1.3.1	Caráter ambivalente.....	218

3.1.3.2	Princípio e mandato constitucional (Art. 14 II 1 GG) e consequências para o exame.....	219
3.1.3.3	Mandamento de ponderação como limite do limite (Art. 14 II 2 GG)	221
3.1.4	Proporcionalidade da “determinação de conteúdo/limites”	223
3.1.4.1	Propósitos lícitos.....	223
3.1.4.2	Meios lícitos.....	224
3.1.4.3	Adequação em sentido estrito (idoneidade do meio em relação ao propósito)	224
3.1.4.4	Necessidade ou imprescindibilidade.....	225
3.1.4.5	Adequação em sentido amplo, exigibilidade ou proporcionalidade em sentido estrito	225
3.1.4.5.1	Vínculo situacional de bens imóveis	226
3.1.4.5.2	Garantias de existência: proteção da confiança (princípio da certeza e segurança jurídicas) e regras de transição	226
3.1.4.5.3	Determinação de conteúdo/limites com obrigação de compensação como possível consequência jurídica.....	227
3.2	Justificação constitucional de desapropriações (Art. 14 III GG)	229
3.2.1	Reserva legal qualificada, reserva parlamentar e princípio da taxatividade	230
3.2.2	Requisitos da desapropriação legal ou legislativa (Art. 14 III 2, 1. subperíodo, 1. alt. GG).....	231
3.2.2.1	Propósito qualificado: bem-estar da coletividade (Art. 14 III 1 GG)	231
3.2.2.2	Tipo e volume da reparação definidos na própria lei como especial conformação da reserva parlamentar: da cláusula de <i>iunctim</i> (Art. 14 III 2, 2. subperíodo GG).....	233
3.2.2.3	Adequação e necessidade (imprescindibilidade) da desapropriação em relação ao concretizado propósito do bem-estar da coletividade	234
3.2.2.4	Valor da indenização (Art. 14 III 3 GG)	236
3.2.2.5	Excurso: relevância interventiva da desapropriação mediante lei em termos de proporcionalidade no sistema de controle de constitucionalidade de normas entre Controle Concreto e Reclamação Constitucional contra Ato Normativo	237
3.2.3	Requisitos específicos da desapropriação administrativa (Art. 14 III 2, 1. subperíodo, 2. alt. GG).....	238

3.2.3.1	Estrita legalidade	238
3.2.3.2	Observância da proporcionalidade concreta-individual	240
3.2.3.3	Dimensão jurídico-processual do direito fundamental do Art. 14 I 1 GG	241
3.2.3.3.1	Em geral: caráter autônomo ou concorrências do Art. 19 IV e do Art. 103 I GG?.....	242
3.2.3.3.2	Abertura da via jurisdicional administrativa	243
3.2.3.3.3	Abertura da via jurisdicional comum para questionamento da altura da indenização (Art. 14 III 4 GG) e seus limites.....	244
3.2.3.4	Possibilidade de reapropriação	245
II.	Art. 14 GG como garantia institucional	246
1.	Conceito de garantias institucionais: bases justeóricas e relevância jurídico-dogmática.....	246
2.	Configuração da área de proteção como marca normativa estatal	247
3.	Fronteiras da configuração	248
4.	Da relação entre configuração e intervenção estatal na área de proteção do direito fundamental	250
5.	Configuração e “reconfiguração”	250
6.	Garantia do instituto da propriedade privada como limite do limite.....	251
III.	Socialização (Art. 15 GG)	252
1.	Gênese e papel constitucional	253
1.1	Proposição do SPD no Conselho Parlamentar (Constituinte) e suas repercussões na <i>Grundgesetz</i>	254
1.2	Socialização como caso peculiar de desapropriação: abstrata e estrutural	255
2.	Pressupostos constitucionais e limites (do limite)	255
2.1	Objetos socializáveis.....	256
2.1.1	“Terras” [<i>Grund und Boden</i>]	257
2.1.2	“Recursos naturais”	258
2.1.3	“Meios de produção”	258
2.1.3.1	Em sentido amplo	258
2.1.3.2	Em sentido estrito e análise da crítica	258
2.2	Interpretação da relação entre Art. 14 III 3 e 4 GG e Art. 15 GG e suas consequências	260
2.2.1	Indenização no valor de mercado?	261
2.2.2	Alcance da discricionariedade legislativa	261
2.2.2.1	Ampla e abrangente agenda política de reconfiguração da ordem econômica de livre mercado para uma	

ordem econômica comunitária?	262
2.2.2.2 Aplicabilidade do princípio da proporcionalidade?	262
B. Decisões do TCF	268
# 97. BVerfGE 58, 137 (<i>Pflichtexemplar</i>).....	268
Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	268
Excertos da decisão com anotações pontuais.....	271
# 98. BVerfGE 100, 226 (<i>Denkmalschutz</i>)	277
Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	277
Excertos da decisão com anotações pontuais.....	278
# 99. BVerfGE 143, 246 (<i>Atomausstieg II</i>).....	288
Matéria (síntese do direito e dos fatos).....	288
i) Antecedentes e fatos conhecidos pelo TCF.....	288
ii) Arguições das Reclamantes e manifestações de órgãos constitucionais e terceiros	290
iii) Estrutura e síntese da Decisão	298
iii.a) Estrutura detalhada.....	298
iii.b) Síntese do juízo de admissibilidade e decisão do mérito	303
iv) Recepção e efeitos.....	306
Excertos da decisão com anotações pontuais.....	308

Capítulo 26.

GARANTIA DE NÃO EXPATRIAÇÃO E NÃO EXTRADIÇÃO (ART. 16 GG)

A. Notas Introdutórias.....	361
I. Direito fundamental à não expatriação (Art. 16 I GG) em sua acepção de <i>status negativus</i>.....	363
1. Área de proteção	363
1.1 Material: objeto de proteção e sua marca normativa	363
1.2 Titularidade.....	364
2. Intervenções estatais: hipóteses gerais e configuração legislativa	364
2.1 Retirada arbitrária da nacionalidade (Art. 16 I 1 GG).....	365
2.2 Perda da nacionalidade contra a vontade do titular (Art. 16 I 2 GG).....	366
2.3 Critérios delimitativos: possibilidade de tomada de influência pelo titular	366
3. Justificação constitucional	372
3.1 Limites constitucionais ao direito fundamental decorrente do Art. 16 I 1 GG?	373
3.2 Reserva legal qualificada como limite constitucional ao	

Introdução ao Volume 5:

Direitos fundamentais econômicos e decorrentes da nacionalidade

Os direitos fundamentais à liberdade profissional (Art. 12 I 1 GG) e *de propriedade* (Art. 14 I GG) compõem o núcleo das liberdades individuais econômicas (*status negativus*) por excelência.

A esse rol a maioria dos autores costuma acrescentar o direito fundamental de coalizão garantido no Art. 9 III GG,¹¹ na presente obra estudado, por opção sistemática, junto ao direito fundamental à liberdade de associação, contido na abertura do mesmo artigo da *Grundgesetz* (Art. 9 I GG), no **Volume 3**. Naquele volume, o denominador comum dos direitos fundamentais contemplados foi a proeminente marca normativa de suas áreas de proteção.

Outros autores trazem à pauta também o direito fundamental à livre locomoção no território da República Federal da Alemanha protegido pelo Art. 11 GG.¹² Esse foi tratado no **Volume 4** com três outros direitos de comunicação, em sua relação dialética com o resguardo do seu sigilo em ambientes físicos (reunião e domicílio, respectivamente, Art. 8 I e Art. 13 I GG), ou no ambiente dos tradicionais e novos meios de intermediação comunicativa interindividual (Art. 10 I GG). Tal relação dialética serve indiretamente à garantia do lastro pessoal desses direitos que, como esclarecido na introdução ao **Volume 4**, “têm como liame que justifica seu tratamento conjunto no [...] Volume a *proteção da personalidade em seu aspecto comunicativo* (interindividual e coletivamente)”.¹³

No que tange ao segundo complexo temático das garantias decorrentes da nacionalidade é preciso esclarecer o seguinte: as garantias decorrentes da nacionalidade à não expatriação e à não extradição (Art. 16 I e II GG) asseguram uma relação de lealdade e de confiança no vínculo de pertencimento ao Estado e a

¹¹ Cf. por exemplo, Mager (2018: 273, 302 ss.), Classen (2018: 198 s., 220 ss.) e Ipsen (2019: 195 ss.).

¹² Cf. Ipsen (2019: 173 ss.).

¹³ Com mais referências a algumas delimitações temático-sistemáticas mais abrangentes que ajudam o leitor a vislumbrar o quadro holístico-sistêmico dos temas tratados nos cinco volumes da obra, cf. Martins (2019-a: 2–3): **Introdução ao Vol. III**.

permanência no seu território, sendo, assim, pressupostos das liberdades econômicas. Não obstante, também representam elas próprias liberdades fundamentais, não apenas condições imprescindíveis ao exercício mais igualitário e irrestrito possível das liberdades econômicas, especialmente tendo em vista a restrição da titularidade do direito fundamental do Art. 12 I 1 GG a nacional alemão (**Capítulo 24.**, sob **A.I.1.2**). Portanto, justifica-se sua discussão no presente volume.

Feitas as devidas delimitações negativas em face dos objetos dos demais volumes e, desse modo, apresentada a justificação mais elementar, cabe uma breve introdução às ligações sistemáticas intrínsecas ao presente volume.

I.

Já na abertura do **Capítulo 24. (I)** será esclarecido o papel da liberdade profissional na ordem ou Constituição econômica, considerada por muitos, com lastro em passagens explícitas da jurisprudência do TCF, neutra do ponto de vista político-econômico. Essa suposta neutralidade contestada por alguns que consideram ter o constituinte optado por uma economia social de mercado¹⁴ pode ser compreendida apenas na contraposição das tutelas de ambos os direitos fundamentais da liberdade profissional e do direito fundamental de propriedade. Unanimidade parece existir apenas na rejeição ao modelo de economia planificada praticada no bloco de países capitaneado durante a Guerra Fria pela antiga URSS.

O Art. 12 I 1 GG, que protege o processo de aquisição de bens, mas não o *status quo* do seu resultado (“do adquirido”), que por sua vez é o objeto do direito fundamental de propriedade, inclusive de pessoas jurídicas, abrange, portanto, a livre iniciativa empresarial.¹⁵ Considerado isoladamente, esse dado indicaria uma escolha do constituinte por um modelo liberal “puro” de economia de mercado. Essa conclusão seria precipitada, pois o princípio da mais ampla livre iniciativa é relativizado não apenas por conta da reserva legal simples do Art. 12 I 2 GG (**II.3.1**), mas também pelos limites constitucionais peculiares que incidem sobre o direito fundamental de propriedade: especialmente o vínculo social da propriedade prescrito no Art. 14 II GG e a socialização prevista no Art. 15 GG (**Capítulo 25.**, **A.I.3.1.3** e **III**).

Para essa compreensão da Constituição econômica, cujo principal alicerce é composto pela compreensão sistemática dos Art. 12 e 14 GG e cuja relação de concorrência ou complementariedade já revela uma complexidade ímpar (cf. **Capítulo 24.**, **A.VI**), sua função de *status negativus* ocupa a centralidade dogmática. Sem

¹⁴ Cf. as referências, adiante: **Capítulo 24. A.I.**

¹⁵ Opção diferente tomou o constituinte da Carta Europeia de Direitos Fundamentais, que optou em separar a liberdade profissional individual, de titularidade exclusiva de pessoa física (Art. 15 GRC), da liberdade empresarial (Art. 16 GRC). Cf. Classen (2018: 198), com referência à Decisão fundamental da Corte Europeia de Justiça: EuGH, Rs. 4/1973 (Nold), Slg. 1974, 491, nota à margem 14.

embargo, ela é complementada na literatura especializada, ensejada, sobretudo, pela famigerada Decisão *numerus clausus*,¹⁶ pela função de participação e por eventuais direitos de proteção. Todavia, isso não implica, como se verá, um direito prestacional (social) à profissão ou ao trabalho. No mais, a função de *status negativus* é complementada também por outras derivações da dimensão jurídico-objetiva do direito fundamental (**Capítulo 24., III e V**).

Por fim, os parágrafos 2 e 3 da norma em tela (Art. 12 II e III GG), com suas garantias da liberdade em face da coerção a trabalho e do trabalho forçado (**Capítulo 24., IV**), guardam uma relação muito mais próxima ao direito geral de personalidade, na sua combinação com a garantia da dignidade humana ou diretamente apenas a essa (Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG ou apenas Art. 1 I GG), do que uma relação específica com o livre desenvolvimento econômico do indivíduo e, portanto, com sua personalidade. Por outro lado, praticamente todos os direitos fundamentais têm, em maior ou menor grau, essa relação com aqueles dispositivos constitucionais asseguradores do livre desenvolvimento da personalidade e da própria dignidade humana em seu caráter absoluto de norma intangível. Não obstante, aderiu-se aqui à opção do constituinte de tratá-los no mesmo artigo que é amplamente seguida também na literatura e na jurisprudência alemãs.

II.

Apesar de a fórmula a ser mencionada em mais de uma oportunidade – com vistas a delimitar as áreas de incidência (áreas de regulamentação) e, assim, definir se está presente ou não uma concorrência e de que espécie (**Capítulo 24., VI.2 e 3**), segundo a qual a liberdade profissional protege o “processo de aquisição”, enquanto o direito fundamental de propriedade protege “o adquirido” – representar um bom instrumento de primeira aproximação ao problema, ela não basta. Não basta especialmente porque entre a liberdade profissional e o direito fundamental de propriedade há uma distinção categorial bastante relevante: a primeira tem uma área de proteção que abrange condutas e comportamentos do titular; o segundo tem uma área de proteção marcada normativamente, como no caso dos direitos fundamentais estudados no **Volume 3**.

É uma diferença tão central porque implica uma caracterização totalmente distinta dos modos de vínculo do legislador a cada um deles. No caso da liberdade profissional, a concretização do vínculo é, como ocorre com todos os direitos de marca comportamental, uma tarefa bem mais simples. No caso do direito de propriedade, como visto mediante o estudo dos demais institutos jusprivados lastreados em garantias constitucionais do casamento e da família (Art. 6 I GG) e das garantias processuais penais (Art. 19, IV; 101 I 2; 103 I; 103 II e 103 III GG) – **Vol. III, Capítulos 13. e 15.–19.** e, com menor intensidade, das liberdades de associação e de coalizção (Art.

¹⁶ Cf. BVerfGE 33, 303.

9 I e 9 III GG) – **Vol. III, Capítulo 14.** –, o papel do legislador é ambivalente. Primeiro, ele pode intervir na área de proteção, caso em que estará obrigado ao cumprimento de ônus argumentativo implícito no processo de justificação constitucional com base nos limites constitucionais previstos pelo próprio constituinte. Contudo, ele pode também, mediante o exercício de sua função estatal típica de legiferar, ao fazê-lo, estar *apenas* configurando infraconstitucionalmente o instituto jusprivado e, assim, ter seu concreto exercício viabilizado somente graças à sua atuação legislativa.¹⁷

Sem embargo, o direito fundamental de propriedade que, de plano, não abrange um direito fundamental à propriedade,¹⁸ tem uma função negativa como qualquer direito fundamental de liberdade individual cuja área de proteção tenha uma clássica marca comportamental como é o caso da liberdade profissional. Por isso, o **Capítulo 25.** inicia-se com uma extensa discussão dessa sua acepção clássica (I) para apenas em um segundo tópico tratar de sua característica como garantia institucional (II). Porém, mesmo no âmbito exclusivo da acepção de liberdade negativa, de maneira inusitada, por se tratar de uma fórmula não adotada pelo constituinte na garantia dos outros institutos jurídico-privados do casamento e da família (**Vol. 3, Capítulo 13.**), o dispositivo traz peculiaridades em seu teor. Elas suscitaram uma construção teórica e dogmática das mais vastas e complexas na literatura especializada e na jurisprudência do TCF. Isso porque, no Art. 14 I 2 GG, logo após ter o constituinte assegurado, no Art. 14 I 1 GG, que “a propriedade e a herança são garantidas”, fixou, de modo lapidar, que “conteúdo e limites são determinados por lei”. Não espanta que o conteúdo deva ser determinado pela lei por causa da característica apontada da marca normativa da área de proteção do direito fundamental. Mesmo sem teor correspondente no Art. 6 I GG, resta claro, pelo menos para a primeira variante do casamento, que o conteúdo do instituto do casamento deve ser delineado e configurado pelo legislador infraconstitucional. Contudo, o constituinte optou por expressá-lo literalmente e, mais significativo, ao lado da complementação dos “limites”. Não obstante, praticamente a unanimidade dos autores reconhece na locução uma forma diferenciada de reserva

¹⁷ Trata-se de um dos principais dilemas da dogmática dos direitos fundamentais relacionados ao vínculo do legislador àqueles cuja área de proteção tenha marca eminentemente normativa, a tal ponto de alguns autores empenharem sérios esforços a fim de serem criados critérios que possibilitem descartar uma configuração legislativa como violadora do direito fundamental. Tal solução permaneceu opinião minoritária, defendida exemplarmente por Bumke (2009). Essa problemática será retomada em diversos momentos da exposição em razão de sua centralidade jurídico-dogmática.

¹⁸ Como se verá no **Capítulo 24.**, trata-se de um direito de *status negativus* por excelência. Ele não tem nenhuma conotação prestacional que justifique o uso linguístico da preposição “a” destacada no texto. Indiretamente, apenas o princípio do Estado social do Art. 20 I GG e o *vínculo social* da propriedade do Art. 14 II GG, entendido em sua função de limite constitucional de natureza *sui generis* ao direito fundamental de propriedade, fomentam, abstratamente, as condições econômicas da aquisição dos bens objetos do direito fundamental. Deles, no entanto, não derivam pretensões jurídico-subjetivas. Sobre a interpretação do Art. 14 II GG (*vínculo social* da propriedade), cf. **Capítulo 24.**, sob **A.I.3.1.3.**

legal em sua característica de limite constitucional cuja aplicação, como em regra, deve ser justificada para ser considerada materialmente constitucional. Por essa razão, será apresentada ao lado do vínculo social e da autorização por reserva legal estritamente qualificada de desapropriação (**Capítulo 25., A.I.2.1 e 2.2**).

De resto, a socialização da propriedade prevista no Art. 15 GG (espécie de “desapropriação abstrata” com propósito independente do propósito de desapropriações) é de classificação dogmática das mais complexas. Segundo a opinião dominante pode ser considerada intervenção estatal no direito fundamental de propriedade (**Capítulo 25., A.I.2.4**), mas, por razões sistemáticas e pelo grande ceticismo, inclusive em face de sua praticabilidade, que envolve a interpretação do Art. 15 GG, deve ser discutida também à parte, no último tópico principal do **Capítulo 25. (A.III)**.

III.

Como aludido, o presente volume e, com isso, a obra com um todo são fechados com as garantias da não expatriação e não extradição, relacionadas à nacionalidade (**Capítulo 26.**). Especialmente a primeira tem, como se verá, uma justificativa histórica bastante eloquente. O capítulo traz, em suas notas introdutórias, referências e uma discussão de decisões do TCF que implicam, de certo modo, um controle do processo de unificação europeia em face de seu impacto no exercício dos direitos fundamentais da *Grundgesetz*.

A Decisão do TCF trazida à coletânea (**Decisão #100**), não unânime, foi discutida tanto na literatura jurídica quanto na jornalística de modo engajado e suscitou críticas de ordem fundamental. O TCF parece mesmo cioso em manter a reserva de liberdade da *Grundgesetz* em face do direito da União Europeia e seus supostos ou reais déficits democráticos.

Tendo em vista que os direitos fundamentais parâmetros do Art. 16 I e 16 II GG têm notória base internacional, representam pressupostos da liberdade de locomoção no território federal a qual, como referido, é considerada por alguns como pertencente ao bloco das liberdades econômicas. Ademais, também porque a economia globalizada tornou-se uma realidade inarredável, esses dois parâmetros guardam como sucintamente aludido no preâmbulo da presente introdução, ainda que indiretamente, uma relação sistemática com o destacado núcleo dos direitos fundamentais econômicos da *Grundgesetz*.

Capítulo 24.

Liberdade profissional (Art. 12 GG)

Grundgesetz

Artigo 12 [Liberdade profissional]

(1) Todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei ou com base em uma lei.

(2) Ninguém poderá ser obrigado a um trabalho determinado, exceto no contexto de uma prestação de serviço tradicional, geral e igual para todos.

(3) O trabalho obrigatório somente pode ser admitido junto a uma privação de liberdade ordenada judicialmente.

A. Notas Introdutórias

Nos três parágrafos do Art. 12 GG são protegidos três direitos fundamentais segundo a opinião praticamente unânime na literatura e jurisprudência do TCF.¹⁹ Por sua vez, apesar de o Art. 12 I 1 GG determinar serem livres a escolha da profissão, do lugar de trabalho e da instituição de formação, trata-se em verdade de apenas um direito fundamental cujos principais efeitos de abstenção de intervenções dirigidos aos destinatários normativos serão analisados no tópico II e os eventuais efeitos positivos o serão no tópico III. Sensivelmente menos relevantes do ponto de vista prático, mas por configurarem direitos fundamentais autônomos, as liberdades em face da coerção ao trabalho (Art. 12 II GG) e de trabalhos forçados (Art. 12 III GG) serão estudadas no

¹⁹ Cf. por todos Manssen (2019: 185 s.). Lang (2020: 299 e 314–316) unifica os Art. 12 II e Art. 12 III GG.

tópico IV. A abordagem de possíveis dimensões objetivas (V) e das potenciais concorrências com outros direitos fundamentais (VI) fecham o capítulo. Antes de tudo, porém, cabe uma primeira reflexão sobre a localização sistemática do principal direito fundamental em tela na ordem econômica firmada na *Grundgesetz* (I).

I. A liberdade profissional e empresarial do Art. 12 I 1 GG no sistema jusfundamental econômico da *Grundgesetz*

Considerada por grande parte da literatura jurídica especializada²⁰ e pela jurisprudência, especialmente a do TCF,²¹ neutra em termos político-econômicos, a *Grundgesetz* traz, no rol de direitos fundamentais de liberdade individual, a liberdade profissional que abrange o que poderia ser chamado de *dimensão subjetiva do princípio da livre iniciativa empresarial*. Como esse princípio não é absoluto, mas, pelo contrário, sujeita-se às muitas restrições a serem oportunamente estudadas (II.3.1 e 3.2), a *Grundgesetz*, assim como no âmbito do segundo direito fundamental estudado no presente volume, de propriedade, faz sua opção por não se antecipar ao legislador ordinário. Ao contrário, deixa em aberto, ao menos em larga medida, a configuração da ordem ou Constituição econômica.

O que isso significa concretamente pode ser, em síntese, explicado com alusão à dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Contudo, normalmente decorrem da dimensão objetiva supostos valores implícitos na outorga do direito individual que complementam a proteção jurídico-subjetiva, mas que também a transcendem no sentido de embasar, entre outras funções concretas, a inarredável interpretação judicial do direito constitucional à luz das – como tais aceitas – decisões axiológicas positivadas no sistema jusfundamental e o dever estatal de proteção. A peculiaridade aqui é o papel intensificado do princípio de neutralidade ética do Estado

²⁰ Cf. Mann (2018: 533), Mager (2018: 273) e Classen (2018: 199). Mais cético em relação ao que chama de “abstinência conteudística” que não poderia ser deduzida da “desistência na Constituição de uma fórmula grande”, ao que nomeia as duas ordens antagônicas da economia de mercado e planificada, manifestou-se Ruffert (2020: 505). Como poucos, ele trata da Constituição econômica e seu direito objetivo, da composição dessa Constituição econômica nacional com a Constituição econômica europeia, mediante menção a uma obra de *Nipperdey* dos anos 1950 (*Nipperdey*, 1954). Fala em “decisão fundamental pela economia social de mercado” e destaca o papel da liberdade profissional como garantidora de uma Constituição econômica liberal. Cf. Ruffert (2020: 504–505). Cf. também Gröpl (2013: 247) que destaca o papel do Art. 15 GG (cf. a seguir, **Capítulo 25. A.III**) como um modelo contraposto que fundamentaria a tese da neutralidade, tornada para esse autor, contudo, obsoleta por conta de suposta proeminência do direito da União Europeia, o qual teria optado claramente por uma economia social de mercado.

²¹ Cf. especialmente BVerfGE 30, 292 (315) e 50, 290 (336 s.). Não obstante, já no *leading case* BVerfGE 7, 377 (400) – *Apotheken-Urteil* [= **Decisão #94**] a máxima da “neutralidade político-econômica” aparece com destaque, em passagem na qual o TCF remete a BVerfGE 4, 7 (17) – *Investitionshilfe*, uma Decisão de 1954 em que aplicou, todavia, o parâmetro do direito fundamental de propriedade do Art. 14 GG.

como dever de fundamentação isenta axiologicamente.²² Intensificado porque essa neutralidade, em que pese o discurso da eficácia do sistema axiológico jusfundamental nas relações jurídico-privadas, também é sempre lembrada no contexto das “áreas de regulamentação” de outros direitos fundamentais. Citem-se aqui, sobretudo, os direitos fundamentais de expressão da opinião, da comunicação social e da liberdade de consciência, crença e cosmovisão.

A resposta ao aparente dilema ínsito a essa descrição da dimensão jurídico-objetiva do direito fundamental em tela está na sua própria, ontológica natureza de direito fundamental, ou seja, na sua dimensão jurídico-subjetiva. É certo que uma dada “comunidade política de destino” ou – em termos mais profanos – uma dada sociedade que garanta, em sua Constituição, ampla liberdade profissional a qual abarque também a profissão de empresário e, assim, a livre iniciativa empresarial, ao lado do direito de propriedade privada, é *per se* marcada em seu sistema econômico. “Não que a *Grundgesetz* contenha uma específica ordem econômica ou que exija determinada política econômica”,²³ pois, como o TCF amiúde enfatiza, ela é neutra e deixa a configuração da respectiva ordem econômica em princípio ao legislador. O significado jurídico-dogmático mais relevante é que a atual ordem econômica, como se verá mais detalhadamente adiante, não participa da área de proteção do Art. 12 I ou do Art. 12 c.c. Art. 14 GG, embora determinados aspectos da atual ordem econômica sejam por definição protegidos. Isso porque a liberdade de escolha de uma profissão, seja ela vinculada a alguma pessoa jurídica ou não, em princípio pressupõe um livre mercado e implica concorrência. O correspondente comportamento particular da concorrência faz parte do livre exercício profissional e, como tal, é protegido pelo Art. 12 I GG. A liberdade *para* a concorrência é absolutamente incompatível com a ideia de liberdade em face *de* concorrência.²⁴

A ideia de uma Constituição econômica não predeterminada na *Grundgesetz* ou neutra em termos político-econômicos, a conseqüente abertura de margem discricionária maior de configuração (comparada a outras diante de outros parâmetros de liberdade) confiada ao legislador e a maior discricção do TCF em face do Poder Legislativo implicam reconhecer que o legislador foi incumbido de uma muito complexa tarefa constitucional. Cabe ao legislador, no quadro da referida Constituição econômica aberta, a tarefa de configuração social a partir de prognósticos às vezes tão complexos que, em todo caso, escapam das possibilidades metodológicas de controle pelo juiz constitucional. Dentro dos limites constitucionais a serem estudados e muitas vezes concretizados ou explicitados em “pequena escala” pelo TCF, trata-se não apenas de

²² Em geral, v. Huster (2017).

²³ Kingreen e Poscher (2020: 275).

²⁴ Cf. Kingreen e Poscher (2020: 275).

fundamentar a conhecida fórmula da prevalência do prognóstico legislativo,²⁵ mas especialmente de certificação sobre sua responsabilidade política democraticamente legitimada.²⁶ Reflexamente, o TCF extrai do princípio da neutralidade político-econômica da *Grundgesetz* um elemento funcional para o delineamento de sua autocontenção judicial.

II. Liberdade profissional como direito à abstenção de intervenções estatais

A liberdade profissional foi outorgada, em seu efeito clássico de determinar abstenção de intervenções estatais, especificamente pelo Art. 12 I 1 GG. Mesmo sem se optar por uma coerente sequência cronológica, nele se protegem as três principais estações da “via profissional” que começa com a formação, “prossegue na decisão pela profissão aprendida e que se cumpre no trabalho na profissão escolhida”.²⁷

Já o Art. 12 I 2 GG determinou uma reserva legal simples que, por seu teor, aparentemente seria aplicada apenas para restringir o exercício, mas não a escolha das mencionadas três estações da profissão. Por uma equivocada interpretação histórica, notadamente do Art. 151 III WRV, segundo a qual intervenções na liberdade profissional poderiam ser autorizadas apenas por lei “do Reich”, ou seja, equivalente a leis federais sob a égide da *Grundgesetz*, acabou encontrando respaldo no texto constitucional uma reserva legal aplicável apenas ao exercício profissional.²⁸ Assim, como se verá em detalhes, desde a Decisão *Apotheken*²⁹ considera-se que o *exercício* da profissão esteja implícito da “área de proteção unificada” do Art. 12 I 1 GG. Isso porque a reserva legal do Art. 12 I 2 GG, a despeito de seu teor, supostamente corrigida por uma interpretação sistemática, não teria acrescentado nenhum elemento novo à área de proteção. Conseqüentemente, estender-se-ia a reserva legal também à *escolha* de profissão, local de trabalho e da instituição da formação profissional.³⁰

1. Área de proteção

1.1 Área de proteção material ou objetiva

Materialmente, o Art. 12 I 1 GG abrange comportamentos e condutas de pessoas naturais e jurídicas cujo núcleo semântico é representado pelo conceito de profissão (**1.1.1**). O estudo do alcance negativo e positivo da área de proteção, tendo em vista especialmente as etapas da *escolha* e do *exercício* da profissão (**1.1.2**) corrobora a complexidade já implícita na conceituação da profissão, especialmente com a

²⁵ Cf., por exemplo, Ipsen (2019: 190).

²⁶ Cf. Breuer (2010: 195 ss.).

²⁷ Kingreen e Poscher (2020: 272). Cf. também Papier e Krönke (2020: 193).

²⁸ Cf. Kingreen e Poscher, *ibid.*

²⁹ BVerfGE 7, 377 (401) [= Decisão #94].

³⁰ Cf. Epping (2019: 203 s.).

verificação da possibilidade da exclusão de atividades ilícitas (1.1.1.2) e das escolhas do local de trabalho e da instituição de formação.

1.1.1 Conceito de profissão: da área da vida social ou “de regulamentação” à área de proteção

Entre os direitos fundamentais de liberdade individual do catálogo de direitos fundamentais da *Grundgesetz* destacam-se os seguintes, especialmente por suscitarem a discussão sobre a diferença entre as chamadas áreas de regulamentação e de proteção: a liberdade de reunião do Art. 8 I GG e a liberdade profissional do Art. 12 I 1 GG. Isso porque, ainda que não de modo literal como ocorre no Art. 8 I GG, em tese o âmbito da realidade social sobre o qual incide a tutela do Art. 12 I 2 GG abrange condutas que não participam sequer da proteção *prima facie* do direito fundamental.

Aqui, trata-se da definição do conceito nuclear de profissão, notadamente, de saber qual papel jurídico-dogmático podem assumir as *condutas ilícitas*. Questionado deve ser se poderiam, i) pelo menos em tese, ser subsumidas ao referido conceito nuclear e, em seguida, uma vez subsumidas a ele; ii) se poderiam ser de plano excluídas; ou iii) se poderiam ser proibidas apenas na terceira etapa do exame que é a da justificação constitucional da intervenção, hipótese em que seriam *prima facie* protegidas. Haverá a diferença entre os “traçados” e correspondente extensão dos conteúdos protegidos tão somente no segundo caso da exclusão de plano das condutas ilícitas da área de proteção. Tanto no primeiro quanto no terceiro caso, haveria coincidência no traçado das fronteiras da área de regulamentação e da área de proteção. Coincidiriam os traçados – e, assim, conteriam rigorosamente as mesmas condutas individuais *prima facie* protegidas – da primeira fronteira, potencialmente mais ampla, que separa a área de regulamentação de seu ambiente, no qual se encontram outros direitos fundamentais, eventualmente concorrentes ou colidentes, e da segunda fronteira, potencialmente mais restrita, que separa elementos de conduta individuais e situações em princípio livres das intervenções do Estado daqueles que não o são.³¹

1.1.1.1 Elementos constitutivos positivos

Positivamente definida, profissão é “uma atividade que serve à consecução e à manutenção da base [econômica] vital ou que [ao menos] contribui para a consecução e a manutenção da base [econômica] vital”.³² Coerentemente a essa definição, pouco importa se a atividade é exercida de modo independente e autônomo ou em uma clássica relação trabalhista, na qual faltam completamente as características da autonomia e independência.³³

³¹ Cf. sobre essas distinções de traçados de fronteiras: Dimoulis e Martins (2021: 174–177).

³² BVerfGE 7, 377 (397) [= **Decisão #94**]; 54, 301 (313). Cf. Manssen (2019: 187).

³³ Cf. Mann (2018: 540).