

§ 20.

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.

70. BVERFGGE 7, 377

(APOTHEKENURTEIL)

Reclamação Constitucional contra ato normativo

11/06/1958

MATÉRIA:

O reclamante era, desde 1940, farmacêutico formado. Em 1956, requereu o alvará de funcionamento para a abertura de uma farmácia em uma pequena localidade chamada *Traunreut*, na alta Baviera. O pedido foi indeferido com base em uma lei bávara para o setor farmacêutico (BayApothekenG). Além de a lei em geral pressupor a formação completa

com a conclusão *Aprobation*, a cidadania alemã, uma certa experiência profissional, além de qualidades subjetivas (confiabilidade e aptidão), o Art. 3 I ApothekenG fazia a outorga da permissão para funcionamento depender de dois fatores objetivos: necessidade em face do interesse público e proteção do mercado farmacêutico como um todo (própria base econômica da nova farmácia garantida e não ameaça à subsistência econômica das farmácias já existentes na mesma região). Sobretudo esse último fator objetivo, levava a autoridade competente a fixar uma relação ideal entre o número de farmácias e o de habitantes em uma determinada região. Na base do pensamento do legislador estava a idéia de que a oferta de medicamentos não poderia seguir as regras de mercado e que a proteção da livre concorrência deveria sofrer alguns reparos, tendo em vista a salvaguarda, entre outros, da qualidade dos medicamentos e da parcimônia da oferta com a conseqüente vedação da publicidade, que poderiam levar ao abuso e, por conseguinte, ao comprometimento da saúde pública.

Assim, concretamente a autoridade competente fundamentou sua decisão de indeferir o pedido de alvará com o fato de que as farmácias já existentes na comunidade seriam plenamente suficientes para o atendimento da população, não podendo o estabelecimento de uma nova farmácia ser considerado como sendo do interesse público (Art. 3 I, a) ApothekenG). No mais, a base econômica da nova farmácia não estava assegurada e a base econômica das já estabelecidas restariam ameaçadas com a vinda ao mercado de uma nova farmácia (Art. 3 I, b) ApothekenG).

A Reclamação Constitucional impugnou diretamente o ato administrativo consubstanciado em um comunicado de indeferimento, e indiretamente o Art. 3 I ApothekenG. O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente e declarou o Art. 3 I ApothekenG nulo.

1. No Art. 12 I GG não se proclama a liberdade industrial como um princípio objetivo da ordem econômica e social, mas se garante ao indivíduo o direito fundamental a desempenhar qualquer atividade lícita como profissão, mesmo que ela não corresponda a um “tipo de profissão”, entendida como tal aquela assim tradicional ou juridicamente definida.

2. O conceito “profissão” no art 12 I GG abrange, fundamentalmente, também as profissões que têm como conteúdo atividades reservadas ao Estado, assim como as profissões que tenham um “vínculo estatal”. Todavia, o Art. 33 GG constitui e possibilita regras especiais para as profissões próprias do “serviço público”.

3. Se uma atividade puder ser exercida de forma subordinada ou autônoma e ambas as formas do exercício tiverem cada qual sua própria importância social, então a escolha por uma ou outra forma é também uma escolha na acepção do Art. 12 I GG.

4. O conteúdo e abrangência da competência regulamentar do legislador segundo o Art. 12 I 2 GG podem ser ampla e razoavelmente estabelecidos já a partir de uma interpretação que considere o sentido e o significado do direito fundamental na vida social. Não se faz necessário o recurso à limitação do conteúdo essencial (Art. 19 II GG).

5. A competência regulamentar segundo o Art. 12 I GG alcança o exercício e a escolha profissional, não o fazendo, entretanto, com a mesma intensidade nos dois casos. Tal competência existe em função do exercício profissional e, em todo caso, só pode, sob o prisma do exercício³¹², implicar também na intervenção na liberdade de escolha profissional. No que tange ao conteúdo, ela é tão mais livre quanto mais for uma pura regra do exercício, e tão mais limitada quanto mais tocar na escolha profissional.

6. O direito fundamental deve proteger a liberdade do indivíduo, a reserva regulamentar deve assegurar proteção suficiente dos interesses coletivos. Da necessidade de se fazer jus às duas exigências resulta para o legislador um mandamento de diferenciação, segundo os critérios abaixo elencados:

- a) A liberdade do exercício profissional pode ser limitada se argumentos racionais em prol do bem comum mostrarem que tal limitação é, nesse sentido, adequada. A proteção do direito fundamental limita-se à resistência contra exigências demasiado pesadas e, por isso, inexigíveis e em si inconstitucionais.
- b) A liberdade da escolha profissional somente pode ser limitada se a proteção de bens jurídicos coletivos muito importantes o exigir inexoravelmente. Em sendo uma tal intervenção inevitável, o legislador sempre deverá escolher aquela forma de intervenção que limitar o mínimo possível o direito fundamental atingido.

³¹² E não da escolha!

- c) Em se intervindo na liberdade da escolha profissional por meio da fixação de determinados pressupostos para a admissão na profissão, deve-se distinguir entre pressupostos subjetivos e objetivos: para os pressupostos subjetivos (sobretudo preparação e formação) vale o princípio da proporcionalidade no sentido de que eles não podem ser desproporcionais em face do propósito perseguido, do cumprimento regular da atividade profissional. A prova da necessidade de pressupostos objetivos de admissão deve ser submetida a um exame especialmente rígido. Em geral, pode-se justificar tal medida estatal (fixação de critérios objetivos de ingresso em certas profissões, n. org.) somente com base na defesa de provados ou muito prováveis e graves perigos de perecimento de bens jurídicos coletivos muito importantes.
- d) Atos normativos segundo o Art. 12 I 2 GG precisam sempre ser estatuidos no “degrau” onde a intervenção na liberdade da escolha profissional for a mais sutil possível. O legislador somente poderá subir ao próximo “degrau” se puder ser demonstrado, que, com elevado grau de probabilidade, os perigos temidos não poderão ser efetivamente combatidos com os meios (constitucionais) do degrau imediatamente inferior.

7. O Tribunal Constitucional Federal deve examinar se o legislador observou os limites aqui verificados de sua competência regulamentar. Em sendo a livre escolha profissional limitada por meio de pressupostos objetivos de admissibilidade, o Tribunal Constitucional Federal poderá também examinar se justamente essa intervenção é necessariamente obrigatória para a proteção de um bem jurídico coletivo muito relevante.

8. Na área do direito farmacêutico, a situação constitucional atual corresponde só à liberdade de estabelecimento, entendida como tal a falta de limitações objetivas para a sua permissão.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de
11 de junho de 1958
– 1 BvR 596/56 –

Nos autos do processo relativo à Reclamação Constitucional do farmacêutico *Karl-Heinz R.* contra as notificações do Governo da Alta Baviera de 29 de novembro de 1956 – N° II/11-5090/114 e de 12 de junho de 1957 – N° II/11-5090/121.

Dispositivo da decisão:

As notificações do Governo da Alta Baviera de 29 de novembro de 1956 – N° II/11-5090/114 – e de 12 de junho de 1957 – N° II/11-5090/121 – violam o direito fundamental do reclamante do Art. 12 I GG e estão revogadas.

O Art. 3 I da Lei do Setor Farmacêutico da Baviera de 16 de junho de 1952 (GVBl. p. 181) na redação da lei de 10 de dezembro de 1955 (GBVL, p. 267) é nulo.

RAZÕES:**A.**

1. O reclamante é farmacêutico formado desde 1940. Depois de seu retorno da guerra foi primeiramente administrador na Zona de Ocupação Soviética e depois arrendatário oficial de uma farmácia. No ano de 1955, ele deixou essa Zona e foi trabalhar como empregado de uma farmácia em *Traunstein*. Em julho de 1956, requereu junto ao Governo da Alta Baviera um alvará para a abertura de uma farmácia em *Traunreut*.

O pedido do reclamante foi indeferido com base no Art. 3 I da Lei do Setor Farmacêutico da Baviera de 16 de junho de 1952 em sua redação de 10 de dezembro de 1955 (GBVL, p. 267), [a seguir denominada simplesmente “ApothekenG”] por meio de uma notificação datada de 29 de novembro de 1956. Seu recurso administrativo de 12 de junho de 1957 foi julgado improcedente.

2. Segundo a ApothekenG, precisa de uma permissão todo aquele que quiser constituir uma nova farmácia ou adquirir uma já existente (Art. 1 I). Condição para a concessão da permissão é a formação específica (*Approbation*). No mais, o candidato deve ser alemão na acepção do Art. 116 da *Grundgesetz* e já ter atuado por um determinado tempo como farmacêutico profissional. Por fim, ele deve cumprir certos requisitos tocantes à sua confiabilidade e aptidão pessoais.

Para o estabelecimento de uma nova farmácia, derivam-se mais condições do Art. 3 I da (referida) lei. Segundo o teor do dispositivo em pauta:

“(1) Para uma nova farmácia estabelecer-se, a permissão só será concedida se:

- a) O estabelecimento da farmácia corresponder ao interesse público da garantia do fornecimento de medicamentos para a população e
- b) Restar comprovado que sua base econômica está garantida e que por meio dela a base econômica das farmácias próximas não será a tal ponto comprometida que os

pressupostos para um funcionamento regular não possam mais ser garantidos.

Para a permissão, pode-se estabelecer a condição de a farmácia ter que se estabelecer num determinado local para o atendimento do interesse do fornecimento geograficamente bem distribuído de medicamentos.”

3. A notificação do Governo da Alta Baviera de 29 de novembro de 1956 fundamenta o indeferimento do pedido do reclamante tanto com base no Art. 3 I ,a’ como no Art. 3 I ,b’ da ApothekenG:

O estabelecimento da farmácia em pauta não corresponderia ao interesse público. Em *Traunreut* existiriam aproximadamente 6000 pessoas a serem supridas com medicamentos. Para fazê-lo, seria plenamente suficiente uma farmácia já existente. Considerando-se o cuidado com a saúde pública, outras farmácias só poderiam ser admitidas onde uma área maior tivesse que ser suprida. Farmácias constituídas sobre maus pressupostos econômicos tenderiam, segundo a experiência, a vender medicamentos sem receita médica e agiriam, junto à venda de medicamentos psicotrópicos, com uma condescendência não permitida sob aspectos legais.

Além disso, a base econômica da nova farmácia não restaria garantida, vez em que um número mínimo de 7 a 8 mil habitantes por farmácia deveria ser visto como necessário para a garantia do funcionamento empresarial de uma farmácia. Os requerentes deveriam ser, tendo em vista seus próprios interesses, prevenidos contra o estabelecimento de uma farmácia sem possibilidades econômicas de sobrevivência.

Por fim, a base econômica das farmácias já existentes restaria tão comprometida pelo estabelecimento da nova farmácia, que os pressupostos para um funcionamento empresarial regular delas não estariam mais garantidos. É o que se poderia concluir a partir dos números dos resultados financeiros das farmácias existentes fornecidos pelo Ministério da Fazenda. A experiência demonstraria que a permissão de uma nova farmácia diminuiria as vendas das demais em até 40%.

(...).

4. – 6. (...).

B. - I.

A Reclamação Constitucional é admitida.

O reclamante se volta contra atos administrativos do Governo da Alta Baviera com fundamento na argüição da nulidade da norma que os embasou, o Art. 3 I ApothekenG. A Administração teria, portanto, obstado sem fundamento legal a sua

livre escolha profissional e com isso violado o seu direito fundamental decorrente do Art. 12 I e Art. 2 I GG.

Deve-se examinar a seguir se o Art. 3 I ApothekenG é condizente com a *Grundgesetz*. Se esse não for o caso, então os atos administrativos violam o Art. 12 I GG; a norma deve ser declarada nula (§ 95 III BVerfGG). No caso da validade da norma, restaria a perscrutar se ela fora interpretada constitucionalmente ou se sua aplicação viola o direitos fundamentais.

II.

A Reclamação Constitucional deveria ser julgada procedente sem o exame da constitucionalidade material do Art. 3 I ApothekenG na sua redação dada pela lei de 10 de dezembro de 1955, se o legislador estadual bávaro não fosse competente para promulgá-la. (...).

O direito de estabelecimento de farmácias pertence à competência legislativa concorrente da União segundo o Art. 74, nº 11 GG (BVerfGE 5, 25). (...).

A verificação da nulidade tem efeito *ex tunc*. Para a distribuição da competência legislativa entre a União e os Estados-membros isso significa que uma lei federal declarada nula não pode deflagrar o efeito obstativo do Art. 72 I GG. Por isso, a lei [federal] sobre a limitação ao estabelecimento de novas farmácias não afastou a competência legislativa dos Estados-membros, de tal sorte que o legislador bávaro estava autorizado a promulgar a lei derogatória de 10 de dezembro de 1955.

III.

O Art. 3 ApothekenG precisa ser analisado à luz da concepção geral da lei. Esta, por sua vez, só pode ser entendida a partir do desenvolvimento histórico do direito farmacêutico.

1. O farmacêutico como proprietário de uma “oficina”, na qual ele – se for o caso, auxiliado por empregados, em face de cujas atividades também é responsável – prepara com as próprias mãos os medicamentos e os vende, surge já na Alta Idade Média como uma profissão autônoma, ou seja, distinta especificamente da profissão do médico. O Kaiser *Frederico II* fixou no terceiro livro do *Liber Augustalis*, em meados

do século XIII, que os medicamentos não deveriam ser produzidos por médicos, mas pelos farmacêuticos. Estes deveriam:

“produzir os medicamentos às suas expensas, sob a fiscalização dos médicos e segundo o mandamento da Constituição, e não ser admitidos para a direção de farmácias até que tivessem prestado o juramento de que teriam produzido todos os seus medicamentos sem dolo, segundo o mandamento citado.” (cf. *Wolfgang-Hagen Hein*. Die Medizinalgesetze Friedrichs II. in einer illuminierten Handschrift der Vatikanischen Bibliothek [As leis medicinais de Frederico II. em um manuscrito iluminado da biblioteca do Vaticano], in: *PharmZtg*, p. 1016 *et seq.*, 1957).

A *entrega* de medicamentos foi, desde o início, uma atividade natural, conseqüente ou correlata do farmacêutico, que não retirava, enquanto comerciante, os medicamentos de um estoque existente, mas os produzia artesanalmente e entregava-os segundo os pedidos feitos pela população. Os preços dos medicamentos eram, já nestes primórdios [da profissão], fixados oficialmente, porque os farmacêuticos gozavam de uma espécie de monopólio sobre a produção de medicamentos por causa de seus privilégios estatais ou locais (cf. *Urdang-Dieckmann*. Einführung in die Geschichte der deutschen Pharmazie, p. 59 *et seq.*, 1954). A citada legislação de *Frederico II* já continha tais fixações de preços dos medicamentos. Por outro lado, tendo em vista o fato de nem todos poderem tirar o seu sustento tão somente da produção de medicamentos, os farmacêuticos eram autorizados a vender outras mercadorias, sendo, inclusive, o comércio de tais mercadorias proibido aos demais comerciantes para a garantia do sustento dos farmacêuticos. Tais mercadorias eram, p. ex., o açúcar, os temperos, as bebidas alcoólicas, o vinho, o tabaco, o café e o chocolate. Há de se destacar que tal reserva comercial a favor dos farmacêuticos não valia em face do fundamento de que alguns destes artigos eram também utilizados com fins medicinais, mas perseguia o propósito de “garantir aos farmacêuticos o seu sustento” (*Urdang-Dieckmann*, *op. cit.*, p. 64). Somente por volta do final do séc. XVII, os “direitos de monopólio” foram cada vez mais reduzidos aos produtos medicinais propriamente ditos (...).

(...).

2. O princípio da liberdade industrial, que, como conseqüência da transformação político-social do início do séc. XIX, lentamente se impôs em todos os Estados alemães,

não atingiu a profissão do farmacêutico. Em face do potencial de risco e do seu significado para a saúde do povo, foi mantida a obrigação de concessão de autorização para o exercício da profissão pelos farmacêuticos e para o funcionamento de suas lojas (...).

A loja farmacêutica foi tratada, no séc. XIX, (...) em todo lugar como indústria. O proprietário precisava de uma permissão de funcionamento. Como fundamento jurídico da direção da firma subsistiam primeiramente os velhos privilégios e direitos reais. Aqui a farmácia podia ser vendida e herdada. O direito comercial era freqüentemente ligado ao direito de propriedade sobre o imóvel. (...).

3. Na Baviera, a situação jurídica decorrente do desenvolvimento descrito foi consolidada por último no Decreto do Setor Farmacêutico de 1913:

(...).

4. As assim chamadas diretivas da liberdade industrial do governo militar americano por volta da virada do ano 1948 para 1949 encontraram na Baviera e também em outros Estados da Zona de Ocupação Americana um tal estado jurídico. Elas tiveram por conseqüência a plena liberdade profissional. (...).

5. O Governo da Baviera expressou críticas contra essa liberdade ilimitada de estabelecimento. Objeções partiram também de setores da classe profissional farmacêutica. O governo tentou por meio de negociações com o Governo Militar excluir as farmácias da liberdade industrial. (...).

6. A lei bávara sobre o ramo farmacêutico de 16 de junho de 1952 (...).

7. O ponto central da lei (em pauta) é o Art. 3, que disciplina os pressupostos para o estabelecimento de novas farmácias. (...).

Formalmente falando, trata-se de uma proibição de estabelecimento de novas farmácias com reserva de autorização. (...).

IV.

A questão da constitucionalidade do Art. 3 I GG ApothekenG em face do Art. 12 I GG pressupõe algumas reflexões fundamentais sobre o significado desse dispositivo constitucional.

1. O Art. 12 I GG tutela a liberdade do cidadão em uma área muito importante para a sociedade moderna: ele garante ao indivíduo o direito de praticar qualquer

atividade para a qual ele se considere apto e de fazê-lo enquanto “profissão”, ou seja, como fundamento do suprimento econômico de sua vida. Trata-se de um direito fundamental e não – como no caso do Art. 151 III da Constituição da República de Weimar – de uma [mera] proclamação da “liberdade industrial” enquanto princípio objetivo da ordem econômica e social. É garantida ao indivíduo mais do que a liberdade do exercício autônomo de uma atividade industrial. Com certeza, o direito fundamental objetiva a proteção do trabalho sob o aspecto econômico, mas também a considera [a liberdade], como “profissão”, ou seja, também a considera na sua relação com a personalidade da pessoa humana como um todo, a qual só se forma e preenche plenamente quando o indivíduo se dedica a uma atividade que represente para ele, a um só tempo, sua tarefa vital e a base de sua vida. No mais, o indivíduo procura realizar, por meio da profissão escolhida, a sua contribuição para a totalidade da produção social. O direito fundamental ganha, destarte, significado relevante para todas as classes sociais. O trabalho enquanto profissão tem para todos o mesmo valor e a mesma dignidade.

2. Sob essa ótica do direito fundamental, o conceito “profissão” deve ser interpretado extensivamente. Ele abrange não somente todas aquelas profissões que se apresentem em tipos profissionais fixados tradicional ou até mesmo legalmente, mas também as atividades atípicas (não proibidas pelo ordenamento jurídico), livremente escolhidas pelo indivíduo, das quais podem surgir novos tipos de profissionais (nesse sentido, também as seguintes decisões do Tribunal Federal Administrativo publicadas em: BVerwGE 2, 82 [92]; 4, 250 [254 s.]).

Também aquelas profissões cujas atividades precisam ser, segundo o entendimento hodierno, reservadas em primeira linha ao Estado, são abrangidas pelo Art. 12 I GG, pelo menos no sentido de que também elas podem ser livremente escolhidas pelo indivíduo e que sua escolha possa ser a ninguém imposta ou proibida. Não há motivo para que o direito fundamental “segundo a sua natureza” não valesse para tais profissões, como, neste sentido, decidiu o Tribunal Federal Administrativo (BVerwGE 2, 85 [86]; 4, 250 [254]). Não obstante, o Art. 33 GG possibilita e constitui, para todas as profissões que façam parte do chamado “serviço público”, regras especiais. Elas decorrem da natureza da matéria: O número de vagas de trabalho é fixado aqui somente pelo poder de organização *lato sensu* daquele órgão que for respectivamente competente. Destarte, ocorre, sob determinadas condições, a

impossibilidade fática da escolha da profissão pelo indivíduo. Nesse contexto, a possível medida de liberdade da escolha profissional do indivíduo garante-se por meio do acesso igualitário universal a todos os igualmente aptos aos cargos públicos (Art. 33 II GG).

Profissões “ligadas ao Estado” são possíveis e reais em diversas conformações. Elas são também abrangidas pelo Art. 12 I GG. A questão de se saber que lugar ocupariam tais profissões entre as profissões “livres” com certas tarefas de direito público e aquelas profissões pertencentes imediatamente à organização estatal, depende do tipo e da importância da tarefa pública a ser desempenhada. Quanto mais uma profissão, face aos seus vínculos de direito público e às suas tarefas, se aproximar do “serviço público”, mais fortemente as regras especiais do Art. 33 GG poderão afastar de fato o efeito do direito fundamental do Art. 12 I GG. As possibilidades de conformação do legislador não precisam ser aqui melhor analisadas, pois a regulamentação bávara, em consonância com os costumes farmacêuticos alemães gerais (cf. BVerfGE 5, 25) e apesar de certos vínculos de direito público, apresenta-se, de acordo com sua estrutura, como sendo uma regra de direito empresarial [ou seja, como tal, uma regra de direito privado].

O Art. 12 I GG não distingue a profissão exercida autonomamente da profissão exercida de forma subordinada. Trabalhos subordinados podem ser também escolhidos como profissão e são de fato cada vez mais ocorrentes na sociedade moderna. Se uma atividade pode ser exercida de forma autônoma ou subordinada, mas ambas as formas de exercício têm cada qual sua própria importância social, então também a escolha de uma ou outra forma de atividade profissional e a mudança de uma para a outra forma é uma escolha profissional na acepção do Art. 12 I GG. É o caso da profissão de farmacêutico: O farmacêutico autônomo dirige uma empresa que constitui a base de sua existência econômica. O farmacêutico subordinado está a serviço de uma tal empresa. Existem, de acordo com a opinião geral, assim como na concepção dos profissionais em pauta, várias “profissões” dentro da classe dos “farmacêuticos”. Fazer parte de uma destas não representa somente um estágio de preparação ou mesmo de caminho para uma inserção ou promoção para a outra. Por isso, há de se concordar, em sede de conclusão, com o Tribunal Administrativo Federal quando afirma que a mudança da atividade de um empregado para a atividade de um farmacêutico autônomo é um ato de escolha profissional que faz parte da proteção do Art. 12 I GG.

3. Do apresentado significado geral do Art. 12 I GG podem ser depreendidos os aspectos determinantes do conteúdo e alcance da competência regulamentar do legislador infraconstitucional segundo o Art. 12 I 2 GG.

a) Se pelo Art. 12 I GG tivesse sido fixado constitucionalmente tão somente o princípio da liberdade empresarial, então seria adequado realizar este princípio com o pano de fundo de uma reserva legal geral. Tratar-se-ia – como na Constituição da República de Weimar – da garantia de uma liberdade empresarial “nos moldes da lei”. O legislador seria, ainda assim, também vinculado ao princípio, mas não poderia, no entanto, dentro de sua política econômica geral, prever as exceções que ele considerasse convenientes. Em face das complexas relações econômicas modernas, impor-se-ia provavelmente aquela – já há muito tempo perceptível – tendência à limitação do princípio surgido na época do liberalismo clássico da *total* liberdade empresarial. Contra isso, nada se poderia contrapor jurídico-constitucionalmente falando.

Muito mais restrita se torna a área de discricionariedade do legislador quando se parte da idéia de tratar-se aqui de um verdadeiro direito fundamental de cada cidadão, além do mais de um direito fundamental cuja idéia básica é ligada ao livre desenvolvimento da personalidade humana e que, justamente por isso, também tem um significado muito grande para a conformação geral da vida – ao contrário de outros direitos fundamentais que servem apenas à resistência contra intervenções ocasionais do poder público. A proteção efetiva do direito fundamental em pauta exige, neste mister, que às intervenções legislativas sejam por princípio impostas fronteiras bem estreitas.

Há de se concluir que a discricionariedade legislativa pode ser limitada somente com fundamento na proteção de direitos fundamentais. A *Grundgesetz* é neutra do ponto de vista político-econômico no sentido de que o legislador pode perseguir qualquer política econômica por ele considerada racional, desde que ele observe, junto a tal propósito, a *Grundgesetz* e principalmente os direitos fundamentais (BVerfGE 4, 7 [17 s.]). Uma lei promulgada com base no Art. 12 I 2 GG não pode ser, por isso, contestada constitucionalmente porque contradiz, por exemplo, a política econômica vigente, ou porque não se harmoniza com a opinião de uma corrente científico-econômica que embase certa política econômica vigente. Muito menos ela o poderá porque a atual concepção político-econômica da lei não seja aceita pelo juiz.

Limites ao legislador podem, por isso, surgir somente naqueles casos em que eles precisem ser traçados a partir da correta interpretação do direito fundamental. A

dificuldade prática constitui-se em se trazer a um denominador comum a livre discricionariedade político-econômica, político-social e político-profissional do legislador, que precisa permanecer garantida e a proteção da liberdade sobre a qual se fundamenta a pretensão constitucional de cada cidadão, justamente também em face do legislador.

b) Quando se avaliam as possibilidades de intervenção do legislador na área protegida pelo direito fundamental a partir da própria norma constitucional, o teor do Art. 12 I GG poderia indicar que intervenções somente deveriam ser permitidas junto ao *exercício* profissional, enquanto a escolha profissional seria por excelência retirada da regulamentação legal. Todavia, este não pode ser o sentido da norma, pois os conceitos “escolha” e “exercício” da profissão não podem ser separados assim [radicalmente] como se cada um deles designasse somente uma fase temporal [passageira] da vida profissional, a qual não se cruzaria com a outra. De fato, a admissão à atividade profissional representa tanto o início do exercício profissional como também – justamente nesse momento e freqüentemente só nesse momento – a tomada da respectiva escolha profissional que está em si e pelo ato do ingresso profissional sendo expressa. Também no decorrer do exercício profissional, a vontade pela manutenção da profissão e, finalmente, o término voluntário do exercício profissional são substancialmente atos da escolha profissional. Os dois conceitos abrangem o complexo unificado “atuação profissional” a partir de diferentes perspectivas (semelhantemente: *Klein-v. Mangoldt*, Nota IV 2 (p. 370 *et seq.*) para o Art. 12 e “Über Freiheit des Berufs”, *Hamburg*, 1952).

Assim, uma interpretação que quisesse proibir qualquer intervenção na liberdade da escolha profissional não pode ser correta. Ela não corresponderia à realidade e levaria também a conclusões juridicamente inconsistentes. Uma norma que, a priori, se apresentar como regulamentação do exercício profissional será, pelo contrário, por princípio também permitida quando ela indiretamente atingir a liberdade de escolha profissional. Isso ocorre sobretudo quando os pressupostos da admissão profissional, ou seja, do início do exercício profissional, são fixados; com outras palavras, se o início do exercício profissional depender de uma permissão. Que a *Grundgesetz* não quis, em geral, excluir a possibilidade de regras de admissão profissional, mostra o Art. 74, n° 19 GG, que fundamenta uma competência da legislação para a “admissão” a certas profissões. Também a interpretação genética demonstra que até mesmo se queria evitar uma autorização para limitações à admissão; mas, por outro lado, não se queria declarar

as muitas existentes limitações de admissão no geral como “não permitidas” (Dep. v. *Mangoldt* na 5ª e 23ª Sessão da Comissão para Questões Fundamentais, respectivamente de 29 de setembro e 19 de novembro de 1948). O constituinte não chegou nesse ponto, entretanto, ao pleno esclarecimento conceitual e material dos problemas. Ele escolheu, com efeito, uma formulação que se ligou à dicotomia comum existente no direito empresarial entre “escolha” e “exercício” de uma atividade profissional e, de resto, deixou consciente e “amplamente” a regulamentação detalhada para a lei ordinária (cf. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts n. F.* vol. 1, p. 134, 136).

Veja em que a competência regulamentar segundo o Art. 12 I 2 GG se refere, no sentido supra desenvolvido, ao exercício e à escolha profissional, defende-se predominantemente, tanto na literatura jurídica, como na jurisprudência (cf., p. ex., *Hamel*, DVBl. p. 37, 1958), a tese, mais especificamente defendida pelo Tribunal Federal (BGH) e pelo Tribunal Federal Administrativo (BVerwG), segundo a qual o legislador poderia tornar a admissão a certas profissões dependentes de uma permissão, do alvará, sendo que esta também poderia depender do cumprimento de certos pressupostos. (cf., p. ex., BVerwGE 4, 167 [169]; 4 250 [255]; BGH in den Vorlagegutachten – parecer juntado ao controle concreto suscitado por aquela corte: BGHSt. 4, 385 [391]; 7, 394 [399]).

Destarte, o Art. 12 I GG é um direito fundamental unificado (da “liberdade profissional”) principalmente no sentido de que a reserva regulamentar do 2º período se estende, “coerentemente com o seu motivo”, tanto ao exercício profissional quanto à escolha profissional. Isso, no entanto, não significa que as competências do legislador, no que tange ao seu conteúdo, devam ter todas um igual amplo alcance em face de todas as “fases” da atividade profissional. Com efeito, permanece sempre a ser observada a clara, e, segundo o teor do Art. 12 I GG, expressa vontade da Constituição, segundo a qual a escolha profissional deve ser livre e o exercício pode ser regulamentado. A esse dado só corresponde uma interpretação que considere que a competência regulamentadora compreende as duas “fases” não com a mesma intensidade material, e que o legislador, ao contrário, tão mais intensamente limitado será, quanto mais ele atingir a liberdade da escolha profissional. Essa interpretação corresponde também às concepções fundamentais da Constituição e ao conceito de pessoa humana por ela pressuposto (BVerfGE 2, 1 [12]; 4, 7 [15 s.]; 6, 32 [40]). A escolha profissional deve ser um ato da auto-determinação, do livre arbítrio do indivíduo. Ela precisa, na medida do possível, permanecer intocada pelas intervenções do poder público. Por meio do

exercício profissional, insere-se o indivíduo diretamente na vida social; limitações aqui podem ser impostas a ele no interesse dos demais e da coletividade.

Resumidamente, conclui-se: A competência regulamentar estende-se tanto ao exercício profissional quanto à escolha profissional. Esta existe, no entanto, em função do exercício profissional. Assim sendo, somente sob esse aspecto do exercício profissional pode a regulamentação também intervir na liberdade da escolha profissional. No que tange ao conteúdo da regulamentação, ele será tão mais livre quanto mais representar regulamentação pura do exercício, e tão mais restrito quanto mais, também, a escolha profissional for tangenciada.

c) No que se refere ao conteúdo da competência de regulamentação, fixada assim tão genericamente em face de seu alcance, deve-se primeiramente esclarecer o significado do termo “regulamentar”, principalmente à luz da liberdade da escolha profissional. Ele não pode significar que o legislador tenha uma margem discricionária mais extensa do que ele teria junto a outras reservas legais simples, ou seja que ele poderia ordenar mais amplamente toda a área do direito profissional e, assim, constitutivamente fixar o conteúdo do direito fundamental (assim *Scheuner*, *Handwerksordnung und Berufsfreiheit* [...], 1956, p. ex. p. 21, 27 s. 31 e *Ipsen*, *Apothekenerrichtung und Art. 12 GG*, 1957, p. 41 s.). Junto a tal concepção, o direito fundamental seria desvalorizado, na medida em que sua substância e conteúdo seriam totalmente entregues à discricionabilidade do legislador, que, por sua vez, no entanto, é vinculado ao direito fundamental (Art. 1 III GG). Isso não corresponderia ao significado desse direito fundamental; praticamente não poderia se harmonizar com a ênfase (pleonástica) da “livre” escolha profissional do Art. 12 I GG e, além disso, se contraporaria à tendência geral do capítulo dos direitos fundamentais que, como o Tribunal Constitucional Federal demonstrou na decisão de 16 de janeiro de 1957 (BVerfGE 6, 32 [40 s.]), não conhece mais direitos fundamentais “inócuos” no sentido antigo [de alguns direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais, da Constituição da República de Weimar de 1919]. Pelo contrário, aqui também vale a concepção desenvolvida na decisão de 15 de janeiro de 1958 (BVerfGE 7, 198 [208 s.] – *Lüth-Urteil*) segundo a qual o legislador, quando se movimentar em território protegido por direitos fundamentais, terá que adotar, como ponto de partida de sua regulamentação, o significado do direito fundamental na ordem social. Não é ele, legislador, quem pode livremente fixar o conteúdo do direito fundamental, mas, pelo contrário, deve derivar do conteúdo do direito fundamental uma limitação material

de sua discricionariedade legislativa. Também no Art. 12 I GG reside uma clara decisão axiológica material da *Grundgesetz* em prol de uma concreta e importante área da vida. Por isso, o legislador não é aqui tão livre como, por exemplo, junto à aplicação do princípio geral da igualdade, que representa um princípio geral válido para o poder público, cujo conteúdo concreto o legislador ainda fixará para certas relações da vida sob observância dos aspectos de justiça, respectivamente válidos para tais relações.

Por outro lado, “regulamentar” não significa que o legislador não possa limitar o direito fundamental de forma alguma. Toda regulamentação traz em si também a presença de fronteiras. Não obstante, a expressão “regulamentar”, da qual o constituinte aqui se utiliza com provável consciência, ao invés daquelas que, junto às normas de direito fundamental, são mais ocorrentes, como “limitar” ou “restringir”, indica que se pensou antes na fixação de limites vindos de dentro, i.e., naqueles limites que já se encontram na essência do direito, do que em limitações sobre o conteúdo objetivo das quais o próprio legislador pudesse dispor, i.e., limitações decorrentes, a partir de uma descoberta semântica racional, de sua natural área de vigência e, assim, vindas de fora.

d) O direito fundamental deve proteger a liberdade do indivíduo; a reserva de regulamentação deve, por sua vez, assegurar proteção suficiente dos interesses coletivos. A pretensão de liberdade do indivíduo é, como já demonstrado, tão mais eficaz quanto mais o direito da livre escolha profissional estiver em questão. A proteção do interesse coletivo torna-se tão mais urgente quanto maiores as desvantagens e perigos que possam surgir para a coletividade a partir do exercício profissional totalmente livre. Quando se busca de modo igualmente eficaz fazer jus às duas exigências que são, no Estado social de direito, igualmente legítimas, então a solução só pode ser encontrada respectivamente a partir de uma ponderação cuidadosa dos dois interesses reciprocamente colocados, que são possivelmente até mesmo contraditórios. Em se partindo, nesse contexto, do dado de que, segundo a concepção geral da *Grundgesetz*, a liberdade da personalidade humana é o valor mais elevado, ou seja, que, em face dela, também à escolha profissional deve-se reservar a maior liberdade possível, então pode-se concluir que esta liberdade só pode ser restringida na medida em que isso for indispensável para o bem comum.

Para a intervenção do legislador, existe, em função da Constituição, um mandamento da diferenciação cujos princípios resumidamente podem ser aproximadamente delineados como se segue:

A liberdade do exercício profissional pode ser limitada, em sede de “regulamentação”, desde que considerações racionais demonstrem a sua aptidão em relação à concretização do bem comum. A liberdade da escolha profissional, ao contrário, só pode ser restringida se a proteção de bens coletivos muito importantes (“prevalentes”) o impuser inexoravelmente. É o que ocorrerá somente se estiver em jogo a proteção daqueles bens junto aos quais resultar, da ponderação cuidadosa, a necessidade de se lhes conceder a prevalência sobre a pretensão de liberdade do indivíduo e, na exata medida em que tal proteção não puder ser assegurada de outro modo, isto é, com a utilização de meios que não restrinjam ou que restrinjam menos a escolha profissional. Se a intervenção na liberdade da escolha profissional se revelar incontornável, então o legislador deve sempre escolher a forma de intervenção que limite ao mínimo o direito fundamental.

Em face do alcance da competência regulamentar, pode-se falar, de certo modo, na existência de “degraus” de intensidade:

Mais livre será o legislador quando estatuir uma regulamentação pura do exercício profissional que não atinja a liberdade da escolha profissional, mas, pelo contrário, somente fixe de que forma os profissionais de determinada profissão devem exercer a sua atividade profissional. Nesse caso, os aspectos da aptidão ou adequação (*lato sensu*) podem ser aplicados generosamente. Segundo eles, devem ser avaliadas quais exigências precisam ser feitas aos profissionais para se prevenir desvantagens e riscos para a coletividade. Também o pensamento do fomento de uma profissão, e com isso a consecução de uma produção social geral mais elevada por parte de seus profissionais, já poderá, por si só, justificar certas prescrições que restrinjam a liberdade do exercício profissional. A proteção do direito fundamental limita-se então, neste caso, à resistência a exigências legais em si inconstitucionais por serem exageradamente onerosas. Abstraindo-se tais exceções, o prejuízo da liberdade profissional em pauta não atinge o titular do direito fundamental de forma sensível, porque ele já se encontra na profissão e o poder de exercê-la não será tocado.

Por outro lado, uma regulamentação que fizer depender a admissão à atividade profissional já do cumprimento de certos pressupostos e que, com isso, tangencie a liberdade da escolha profissional, só será justificada, se, por intermédio disso, o propósito for a proteção de um bem coletivo superior, o qual prevalece sobre a liberdade do indivíduo. Em consonância com o que a literatura jurídica e a jurisprudência há muito vêm destacando, há claramente uma significativa diferença entre pressupostos

subjetivos, sobretudo aqueles da preparação e formação, e pressupostos objetivos da admissão, que não têm nenhuma relação com a qualificação daquele que almeja o ingresso profissional e sobre os quais ele não pode exercer nenhuma influência.

A regulamentação da admissão profissional pela fixação de pressupostos subjetivos é uma parte do ordenamento jurídico de uma profissão: Ela possibilita a entrada para uma profissão, apenas de modo certo e na maioria das vezes formal, de candidatos qualificados. A legitimidade da limitação deriva de sua própria matéria objeto. Ela se baseia no fato de que muitas profissões exigem certos conhecimentos técnicos a serem adquiridos por cursos teóricos e práticos e certas habilidades (em sentido amplo), e que o exercício destas profissões sem a devida qualificação seria impossível ou inadequado, podendo provocar danos e perigos para a coletividade. O legislador concretiza e “formaliza” apenas essas exigências que se derivam das relações reais preexistentes. Do indivíduo, exige-se, na forma de uma formação específica, tão somente o que ele já precisaria passar segundo a própria matéria subjacente à escolha profissional, se ele quiser exercer a profissão regularmente. Essa limitação de liberdade mostra-se, assim, como o meio adequado para a prevenção contra possíveis riscos e desvantagens para bens jurídicos coletivos. Ela também não é inaceitável, porque em sendo igual para todos os candidatos e por eles previamente conhecida, o indivíduo poderá, antes mesmo da escolha profissional, avaliar se será a ele possível cumprir os pressupostos exigidos. Aqui vale o princípio da proporcionalidade no sentido de que os pressupostos subjetivos prescritos não devem estar “fora de relação” [serem inadequados] em face do propósito almejado do cumprimento regular da atividade profissional.

Diversamente ao supra exposto ocorre com a fixação das condições objetivas para a admissão profissional. Sobre o seu cumprimento, o particular não tem nenhuma influência. Elas têm um efeito peremptoriamente contrário ao sentido do direito fundamental, pois até mesmo aquele que, por meio do cumprimento de todos os pré-requisitos de uma profissão específica, já de fato executou a escolha, podendo tê-lo feito, pode ser, não obstante, excluído do ingresso à profissão. Tal limitação de liberdade é tão mais importante e, assim, sentida pelo titular do direito de modo tão mais oneroso, quanto mais longa e mais tecnicamente especializadas forem a preparação e a formação específicas, ou seja, tão mais clara terá sido feita, portanto, com a escolha da formação, ao mesmo tempo, a escolha da respectiva profissão. Uma vez que não se pode vislumbrar quais desvantagens diretas para a coletividade poderia trazer consigo o exercício de uma profissão por um

candidato técnica e moralmente qualificado, freqüentemente não é possível ser demonstrada convincentemente a conexão de efeito entre essa limitação da livre escolha profissional e o cumprimento do propósito almejado. O risco da utilização de motivos estranhos à matéria é, desta feita, muito grande. Sobretudo, torna-se bastante provável a hipótese de que a limitação imposta ao ingresso profissional deve servir à proteção contra concorrência em benefício daqueles já atuantes na profissão – um motivo que conforme a opinião geral jamais teria o condão de justificar uma intervenção no direito da livre escolha profissional. Por meio da escolha deste que é o meio mais crasso e radical, o meio do bloqueio ao ingresso profissional de candidatos técnica e moralmente (presumidamente) plenamente aptos, a pretensão de liberdade do particular pode, para não falar do possível conflito com o princípio da igualdade, ser violado de forma bastante sensível. Há de se depreender daí que a prova da necessidade de uma tal limitação de liberdade deve ser submetida a uma avaliação muito mais cuidadosa e pormenorizada. Em geral, essa intervenção na livre escolha profissional só poderá ser legitimada com base na defesa de provados ou muito prováveis e graves perigos de perecimento de bens jurídicos coletivos muito importantes. O propósito do incentivo de outros interesses coletivos, como a proteção do prestígio social de uma profissão por intermédio da limitação do número de seus profissionais, não é suficiente, ainda que tais metas pudessem justificar [outras] medidas legislativas.

O legislador deve estatuir regulamentações, segundo o Art. 12 I 2 GG, respectivamente no “degrau” que traga consigo a menor intervenção possível na liberdade da escolha profissional, e só seguir ao próximo “degrau” quando, com elevada possibilidade de concretização, se puder demonstrar que os perigos temidos não possam ser eficazmente enfrentados com os meios (constitucionais) do “degrau” imediatamente anterior.

4. O Tribunal Federal (BGH) e o Tribunal Administrativo Federal (BVerwG) também pretendem fixar limites ao legislador no que tange ao seu poder de estatuir pressupostos objetivos do ingresso profissional. Tais limites, todavia, seriam derivados, segundo eles, somente da norma do Art. 19 II GG³¹³, não partilhando, no entanto, de uma interpretação comum da referida norma (cf. *Hamel*, DVBl. p. 37, 38, 1958 e as decisões lá citadas). A partir da tese aqui acolhida pode-se deixar de lado a solução da questão de se saber se da proibição do ferimento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais podem-se derivar outros limites para o legislador da regulamentação

³¹³ Garantia do “núcleo essencial” do direito fundamental, que, segundo o Art. 19 II GG, não pode ser “tocado”.

prevista pelo Art. 12 I 2 GG e como eles, individualmente falando, deveriam ser aplicados. A exposição supra teve como conclusão que já uma interpretação que leve em consideração o sentido do direito fundamental e seu significado para a vida social leva a uma limitação racional e coerente [com o objeto limitado] do poder regulamentar do legislador.

5. As limitações ao poder regulamentar, que são derivadas da observância do direito fundamental, são mandamentos constitucionais materiais que são endereçados, em primeira linha, ao próprio legislador. Sua observância deve ser, entretanto, fiscalizada pelo Tribunal Constitucional Federal. Se uma restrição da livre escolha profissional estiver no “último degrau” (dos pressupostos objetivos de admissão), o Tribunal Constitucional Federal deve primeiro examinar se um bem jurídico coletivo prevaiente está ameaçado e se a regulamentação legislativa pode mesmo servir à defesa contra esse perigo. Ele deve, além disso, também examinar se justamente a intervenção perpetrada é inevitavelmente ordenada para a proteção do referido bem; em outras palavras, se o legislador não poderia ter efetivado a proteção com regulamentações de um “degrau” anterior.

Contra um exame no último sentido supra declinado objetou-se que ele ultrapassaria a competência de um tribunal, pois um tribunal não poderia avaliar se uma medida legislativa certa seria ordenada, vez em que ele não poderia saber se haveria outros meios igualmente eficazes e se eles poderiam ser realizados pelo legislador. Isso só poderia ser feito quando se conhecem não somente todas as relações sociais a serem ordenadas, como também as possibilidades da legislação. Essa concepção, que pretende, principalmente a partir de considerações pragmáticas, limitar a competência do Tribunal Constitucional Federal é, por vezes, teoricamente fundamentada com a informação de que o Tribunal, por causa da utilização de uma ampla competência de exame, interferiria na esfera do legislador, e com isso se chocaria contra o princípio da divisão de poderes.

O Tribunal Constitucional Federal não pode concordar com essa posição.

Ao tribunal foi atribuída a proteção dos direitos fundamentais em face do legislador. Quando da interpretação de um direito fundamental resultarem limites ao legislador, o tribunal deve poder fiscalizar a observância deles por parte dele, legislador. Ele não pode subtrair-se à esta tarefa se não quiser, na prática, desvalorizar em grande parte os direitos fundamentais e acabar com a sua função atribuída pela *Grundgesetz*.

A exigência freqüentemente feita nesse contexto segundo a qual o legislador deveria, entre vários meios igualmente adequados, livremente decidir, não resolveria o problema ora em pauta. Tal exigência tem em vista o caso (normal) de um direito fundamental que não se constitui de uma área de proteção gradual (como, p. ex., na decisão BVerfGE 2, 266). Nesse caso, o legislador encontra-se, entretanto, dentro de determinados limites, livre para a escolha entre várias medidas legislativas igualmente adequadas, vez em que elas todas atingem o mesmo direito fundamental em seu conteúdo único e não diferenciado. Não obstante, em se tratando de um direito fundamental que encerra em si zonas mais fortes e mais fracas de proteção da liberdade, torna-se necessário que a jurisdição constitucional verifique se os pressupostos para uma regulamentação estão presentes no degrau onde a liberdade é protegida ao máximo. Em outras palavras, necessário se faz que se possa avaliar se medidas legislativas no degrau inferior não teriam sido suficientes, ou seja, se deste modo a intervenção perpetrada fosse “inexoravelmente obrigatória”. Se se quisesse deixar ao legislador também a escolha entre os “meios igualmente adequados”, que correspondessem a degraus diferentes uns dos outros, isso acarretaria que justamente as intervenções que limitem ao máximo o direito fundamental seriam, em razão de seu efeito muito eficaz para o alcance da meta almejada, as mais freqüentemente escolhidas e seriam aceitas sem exame. Uma proteção efetiva da área de liberdade, que o Art. 12 I GG pretende proteger com mais ênfase, não seria, destarte, mais garantida.

O Tribunal Federal (BGH) e o Tribunal Federal Administrativo (BVerwG) seguem essa mesma concepção. Eles também consideram como sua tarefa a avaliação da necessidade ou não da intervenção mais intensa no direito fundamental do Art. 12 I GG, ou seja, eles avaliam se a introdução de pressupostos objetivos para a admissão profissional é “inexoravelmente obrigatória”.

Eles realizam tal exame, no entanto, com base em outros fundamentos jurídicos. Tais fundamentos o Tribunal Constitucional Federal não pode adotar. Com efeito, não se pode considerar, como o faz o Tribunal Federal Administrativo, que a irrefutável necessidade de uma medida legislativa precisaria ser avaliada, porque a admissibilidade de uma intervenção no conteúdo essencial do direito fundamental dependeria do seu reconhecimento (BVerwGE 2, 85 [87]; 4, 167 [171 s.]). O conteúdo essencial de um direito fundamental não pode ser atingido de forma alguma, segundo o claro teor do Art. 19 II GG. Fica, assim, prejudicada a questão de se saber sob quais pressupostos uma tal intervenção seria excepcionalmente permitida. Também da concepção do

Tribunal Federal (cf. p. ex. BGHSt. 4, 375 [377]; *DÖV* 1955, p. 729 [730]), o Tribunal Constitucional Federal não pode partilhar, porque ela é apta a relativizar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais (cf. o tratamento da matéria de *Klein / v. Mangoldt*, Nota V 4 para o Art. 19 GG, pp. 557 *et seq.*).

Para a questão aqui discutida não se depende das posições mencionadas. Decisivo é tão somente: Ambos os tribunais superiores avocam para si (como se fosse óbvia) a competência de examinar se a interferência substancialmente mais forte na esfera de liberdade do indivíduo tutelada pelo Art. 12 I GG é “inexoravelmente obrigatória” ou “irrefutavelmente necessária”.

Esse exame pode também ser efetivado. Junto a ele, no entanto, o tribunal não pode se dar por satisfeito em verificar que o objetivo e o propósito da regulamentação legislativa são nomeados genericamente ou por meio de chavões, e que a intervenção limitadora da liberdade, enquanto meio para a consecução dos objetivos aludidos, não pode ser considerada totalmente inadequada. Pelo contrário, o conteúdo da lei analisada e das considerações legislativas que lhe deram forma precisam ser analisados pormenorizadamente. Isso pressupõe, naturalmente, que o tribunal – se necessário com a ajuda de especialistas – alcance um entendimento abrangente das relações reais ordenadas pela lei. Como consequência desse entendimento, revela-se frequentemente que é possível que contextos sociais maiores, os quais até então conceitualmente apareciam resumidos como “objeto” de uma regulamentação legislativa, se transformem em matérias particularizadas, claras e compreensíveis, podendo ser julgadas, assim, também, por um tribunal sem a intromissão de juízos de valor subjetivos. O julgamento de processos causais hipotéticos que servem de base das normatizações do legislador é, em face de sua maior ou menor probabilidade, uma tarefa que, segundo a sua natureza, pode ser exercida também pelo juiz. Obviamente, desempenharão sempre um relevante papel junto a esse exame, os fundamentos empíricos, considerações e juízos de valor do legislador. Onde tais fundamentos, considerações e juízos de valor não forem das autorizados [constitucionalmente], vale a presunção de serem objetivamente corretos. Por outro lado, a obrigação do tribunal em face da defesa do direito fundamental deve impedi-lo de aceitar de forma acrítica as concepções do legislador -que legitimamente também persegue outros objetivos além da defesa de direitos fundamentais -, considerando suas medidas como limitações inevitáveis do direito fundamental atingido.

Como o Tribunal Federal e o Tribunal Federal Administrativo, também o Tribunal Constitucional Estadual da Baviera considera-se, em face do Art. 98 da

Constituição Bávara, competente e faticamente capaz de avaliar se a limitação de um direito fundamental por meio da lei seria “inexoravelmente necessária” (cf. p. ex. *VGH n.F 9 II*, p. 158 [177 s.] e as decisões lá citadas).

Finalmente, pode ser mencionado que também o Tribunal Estatal para o Reich Alemão (*Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*), quando precisou decidir sobre a validade de decretos emergenciais, avaliou questões de natureza semelhante, como, por exemplo, a caracterização de um decreto emergencial como “urgente” e “necessário”, e se “uma limitação tão abrangente dos direitos dos municípios” seria “urgentemente necessária”; se um “estado de necessidade incomum” estaria presente (cf. *Lammers - Simons I 267* [272 s.], 276 [284], 398 [404]; *II 51* [57 *et seq.*], 69). Assim, se até o presente momento os tribunais já consideraram como juridicamente ordenado e de fato possível que, para a proteção da liberdade do cidadão, as leis devem ser examinadas sob determinados pressupostos e principalmente em face de sua necessidade, muito menos se pode negar a competência do Tribunal Constitucional Federal para a realização desse exame. Com efeito, a ele foi confiada, sobretudo por meio do instituto da Reclamação Constitucional, a proteção dos direitos fundamentais, principalmente em face do legislador, e é por causa de seu status geral enquanto órgão constitucional e tribunal para questões constitucionais que muito menos ele pode ser acusado de intervir ilegitimamente na esfera do Poder Legislativo, como outros tribunais o poderiam.

V.

1. – 4. (...).

VI.

Os perigos da liberdade de estabelecimento de farmácias temidos pelo legislador não puderam, conforme o supra apurado, ser apresentados como tão prováveis a ponto de que sobre eles se pudesse basear – mantendo-se vigente de resto o direito farmacêutico e produtos farmacêuticos – a mais dura restrição da liberdade de escolha profissional, qual seja, a exclusão de candidatos plenamente qualificados do exercício autônomo da profissão de farmacêutico. (...).

1. – 4. (...).

VII.

(...)

O Art. 3 I ApothekenG é, como apresentado, inconstitucional. A notificação do governo da alta Baviera baseada nesse dispositivo viola, portanto, o direito fundamental do reclamante, derivado do Art. 12 I GG, e está revogado. Ao mesmo tempo, pronuncia-se na [dispositivo da] decisão (*Urteil*) a nulidade do Art. 3 I ApothekenG – incluindo o período 2º por estar em uma ligação indelével com o período 1º (§ 95 II e III 2 BVerfGG).

71. BVERFG 41, 378

(RECHTSBERATUNGSGESETZ)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 25/02/1976

MATÉRIA:

Os reclamantes são consultores jurídicos e impugnaram, com suas reclamações constitucionais, decisões judiciais que os impediram de prestar seus serviços em outras localidades que não aquela onde receberam sua admissão profissional. Os tribunais aplicaram o § 1 I 1 do Primeiro Decreto Regulamentar da **Lei de Consultoria Jurídica** (*Rechtsberatungsgesetz*), de 13 de dezembro de 1935. Os reclamantes alegaram violação dos seus direitos fundamentais decorrentes dos Art. 3 I, 12 I e, um deles, também do Art. 14 I GG. O TCF julgou as Reclamações Constitucionais procedentes, porque considerou o dispositivo em pauta como incompatível com o Art. 12 I GG, declarando-o nulo, na extensão em que restringe geograficamente o exercício profissional dos consultores jurídicos.

O § 1 I 1 do Primeiro Decreto Regulamentar da Lei de Consultoria Jurídica é incompatível com o Art. 12 I GG e nulo, quando dele resultar uma limitação local da permissão para a consultoria jurídica.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 25 de fevereiro de 1976
– 1 BvR 8, 275/74 –
(...)

RAZÕES

A. I. – II. (...)

B.

As Reclamações Constitucionais são procedentes.

(...).

I.

1. – 2). (...).

II.

(...)

1. (...).

a) (...).

b) Assim, a limitação espacial decorrente do § 1 do Primeiro Decreto Regulamentar deve ser avaliada como regulamentação do exercício profissional na acepção do Art. 12 I GG. Tais regulamentações são permitidas constitucionalmente apenas sob o estrito cumprimento do princípio da proporcionalidade. Segundo esse princípio, a intervenção no livre exercício da profissão precisa poder ser fundamentada em considerações objetivas e racionais. Além disso, o meio empregado deve ser adequado e necessário ao alcance do propósito almejado. Em uma ponderação geral entre a intensidade da intervenção e o peso e a urgência dos motivos justificantes da intervenção, o limite da exigibilidade [razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito]; quanto mais sensivelmente for atingido o livre exercício da profissão, mais fortes devem ser os interesses do bem coletivo, em prol dos quais se destina a regulamentação (BVerfGE 30, 292 [315 *et seq.*] com outras referências). Essas exigências não foram atendidas pela norma discutida na interpretação mencionada.

(...).

c) (...)

2. (...).

(ass.) Dr. *Benda*, *Rupp-v. Brünneck*, Dr. *Simon*, Dr. *Faller*, Dr. *Hesse*,
Dr. *Katzenstein*

72. BVERFGE 39, 210
(MÜHLENSTRUKTURGESETZ)

Controle concreto

19/03/1975

MATÉRIA:

O Tribunal Administrativo de Colônia suspendeu um processo, onde se discutia o cumprimento de um limite legal para a produção de alimentos (farinhas e pós dos mais variados tipos de alimento, mas sobretudo trigo) feita por moinhos, para colher a decisão do TCF sobre a constitucionalidade da referida regra de produção máxima da **Lei de Estrutura de Moinhos** (*Mühlenstrukturgesetz*).

O TCF confirmou a compatibilidade do § 8 I, n.ºs. 1, 3-5, I e III c.c. § 2 III da Lei de Medidas de Conclusão para a Criação de uma Estrutura Produtiva do Setor da Indústria de Moinhos de 22 de dezembro de 1971 em face do Art. 12 I GG. O pequeno excerto reproduzido abaixo traz a fundamentação do TCF em face da constitucionalidade, no caso, da justificação da intervenção estatal no exercício de atividade profissional, com base no critério da proporcionalidade.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 19 de março de 1975

– 1 BvL 20, 21, 22, 23, 24173 –

(...)

RAZÕES

A. I. – VII., B. (...)

C. – I.

1. (...).

No exame de regulamentações do exercício profissional no âmbito da atividade econômica deve-se partir do entendimento de que a *Grundgesetz* deixa ao legislador, na determinação de fins político-econômicos e das medidas adequadas à sua consecução, uma margem de avaliação e ação [Poder discricionário legislativo] (cf. BVerfGE 4, 7 [15 *et seq.*] – *Investitionshilfe*, 14, 263 [275] – *Feldmühle*, 30, 250 [262 s.]) e de que o legislador também pode, por meio de medidas político-econômicas de direcionamento, corrigir o jogo aberto das forças político- sociais (cf. BVerfGE 19,

101 [114] – *Zweigstellensteuer* –; 21, 292 [299] –*Rabattgesetz* –; 23, 50 [59 s.] – *Nachtbackverbot* –). O exame de constitucionalidade compreende primeiramente a verificação de se o legislador buscou inteirar-se, correta e suficientemente, da situação fática existente à época da promulgação da lei. O legislador tem uma ampla margem de avaliação [discricionariedade] na avaliação dos perigos que ameaçam a coletividade. Mesmo quando, no momento da atividade legislativa, parece remota a possibilidade da ocorrência de perigos para um bem coletivo, não é defeso ao legislador que tome medidas preventivas tempestivamente, contanto que suas concepções sobre o possível desenvolvimento perigoso no caso de sua omissão, não se choquem de tal sorte com as leis da ciência econômica ou da experiência prática, que elas não possam mais representar uma base racional para as medidas legislativas (BVerfGE 25, 1 [17]; 38, 61 [87]). Nesse caso, deve-se partir fundamentalmente de uma avaliação de relações [dados da realidade social] possível ao legislador quando da elaboração da lei (BVerfGE 25, 1 [12 s.]). Contanto que ele tenha usado os meios de estudo que lhe estavam à disposição, os [eventuais] erros [que vierem a se revelar no futuro, n. org] sobre o desenvolvimento econômico devem ser tolerados.

2. Na revisão permitida dentro desse quadro, o Tribunal Constitucional Federal tem que sopesar os interesses da coletividade e as precauções consideradas necessárias para sua proteção com a pretensão de direito fundamental do indivíduo à livre atuação em sua profissão (...).

(...).

3. A limitação de produção de farinha e pós parece ser também um meio adequado e necessário para atingir os fins legislativos. Um meio é adequado quando, com sua ajuda, o êxito almejado pode ser fomentado. Ele é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio igualmente eficaz, o qual, entretanto, limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental dos envolvidos (BVerfGE 30, 292 [316]). Para a avaliação constitucional da utilidade de uma medida é decisivo saber se o legislador, segundo seu ponto de vista, pôde partir do entendimento de que com a medida interventiva seus projetos poderiam ser concretizados. O Tribunal Constitucional Federal somente pode negar que o prognóstico do legislador junto à avaliação de contextos político-econômicos tenha sido objetivo e plausível quando as medidas, uma vez exauridas todas as possibilidades reconhecíveis à época da promulgação da lei, puderem ser identificadas como evidentemente

inúteis em face do propósito. Por isso, na aplicação desses princípios desenvolvidos na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, só raramente e em casos muito especiais poderá ser verificada a inconstitucionalidade de uma medida legal a partir do critério da inaptidão objetiva em face do propósito (BVerfGE 30, 250 [263]). No exame constitucional da necessidade de uma medida deve-se atentar para o fato de que compete ao legislador, junto à escolha e conformação técnica de medidas que servem ao ordenamento e direcionamento da economia, uma ampla margem de conformação. Apenas se se puder identificar, sem dúvida, que outros meios menos incisivos estão à disposição, a regulamentação legal pode ser [considerada] sobremaneira onerosa e, portanto, inconstitucional (BVerfGE 37, 1 [21]).

4. (...).

II.

1. – 2. (...).

Benda, Ritterspach, Haager, Rupp-v. Brünneck, Faller, Brox, Simon

73. BVERFGE 11, 30

(KASSENARZT-URTEIL)

Reclamação Constitucional contra ato normativo

23/03/1960

MATÉRIA:

O sistema de saúde alemão é todo baseado na atividade das chamadas “caixas de assistência de doentes” (*Krankenkassen*), que, à época da presente decisão (*Urteil*) do TCF, eram todas públicas. Uma antiga norma do direito previdenciário prescrevia uma limitação severa para a admissão de novos **médicos conveniados** a tais **caixas** (daí: *Kassenarzt-Urteil*), ou seja, ao sistema público previdenciário. O referido dispositivo prescrevia uma proporção de 500 membros da caixa para 1 médico; 900 membros da caixa para um dentista (§ 368 a I 1 RVO). Contra ela, 3 médicos e 6 membros da caixa ajuizaram Reclamações Constitucionais. O TCF julgou as Reclamações Constitucionais dos médicos procedentes e declarou a nulidade do dispositivo impugnado. O TCF vislumbrou uma violação do Art. 12 I GG, por razões semelhantes àquelas tratadas no *Apothekenurteil* (Cf. BVerfGE 7, 377 e acima: **Decisão 70.**).

O direito vigente sobre médicos conveniados ao sistema previdenciário - segundo o qual, com base em uma proporção, são criados postos de médicos vinculados ao sistema previdenciário ocupados somente por um candidato - limita o exercício da profissão médica para os médicos não admitidos ao sistema público de saúde com uma intensidade que faz a regulamentação aproximar-se de um cerceamento da escolha profissional. Segundo os parâmetros trazidos à pauta (BVerfGE 7, 377 [407]), essa regulamentação não é compatível com o Art. 12 I GG.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 23 de março de 1960
– 1 BvR 216/51 –

RAZÕES

(...)

I. – III. (...) ³¹⁴

IV.

As Reclamações Constitucionais dos médicos são, em suas essências, procedentes.

1. – 2. (...).

3. (...).

(...). Se a atividade como médico vinculado ao sistema público de saúde é apenas uma forma de exercício especial do profissional liberal médico, a admissão para a prática médica no sistema público de saúde não significa, portanto, a admissão para uma profissão especial de “médico vinculado ao sistema público de saúde”; então, só se pode tratar de uma regulamentação dentro da esfera profissional da profissão uniforme de “médico profissional liberal”. Ela deve ser compreendida como “regulamentação do exercício profissional” na acepção do Art. 12 I GG e da decisão de 11 de junho de 1958 (BVerfGE 7, 377) [*Apothekenurteil*].

No exame de constitucionalidade dessa regulamentação deve-se, contudo, ter presente que dentro de tais regulamentações do exercício há uma larga escala de

³¹⁴ Nessa, que é uma decisão antiga do TCF, o tribunal desistiu de dividir a fundamentação em letras maiúsculas, começando com os algarismos romanos.

possibilidades, à qual corresponde uma grande ou uma pequena liberdade de conformação pelo legislador. De fato, o legislador é *em geral* mais livre no âmbito da regulamentação do exercício do que no âmbito da regulamentação da admissão profissional. O fundamental mandamento da diferenciação (BVerfGE 7, 377 [403 *et seq.*] vale, contudo, também dentro da regulamentação do exercício; o legislador é, no que tange ao conteúdo [da regulamentação específica], tão mais livre quanto mais atingir apenas o exercício da profissão, e tão mais vinculado, quanto mais ao mesmo tempo for atingida a escolha de profissão (BVerfGE *op. cit.*). Portanto, também aqui o grau da limitação para o indivíduo e a necessidade da regulamentação para a proteção da coletividade precisam ser meticulosamente sopesados.

Quanto mais incisivamente for restringida a liberdade de exercício profissional, mais altas devem ser as exigências à [ao exame que verificou a] emergência dos interesses públicos, a qual é trazida à pauta para a justificação de tal restrição.

(...).

4. Se, portanto, em regra, sem a admissão ao sistema público de saúde o médico profissional liberal não pode exercer sua profissão de forma bem sucedida em termos econômicos, então o efeito da atual regulamentação, que faz a admissão depender de uma relação numérica tabelada, sobre a qual o médico não tem nenhuma influência, fica bem próximo de “um pressuposto objetivo de admissão” na forma de uma cláusula de necessidade (BVerfGE 7, 377 [406 *et seq.*]). A regulamentação, portanto, somente será justificada quando exigida em virtude de importantes interesses da coletividade, que não possam ser protegidos de outra forma. O resultado da ponderação dependerá do esclarecimento da questão se a limitação da liberdade profissional é exagerada, porquanto não necessária à defesa contra perigos relevantes, previsíveis com certa segurança (BVerfGE *op. cit.*).

a) O governo federal e os governos estaduais alegam que uma liberação da admissão ao sistema público de saúde para todos os médicos “estabelecidos” reduziria de tal modo a renda média dos médicos já admitidos ao sistema público de saúde, que a grande maioria deles não mais teria [garantida] uma sobrevivência digna. A consequência seria uma concorrência acirrada dos médicos, uma queda da ética profissional, um aumento de trabalho [com diversificação das atividades], uma maior disposição à prescrição de medicamentos e à elaboração de atestados médicos. A situação econômica emergencial dos médicos vinculados ao sistema público de saúde provocaria, por fim, uma pressão política tão forte que os honorários dos médicos vinculados a

esse sistema e, por conseguinte, as contribuições dos assegurados, teriam que ser aumentados. Como efeito final, uma liberação [geral] da admissão traria ao sistema público de saúde uma oneração tão alta que sua existência restaria ameaçada.

O Tribunal Constitucional Federal não pôde se convencer de que esses perigos existam na extensão temida (...).

(...).

b) (...).

(...).

Como conclusão há de se verificar: A regulamentação vigente, caracterizada pelo efeito conjunto dos elementos relação numérica, posto de médico vinculado ao sistema público de saúde, abertura de vagas e admissão de apenas um médico vinculado ao sistema público de saúde para cada posto, implica em uma intervenção profunda no livre exercício profissional dos médicos não admitidos. De outro lado, não foi demonstrado que interesses públicos emergenciais, que não poderiam ser suficientemente levados em consideração de outro modo, tornem justamente essa regulamentação inevitável. Ela é, portanto, incompatível com o Art. 12 I GG.

V.

(...)

74. BVERFGGE 13, 97

(HANDWERKSORDNUNG)

Controle concreto

17/07/1961

MATÉRIA:

O autor do processo originário (processo administrativo de conhecimento) é artesão de relógios (mestre de ofício) e possui uma pequena oficina, que funciona, desde 1934, quando concluiu seu curso técnico com a realização de um exame bem sucedido. Porém, o novo **Código** de Regulamentação da Profissão do **Mestre de Ofício** (*Handwerksordnung*) de 1953 exigia a realização de um exame para o registro como mestre de ofício, pressuposto da autorização para a gerência de uma oficina. O § 7 I do referido Código determinava que o objetivo do exame era verificar “se o candidato é capaz de administrar, autonomamente, uma oficina e de ensinar

devidamente o ofício a aprendizes”. Já o § 41 fixava que o exame visava a verificar ainda “se o candidato é capaz de executar com maestria os trabalhos usuais em seu ofício e se possui os conhecimentos técnicos necessários, assim como os indispensáveis conhecimentos econômicos, administrativos e teóricos em geral”. Os § 7 II e 8 previam que, em casos excepcionais, órgãos competentes de cúpula da Administração poderiam conceder uma autorização extraordinária. O autor do processo originário requereu essa autorização extraordinária. Ele alegou que, por causa de um problema muscular em seu ombro e da mão esquerda, ele não poderia realizar os trabalhos complexos exigidos no exame de mestre, mas que, não obstante, seria capaz para realizar os trabalhos mais simples do dia a dia, os quais, costumeiramente, vinha realizando já há quase duas décadas, e também que a não autorização do prosseguimento de suas atividades comprometeria sua subsistência e de seus pais, que dependeriam da oficina tão arduamente reconstruída após a Guerra. Seu pedido foi indeferido e sua contestação, ainda em sede administrativa, não surtiu efeito.

Ajuizada a ação na Justiça administrativa, o Tribunal Estadual de *Hannover* suspendeu o processo para apresentar ao TCF a questão da constitucionalidade dos §§ 1, 7 I e II do referido Código. O TCF confirmou a constitucionalidade do dispositivo e devolveu os autos ao tribunal estadual para que ele decida então o feito aplicando os respectivos dispositivos.

1. A prova de habilitação para a profissão de mestre de ofício é compatível com a *Grundgesetz*.
2. Também pressupostos subjetivos para a admissão são justificados apenas para a proteção de importantes bens da coletividade. Dignos de tutela podem ser não somente valores da coletividade geralmente reconhecidos, mas também aqueles que derivam de específicas metas econômicas, sociais e políticas do legislador, como, por exemplo, a manutenção da qualidade da prestação do serviço e da capacidade da prestação do serviço, por parte dos mestres de ofício, do asseguramento de [novos] formandos para todo esse ramo econômico.
3. Compete ao legislador fixar tipos de profissão, estreitando, portanto, a livre escolha profissional nesse campo. Ele pode, para tanto, tipificar, e precisa respeitar tendências de especialização, apenas com certa abrangência.

4. Corresponde à concepção de proteção do Art. 12 I GG conceder ao candidato à profissão uma autorização excepcional, conforme § 7 II, § 8 HdwO, quando exigir dele a prova de habilitação profissional, exatamente na forma de realização de exame de especialização, pudesse significar uma oneração exagerada, [e por isso mesmo] não exigível.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 17 de julho de 1961

– 1 BvL 44/55 –

no processo do exame de constitucionalidade dos §§ 1 e 7 I e II do Código de Regulamentação da Profissão do Mestre de Ofício de 17 de setembro de 1953

(...)

RAZÕES

Segundo o § 1 I do Código de Regulamentação da Profissão de Mestre de Ofício, o funcionamento autônomo de uma oficina como estabelecimento empresarial é permitido somente às pessoas registradas no Registro de Mestres de Ofício (profissionais autônomos). Os estabelecimentos que podem funcionar como oficina são apontados no anexo A da lei (§ 1 II). No Registro de Mestres de Ofício é registrado quem tenha passado na prova de habilitação para o tipo de oficina que será por ele tocada (§ 7 I). (...).

(...).

II. – V. (...)

B.

A Apresentação Judicial é admitida.

(...).

C.

Os § 1 e § 7 I e II do Código de Regulamentação da Profissão de Mestre de Ofício são compatíveis com a *Grundgesetz*.

I.

O Tribunal Constitucional Federal expôs, na decisão *Apothekenurteil* (BVerfGE 7, 377), os princípios a partir dos quais ele parte para a interpretação

do Art. 12 I GG. Segundo estes, o direito fundamental de liberdade profissional garante ao indivíduo o direito de exercer profissionalmente qualquer atividade para cujo exercício ele se considere apto; ele deve poder escolher livremente a atividade que sente ser sua vocação, também podendo fazer de tal atividade a base de sua sobrevivência. Esse direito fundamental é, assim, um desdobramento especial do mais abrangente direito ao livre desenvolvimento da personalidade garantido pelo Art. 2 I GG. Como este [o direito à liberdade profissional], deve ser todavia harmonizado com os interesses da coletividade que [eventualmente, no caso concreto] possam se opor ao seu exercício ilimitado. A possibilidade para a harmonização é concedida ao legislador por sua competência de normatização definida no Art. 12 I 2 GG. A ali desenvolvida “teoria dos degraus” (“*Stufentheorie*”) é o resultado da aplicação estrita do princípio da proporcionalidade junto às intervenções na liberdade profissional ordenadas pelo bem comum. Ela parte da percepção (*op. cit.*, p. 405) de que, segundo a ordem da *Grundgesetz*, a personalidade humana livre é o valor jurídico supremo, que, por isso, no momento da escolha profissional, a ela tem que ser reservada a maior liberdade possível; que essa liberdade, portanto, somente poderá ser limitada na medida em que for indispensável ao bem coletivo. A partir da presunção por princípio de liberdade, dá-se a diferenciação entre as simples regras do *exercício profissional* e as limitações da escolha profissional, junto às quais, *de novo* [diferencia-se] entre os pressupostos subjetivos e objetivos da admissão para a profissão. No mais, chega-se ao princípio segundo o qual intervenções somente serão respectivamente justificadas no “degrau” que consigo trouxer a menor limitação da liberdade profissional do indivíduo.

Portanto, para a decisão sobre a admissibilidade de uma concreta limitação legal da liberdade profissional será necessária, em cada caso, uma ponderação entre os interesses contrapostos do indivíduo e da coletividade. Nessa ponderação, deve-se partir da primazia do direito de liberdade. Não obstante, o juiz somente pode desconsiderar as ponderações e valorações que levaram o legislador, segundo sua opinião, a uma necessária limitação da liberdade, se elas se mostrarem insustentáveis quando contrapostas ao parâmetro da *Grundgesetz*.

II.

A decisão de exercer autonomamente uma profissão de Mestre de Ofício listada no anexo A do Código de Regulamentação da Profissão de Mestre de Ofício, como estabelecimento industrial, é um ato de escolha profissional na acepção do Art. 12 I GG (...).

(...).

III.

A exigência da prova de habilitação é um pressuposto subjetivo da admissão profissional: O registro da atividade profissional como mestre de ofício autônomo torna-se dependente da posse de competências e habilidades profissionais, que o indivíduo pode adquirir por meio da realização de um determinado curso de formação – excepcionalmente de outra forma –, tendo que prová-las, por princípio, em um exame específico.

Também os pressupostos subjetivos da admissão são justificados somente para a proteção de um bem importante da coletividade, pois também eles limitam – em geral – sensivelmente a pretensão de liberdade do indivíduo, na medida em que proíbem ao indivíduo o início das atividades na profissão escolhida até que ele apresente a prova de que se sujeitou a uma formação que exige longo tempo e que passou em uma prova específica.

Dignos de tutela aqui não são somente valores “absolutos” da coletividade, ou seja, valores reconhecidos coletivamente e independentes da respectiva política da comunidade (como, por exemplo, a saúde pública). O legislador também pode ter como motivo de regulamentações profissionais interesses coletivos que não lhe foram, nesse sentido, pré-determinados, mas que só resultam, ao contrário, de suas específicas concepções e metas econômicas, sociais e políticas, que ele, portanto, só por sua própria iniciativa eleva à dignidade de importantes interesses comunitários. Nesses casos, o Tribunal Constitucional Federal não pode contestar as regulamentações profissionais só porque são controversas as opiniões políticas nas quais se baseiam. O tribunal limita-se, nesse ponto, a perscrutar se os interesses públicos, a cuja proteção serve a regulamentação legal, podem, em geral, representar valores da coletividade de tal importância que justifiquem uma limitação da livre escolha profissional. O reconhecimento das concepções do legislador sobre isso somente pode ser negado se

elas forem evidentemente errôneas ou incompatíveis com a ordem axiológica da *Grundgesetz*.

IV.

A regra em pauta do Código de Regulamentação da Profissão de Mestre de Ofício baseia-se na tese fundamental de que a conservação da qualidade da prestação do serviço e da capacidade de prestação do respectivo ofício e o asseguramento de [novos] formandos para todo esse ramo econômico se constituiriam em interesses coletivos tão importantes que o acesso ao exercício autônomo de uma profissão de mestre de ofício não poderia ser livre a todos. Essa tese do Código Regulamentação da Profissão de mestre de ofício não pode ser contestada em face de sua constitucionalidade.

1. O legislador federal considerou o artesanato como sendo um ramo do setor industrial indispensável à economia e como uma parte especialmente importante da [atividade econômica da] classe média [na acepção de pequeno empresariado]. Em consonância com a maior parte das constituições dos estados federados da República Federal da Alemanha, que expressamente incorporaram a proteção e o fomento do artesanato em seu programa político-econômico, o legislador queria proteger e fomentar o artesanato como um todo. Ao mesmo tempo, ele queria com isso assegurar a formação de futuros profissionais para todo esse ramo da economia empresarial. Na introdução da prova de habilitação, o legislador enxergou um meio adequado e também necessário, para o alcance desse objetivo.

(...).

2. Como essa explanação demonstra, o legislador não buscava afastar os riscos para a coletividade ou para o indivíduo, decorrentes do exercício inapropriado da profissão, riscos estes a que eram sujeitos vários ramos do artesanato, tais como a construção civil ou os grupos de mecânicos de veículos e de eletricitas. Decisivo foi, pelo contrário, o interesse na conservação e fomento do saudável e prestativo artesanato como um todo (...).

3. As considerações com as quais o legislador fundamenta o interesse especial da coletividade na conservação e fomento do artesanato pautam-se nos quadros de uma política econômica, previdenciária e social possível em face da *Grundgesetz*, e por isso determinada isoladamente a partir da margem de ação discricionária legislativa. Elas

não se chocam nem com os princípios fundamentais nem com as decisões axiológicas específicas da Constituição. De outro lado, elas podem ser comprovadas com fatos e experiências de nossa vida econômica e social.

Neste sentido, pode ser aduzido em detalhes o seguinte:

a) – d) (...).

(...).

V.

Uma vez, então, que o legislador pôde, com fundamento na conservação e cuidado de uma alta qualidade do artesanato, vislumbrar um bem coletivo muito importante, ganha muito em relevância a questão sobre se esse interesse coletivo teria primazia sobre o direito de liberdade do indivíduo e – uma vez afirmativa a resposta – se a lei, na limitação do direito fundamental, não teria ido longe demais. O direito fundamental da liberdade profissional tem como conteúdo que ao indivíduo deva restar tanta liberdade na escolha de sua profissão quanto seja conciliável com os interesses dignos de proteção da coletividade; dito de outra forma: as limitações à livre escolha profissional só precisam ser suportadas pelo indivíduo quando e se elas visarem a proteção de interesses coletivos importantes. As necessidades do bem comum devem estar numa relação balanceada com as limitações da liberdade dos indivíduos. Isso significa – segundo a formulação desse princípio cunhada na decisão “*Apothekenurteil*” – que se deve avaliar primeiramente se, para a consecução de seu objetivo, o legislador precisa em princípio realizar limitações da livre escolha profissional, ao invés de limitar-se à regulamentação do exercício profissional, e se o pressuposto para a admissão por ele implementado não representa evidentemente um meio inadequado para a proteção do valor coletivo; finalmente, se esse pressuposto para autorização, também em si considerado, não onera exageradamente e de maneira não exigível o indivíduo atingido. Também nas questões de ponderação e de valoração que quase sempre emergem nesse contexto, a concepção do legislador não pode ser afastada pelo Tribunal Constitucional Federal, contanto que não reste claro que ela parta de pressupostos empíricos incorretos ou contrarie a Constituição.

1. O legislador poderia ter deixado a proteção e fomento da qualidade e da capacidade para a prestação do serviço dos proprietários das oficinas ao livre jogo das forças econômicas [ao mercado]. Ele teria partido então da concepção de que a livre

concorrência já acabaria eliminando os agentes incapazes ou menos capazes, de tal sorte que, em meio a essa “auto-seleção”, as pessoas mais capazes se tornariam autônomas ou mesmo se imporiam em face da concorrência. Esse fim poderia ter sido fomentado [suficientemente] ainda por meio da regulamentação do exercício profissional. Então teria sido, por exemplo, possível, também junto à concessão da admissão à profissão, reservar aos proprietários das oficinas o uso do título de mestre àqueles que passaram na respectiva prova. Com isso, o público seria informado sobre a capacidade produtiva (presumivelmente) alta de oficinas dirigidas por um mestre. Também a qualificação dos formandos poderia continuar sendo um monopólio dos mestres artesãos, como ocorria no antigo primeiro exame de qualificação. A subsequente especialização técnica e administrativa dos mestres de ofício, que o Código de Regulamentação torna, de todo jeito, obrigatória para as câmaras de mestres de ofício e para as corporações, poderia ter sido aperfeiçoada por meio de diversas medidas.

Se essas possibilidades não pareceram suficientes ao legislador, então estão compreensíveis os motivos, de qualquer forma não claramente errôneos, pois regulamentações do exercício profissional – e mais ainda o livre jogo das forças econômicas – só se tornam eficazes para aquele que já iniciou a atividade profissional autônoma. Eles não asseguram nada contra a entrada de pessoas não-qualificadas na profissão. Até que estas sejam retiradas [do mercado] ou ainda que sejam trazidas à qualidade produtiva desejável, tanto a clientela (por produções deficitárias), quanto a própria classe profissional (pelo deslocamento e bloqueio de oficinas realmente produtivas ou pela diminuição da reputação do ofício como um todo) poderão sofrer consideráveis danos. Todavia, evitar isso foi justamente o objetivo do legislador. Por isso, se ele acreditou precisar implementar limitações da liberdade já no estágio da escolha profissional, com o fim de impedir, na medida do possível, o ingresso profissional de pessoas inaptas, então não se pode em princípio contestá-lo, pressupondo-se, sempre, que essas medidas se pautem nos limites constitucionais e, especialmente, que observem o princípio da proporcionalidade.

2. O Código de Regulamentação do Artesanato estabelece como pressuposto subjetivo para a admissão ao exercício profissional autônomo somente a prova da capacidade técnica, que deve ser demonstrada mediante uma certa formação e a aprovação em um determinado exame. Essa é – excetuando-se os casos peculiares a serem abaixo discutidos sob o tópico 4 – a forma de limitação à livre escolha profissional

mais amena e que menos onera os candidatos. Aqui vale, em toda sua abrangência, o que foi desenvolvido no *Apothekenurteil* (BVerfGE 7, 377 [406 s.]), ou seja, limitações com um tal conteúdo legitimam-se a partir da matéria em si. O devido exercício profissional de um ofício pressupõe conhecimentos e habilidades que podem ser adquiridos somente por meio da formação teórica e prática. Trata-se tão somente de uma formalização e concretização dos pressupostos de qualificação decorrentes da natureza da matéria, quando o legislador determina detalhadamente os conhecimentos e habilidades necessários, além do tipo e do modo como eles devem ser adquiridos. Quando se concede o acesso a uma tal profissão somente àquele que adquiriu as capacidades necessárias para o devido cumprimento da atividade profissional, está-se exigindo do candidato apenas aquilo que ele, de qualquer maneira, a partir de uma avaliação racional e por iniciativa própria, deveria fazer. É o que vale principalmente quando se tratar de profissões como aquelas relativas ao artesanato, cuja peculiaridade característica reside, justamente, no fato de o proprietário da oficina trabalhar em grande parte ele mesmo [nos projetos], de tal sorte que o sucesso da oficina dependa de forma decisiva justamente de suas habilidades e conhecimentos pessoais. Uma regulamentação que exija apenas que ele comprove exatamente essas habilidades e conhecimentos, adequa-se tão perfeitamente à situação específica dessas profissões, que a limitação de liberdade como tal aí existente quase não é perceptível por parte do indivíduo, tendo apenas um pequeno peso, pelo menos quando comparada à proteção de importantes interesses da coletividade. Isso é decisivo, embora a atividade do ofício seja frequentemente escolhida como profissão por muitos, em virtude de sua variedade e da possibilidade fácil de acesso, de forma que o número dos atingidos pela regulamentação é proporcionalmente alto.

3. (...).

4. Uma limitação inexigível à liberdade poderia ser vislumbrada no fato de que a lei em seu anexo A limita a escolha profissional aos ramos ali assinalados do artesanato, tornando, portanto, impossível ao indivíduo escolher como profissão uma área parcial das atividades abrangidas nos quadros fixos de carreiras e restringir correspondentemente sua formação. Quem quer se especializar em determinados trabalhos delimitados que façam em si sentido [como atividade independente], como, por exemplo, dentro do ofício de costureiro ou mecânico, poderia argumentar que lhe é exigido mais em formação e em termos de performance em exames do que a natureza da atividade [na realidade] exige.

Entretanto, a lei não pode ser contestada constitucionalmente sob esse ponto de vista. Na decisão *Apothekenurteil* já se afirmou que o legislador pode fixar juridicamente determinadas carreiras profissionais. Nessa tarefa, ele não pode proceder de outra forma, – observando-se a origem e o exercício de fato da profissão – a não ser sintetizando as atividades correlacionadas na unidade de uma única profissão. Somente no caso concreto pode-se julgar se o legislador foi fundo o bastante na “especialização” de profissões. Em geral, pode-se dizer que deve restar ao legislador aqui uma certa margem de ação [discricionarietà legislativa]; ele é forçado à tipificação e pode partir, nessa base, de exigências de qualificação justificadas na média. Mesmo as tendências propagadas de especialização podem ser consideradas pelo legislador apenas dentro de determinados limites, se ele quiser conservar o caráter abrangente dos mestres de ofício, em face do mero trabalhador técnico. Se a regulamentação como um todo não leva a uma distorção das relações tradicionais existentes de fato no âmbito das profissões relacionadas, então deve ser tolerada uma certa “porção extra” de exigências de formação e de exames que se pautem em limites razoáveis, como pode ser verificada, de resto, em vários Regulamentos de Cursos e Avaliações estatais, principalmente porque a “desnecessária” limitação da liberdade aí existente será compensada em certo sentido pelo crescimento de oportunidades profissionais e da reputação social.

(...).

5. – 7. (...).

VI.

O princípio geral da igualdade não é violado, porque não se exige para a produção industrial de mercadorias, as quais também são produzidas manualmente, uma prova de habilitação.

Se o legislador estabelece como pressuposto subjetivo para a admissão a prova de habilitação, então ele não é obrigado, pelo Art. 3 I GG, a tratar da mesma forma as profissões, porque nelas pode ser verificada uma igualdade externa de algumas áreas de atividade ou execuções. Pelo contrário, ele pode diferenciar o tipo e abrangência da regulamentação da profissão em larga proporção, segundo as relações peculiares dos diferentes âmbitos profissionais, especialmente segundo a estrutura social das profissões analisadas (BVerfGE 9, 338 [350]). Na aplicação desse parâmetro não se pode avaliar

como uma violação do princípio geral da igualdade o fato de atividades industrialmente realizadas serem isentas da necessidade de admissão, ao passo que as mesmas, no âmbito do artesanato, estejam sujeitas à prova de habilitação.

Oficinas de artesanato são, à diferença das empresas industriais, em sua maioria empresas pequenas. Para elas é característico o fato de o trabalho manual ser partilhado pelo proprietário da oficina; sua qualificação técnica decide sobre o valor da prestação do trabalho manual. Em contraposição a isso, o proprietário de uma empresa industrial, em geral não trabalha na produção, mas se limita à direção administrativa ou técnica. Essa diferença estrutural justifica o fato de ser somente o exercício autônomo de uma oficina dependente da prova de conhecimentos e habilidades pessoais.

75. BVERFGE 19, 330

(SACHKUNDENACHWEIS)

Controle concreto

14/12/1965

MATÉRIA:

O requerido do processo originário é um cabelereiro, que instalou uma máquina de venda de cigarros em seu apartamento. Desta feita, violou normas do direito da construção civil e foi condenado, por decisão transitada em julgado, a uma pena pecuniária. Além disso, o órgão da Administração competente aplicou-lhe uma segunda multa por ter oferecido mercadoria no varejo sem ter realizado a devida **prova de qualificação técnica** (*Sachkundenachweis*) para tanto.

Contra a aplicação da multa, o reclamante entrou em juízo. Em primeira instância, determinou-se a revogação do ato administrativo, porque por ele teria sido ferida a cláusula *ne bis in idem*. O órgão da Administração contestou essa decisão de primeira instância por intermédio de uma reclamação ordinária (*Beschwerde*), alegando a imputação de mais de uma conduta delituosa. O Superior Tribunal Estadual suspendeu, então, o processo, segundo o Art. 100 I GG, para colher a decisão do TCF sobre a constitucionalidade do § 3 II 1 *Einzelhandelsgesetz* – *EinzelHG* (da lei do setor econômico varejista).

O TCF verificou, então, que o dispositivo questionado é incompatível com o Art. 12 I GG, declarando-o nulo, na extensão em que alcançar o comércio varejista com produtos de todo tipo com exclusão daqueles mencionados no § 3 III 2 EinzelHG.

É incompatível com o Art. 12 I GG exigir a prova de conhecimento técnico para o estabelecimento de comércio de varejo com mercadorias de todo tipo (à exceção das mercadorias indicadas no § 3 III 2 da lei do comércio varejista (*Einzelhandelsgesetz*)).

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 14 de dezembro de 1965

– 1 BvL 14/60 –

(...)

RAZÕES

I.

1. (...).
2. (...).

Para o exercício do comércio varejista é necessária uma autorização (§ 3 I) que deve ser, segundo o § 3 II Einzel-HG³¹⁵, recusada quando:

1. nem o empresário, nem o representante legal da empresa, nem uma pessoa nomeada pelo empresário para a direção da empresa, puderem atestar o necessário conhecimento técnico; ou
2. Existirem fatos dos quais se depreende a falta de credibilidade necessária para a condução da empresa, de uma das pessoas mencionadas no número 1.

A lei do comércio varejista diferencia os seguintes grupos de comércio varejista:

Comércio varejista de gêneros alimentícios do § 1 I da lei de gêneros alimentícios, comércio varejista de medicamentos e produtos médicos - exceto aqueles controlados pelos órgãos médicos oficiais -, comércio varejista das mercadorias restantes (doravante designado como comércio varejista geral).

³¹⁵ Einzel-HG é sigla de *Einzelhandelsgesetz*, ou seja, lei da atividade empresarial a varejo.

O § 4 II EinzelHG exige, para o comércio de gêneros alimentícios e medicamentos a varejo, ao contrário da autorização geral para o comércio varejista, um especial conhecimento dessas mercadorias. Quem foi aprovado em uma prova de auxiliar administrativo em um qualquer ramo do setor comercial e depois exerceu uma atividade no comércio de no mínimo 2 anos (§ 4 I EinzelHG), comprovou ter o conhecimento técnico necessário para o comércio varejista geral. Além disso, para a prova do conhecimento técnico basta a comprovação de uma atividade administrativa de no mínimo 5 anos, sendo que 2 deles devem ser de atividade de gerência [ou diretoria] (§ 4 III EinzelHG). Por fim, a lei prescreve que o candidato que não preencha os requisitos mencionados prove seu conhecimento técnico para o comércio varejista em uma prova específica (§ 4 IV EinzelHG). (...).

(...).

II. – III. (...)

IV.

A condição de admissão do conhecimento técnico não é, em sua conformação legal atual, compatível com a *Grundgesetz*.

1. (...).

2. Apesar de sua designação, a Lei do Exercício do Comércio Varejista não regulamenta o exercício profissional, mas o acesso à profissão. A exigência do conhecimento técnico é um pressuposto subjetivo de admissão na acepção da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 7, 377 [406 s.]). O início da profissão de comerciante varejista depende do domínio de determinados conhecimentos que devem ser comprovados por meio de uma formação especial e, por princípio, também em uma prova.

Pressupostos subjetivos de admissão são justificados apenas para a proteção de um bem coletivo importante. Eles limitam sensivelmente a livre escolha profissional, uma vez que denegam ao candidato o início da atividade na profissão por ele escolhida, até que ele prove que teve a formação exigida por uma período relativamente longo e que foi aprovado em uma prova específica (BVerfGE 13, 97 [107]).

(...).

3. (...).

4. (...). a) A proteção do consumidor, que, como cliente, está em posição oposta à do comerciante varejista, em face ao perigo de dano à saúde, ou também à economia,

poderia ser vislumbrada como um importante interesse coletivo que, por si, também justificaria pressupostos subjetivos de admissão. Para esse fim, contudo, o meio aqui escolhido é inadequado.

O comércio varejista, por meio da “distribuição de mercadorias”, auxilia na cobertura da demanda. Sua função econômica é comprar, armazenar e – freqüentemente – vender mercadorias a consumidores privados. A manipulação de mercadorias não existe, esta foi em grande parte assumida pela indústrias e pelo comércio atacadista; em regra, são vendidas [aos varejistas] mercadorias prontas para o consumo. (cf. *Hans Buddeberg*, “Einzelhandelsbetrieb”, in: *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, Tomo 3, 1961, p. 101 s.).

Riscos à saúde para o consumidor poderiam advir de um comerciante varejista tecnicamente despreparado no comércio de gêneros alimentícios, medicamentos e assemelhados. Para esses ramos de produtos valem, contudo, prescrições específicas, que agora não estão sob exame. O comércio varejista geral não põe em risco a saúde dos clientes. A possibilidade de risco econômico, pelo contrário, não é excluída, quando o comerciante varejista adquire mercadorias de má qualidade, armazena inadequadamente as mercadorias ou informa o cliente [sobre o uso e consumo da mercadoria vendida] de maneira inapropriada. Esse risco poderia ser eliminado ou, ao menos, diminuído, se fosse exigido do comerciante varejista a prova de conhecimento técnico das mercadorias em seu ramo específico. Mas justamente essa prova a lei não exige. Ela se contenta com a prova de conhecimentos gerais empresariais, que podem ser adquiridos em um outro ramo totalmente diferente.

b) Evidentemente, o pressuposto de admissão do conhecimento técnico deve servir [segundo os mentores do projeto-lei e, portanto, do legislador], em primeira linha, aos interesses da própria classe profissional, à manutenção de sua capacidade de trabalho (*Leistungsfähigkeit*) e de sua reputação social. No entanto, na persecução desse fim – em si legítimo – o legislador não respeitou os limites que lhe são impostos pelo princípio da proporcionalidade.

(...).

Por isso, ultrapassa muito a medida da necessidade quando o legislador exige de todos os comerciantes varejistas, como pré-requisito para início da profissão, a prova de conhecimentos substanciais administrativos mediante apenas uma formação e prova padrão. Se, na opinião do legislador, as condições de determinados ramos do

comércio varejista realmente tornam necessária a introdução de um tal pressuposto para a admissão, então todos os perigos que ameaçariam a coletividade deveriam ser detalhados e feitos plausíveis. Assim, também o legislador deveria tentar lidar com esses perigos, primeiramente no nível da regulamentação do exercício profissional. Não é compatível com a garantia constitucional de uma livre escolha profissional sujeitar toda uma classe profissional, de certa maneira profilática, a limitações sensíveis na liberdade profissional, por causa de tais perigos que talvez possam surgir em alguns casos isolados.

c) A preocupação com a capacidade de trabalho e com a reputação social de toda uma classe profissional pode só excepcionalmente justificar a introdução de pressupostos subjetivos de admissão. O Tribunal Constitucional Federal aceitou isso para a categoria dos mestres de ofício (BVerfGE 13, 97). Há um grande interesse da coletividade na manutenção de uma classe saudável e capaz de mestres de ofício, principalmente porque, nos trabalhos manuais, também são continuamente formadas as novas gerações para a economia comercial restante, especialmente também para as empresas industriais. Para a proteção do setor de trabalhos manuais, o legislador pôde ultrapassar o nível [de grau] da regulamentação do exercício profissional e exigir a assim chamada prova de habilitação na forma da prova de especialização. Não há um contexto semelhante no setor comercial varejista; em primeiro lugar, aqui não são manipuladas as mercadorias; não é necessário exigir habilidades técnicas pessoais tão altas do empresário; de outro lado, o comércio varejista engloba empresas de diferentes tipos e tamanhos, desde máquinas automáticas de venda de produtos (como no processo original [de conhecimento]) até Hipermercados. Só com a alegação de um interesse geral da coletividade na conservação do “comércio varejista” por excelência, limitações a direitos fundamentais não podem ser de fato justificadas. As diferentes posição e função de ambos os ramos profissionais na vida econômica e social tornam-se claras também com a observação da evolução do direito: nos ofícios manuais, a prova de habilitação e o exame de especialização correspondem à antiga tradição jurídica; o comércio varejista foi até a mais nova era, por princípio, livre de qualquer limitação jurídica de admissão.

d) (...).

5. – 7. (...).

76. BVERFGE 86, 28

(SACHVERSTÄNDIGENBESTELLUNG)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 25/03/1992

MATÉRIA:

A Reclamação Constitucional foi movida por engenheiro de motores automobilísticos que atuava como perito judicial e pleiteou, junto à Câmara de Comércio e Indústria de Koblenz, sua **nomeação pública como perito oficial** (*Sachverständigenbestellung*). Esta lhe foi negada. Inconformado, moveu uma ação judicial, julgada improcedente primeiramente pelo Juízo Administrativo de primeira instância e depois pelo Superior Tribunal Administrativo de *Rheinland-Pfalz* e, finalmente, pelo Tribunal Administrativo Federal, com base em um dispositivo do Código Industrial (§ 36 GewO) que prescrevia certas qualificações como pré-requisitos da nomeação, a serem determinadas segundo a discricionariedade dos órgãos examinadores competentes.

O reclamante alegou que a aplicação do § 36 GewO pelos tribunais violou seu direito fundamental do Art. 12 I GG. O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, em relação à interpretação e aplicação do § 36 GewO pelos tribunais da Justiça Administrativa. Com isso, revogou as decisões anteriores dos dois tribunais, determinou a devolução dos autos ao Superior Tribunal Administrativo para nova decisão, sem, no entanto, declarar a nulidade ou mesmo mera incompatibilidade do § 36 GewO com o Art. 12 I GG.

A nomeação pública de peritos, segundo o § 36 do Código Industrial (*Gewerbeordnung - GewO*), pode depender da aptidão técnica e pessoal do candidato, bem como da necessidade geral de correspondente conhecimento especializado em dada área técnica; não pode depender, contudo, do número de peritos já disponíveis. Um tal exame concreto da necessidade afronta o Art. 12 I GG.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 25 de março de 1992
- 1 BvR 298/86 -
(...)

RAZÕES:

A.

A Reclamação Constitucional trata da questão sobre se a nomeação pública de um perito, conforme o § 36 do Código Industrial (GewO), pode ser rejeitada com a fundamentação de que o número de peritos nomeados publicamente já em atividade seria suficiente.

I.

1. O fundamento legal para a nomeação pública e juramento de pessoas que atuam ou querem atuar profissionalmente como perito é o § 36 I 1 GewO. (...). Segundo o teor desse dispositivo:

§ 36

Nomeação pública de peritos

(1) Pessoas que atuam ou querem atuar profissionalmente como perito podem ser nomeadas publicamente para determinadas áreas técnicas por meio dos cargos determinados pelos governos estaduais, segundo discricionariedade deles, se provarem conhecimento técnico específico e não houver nenhuma dúvida em relação à sua aptidão (...).

(...) os órgãos de direito público responsáveis pela nomeação e juramento públicos de peritos são autorizados a normatizar, por meio de regulamentos, os requisitos para a nomeação, bem como os direitos e deveres dos peritos (...). O aqui decisivo Regulamento da Câmara de Indústria e Comércio de *Koblenz* dispõe sobre os requisitos da nomeação pública, como segue:

§2

Pressupostos da nomeação

(1) Deve haver uma necessidade geral para a nomeação pública (...).
(...).

2. As regras legais, segundo as quais a autoridade competente pode realizar a nomeação pública “para determinadas áreas segundo a sua discricionariedade”,

são entendidas pela literatura jurídica e jurisprudência como se devesse ser realizada uma dupla avaliação da necessidade. Primeiramente, deveria ser verificado se peritos no correspondente ramo técnico seriam em geral necessários (exame abstrato de necessidade); só então se decidiria sobre se, nessa área técnica, considerando os peritos já disponíveis, haveria necessidade de outras ordenações públicas (exame concreto de necessidade). O perito individual não teria uma pretensão jurídica à nomeação pública. (...).

3. (...).

II.

1. O reclamante é, desde janeiro de 1960, funcionário da Associação Alemã de Supervisão de Veículos Automotores (*Deutscher Kraftfahrzeugüberwachsungsverein e. V. - DEKRA*), onde é perito de veículos automotores (engenheiro). Sua atividade consiste na elaboração autônoma de pareceres de trânsito para a Polícia, os Ministérios Públicos e o Judiciário. Em 22 de setembro de 1981, ele requereu, perante a Câmara de Indústria e Comércio (IHK) de *Koblenz*, a nomeação e o juramento públicos. A Câmara entendeu que o reclamante queria ser reconhecido como perito na área de “danos em veículos automotores e avaliação”. Ela denegou o pedido, porque não haveria necessidade de mais peritos nessa área, e porque, ainda, outros candidatos estariam numa lista de espera.

2. – 3. (...).

III. – IV. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida e procedente.

As decisões impugnadas baseiam-se no § 36 GewO, mas não interpretam esse dispositivo conforme a Constituição. A nomeação pública para peritos não pode depender do número de peritos já disponíveis. Um tal exame de necessidade não encontra fundamento em interpretação conforme a Constituição do § 36 GewO. Ademais, esse exame seria desproporcional [feriria portanto o princípio da proporcionalidade, n. org].

I.

O indeferimento do pedido de nomeação pública feito por um perito significa uma intervenção em sua liberdade profissional.

1. Se o legislador cria o reconhecimento estatal de uma qualificação profissional e, com isso, vantagens na concorrência profissional, então a recusa desse reconhecimento equivale a uma intervenção na liberdade profissional. Como limitação à liberdade não são consideradas apenas ordens e proibições; é suficiente que, por meio de medidas estatais, a concorrência tenha sido influenciada e que o exercício de uma atividade profissional, seja, por meio disso, impedido (cf. a última decisão: BVerfGE 82, 209 [223 s.]).

Conforme o § 36 I GewO, pessoas podem ser nomeadas publicamente como peritos apenas quando provarem um conhecimento técnico específico e não restar evidente nenhuma dúvida em relação à sua aptidão. Assim, ao perito com nomeação pública são reconhecidas oficialmente aquelas qualidades que serão decisivas para o seu sucesso profissional: competência técnica e integridade pessoal. Disso resulta uma significativa projeção concorrencial em face daqueles peritos que não possam apresentar um reconhecimento estatal de sua competência. (...).

(...).

2. A intensidade da intervenção na liberdade profissional do reclamante é considerável. Ela foi pouco considerada nas decisões impugnadas.

a) No entanto, em concordância com os tribunais administrativos, deve-se partir do reconhecimento de que não se trata de uma limitação da escolha, mas apenas de uma regulamentação do exercício profissional. Peritos nomeados e juramentados pelo Poder Público diferenciam-se dos demais peritos, não pela afiliação a uma profissão específica, mas apenas pela verificação estatal de sua qualificação como perito. Quando um perito é nomeado e juramentado publicamente não se altera o quadro de sua atividade profissional. Também na realidade social, os peritos nomeados publicamente não aparecem como um grupo profissional à parte. Nesse sentido, coincidem as opiniões das associações profissionais e da literatura jurídica.

b) A intensidade da intervenção, entretanto, ainda não resta plenamente determinada com essa consideração. Limitações do livre exercício profissional são imagináveis em diversos níveis. Elas podem até mesmo aproximar-se de intervenções na liberdade de escolha profissional (BVerfGE 33, 125 [161]; jurisprudência consolidada). No entanto, ainda que elas não cheguem tão longe, deve-se atentar para os efeitos dos gravames e limitações, especialmente para o quão fortemente serão reduzidas as possibilidades de ganho e as chances de concorrência dos integrantes da profissão.

Se o § 36 GewO na interpretação das decisões impugnadas for examinado a partir desse critério, o efeito cerceador da liberdade da controversa regulamentação da liberdade do exercício profissional não pode ser considerado pequeno. Ainda que ela de fato não se aproxime de uma limitação da escolha profissional, vez em que não retira a base do exercício da profissão de perito, nem jurídica, nem economicamente, ela vai muito além de ser uma regulamentação de exercício profissional [que possa ser considerada] neutra do ponto de vista concorrencial.

c) A intensidade de uma limitação da liberdade profissional não se deve avaliar somente a partir de suas conseqüências econômicas, mas também conforme os pressupostos jurídicos a que ela se conecta. Desde a decisão *Apothekenurteil* (BVerfGE 7, 377), o Tribunal Constitucional Federal realiza uma diferenciação entre os casos em que as características e habilidades pessoais do cidadão atingido são centrais (características subjetivas) e casos onde são relevantes características objetivas, que se encontram fora de esfera pessoal daquele. Essa diferenciação é significativa não só nas intervenções na liberdade da escolha, mas também em outras limitações da liberdade profissional (cf. por fim BVerfGE 85, 360, 372 *et seq.*).

Conforme a interpretação das decisões impugnadas e da opinião majoritária, o § 36 GewO conecta características subjetivas e objetivas. A nomeação pública exige, conforme o claro teor do dispositivo, que os candidatos possam provar o conhecimento técnico específico e não haja dúvida quanto à sua aptidão. Ambos os pressupostos fazem parte da esfera pessoal do candidato; as características subjetivas correspondem à qualificação, cujo reconhecimento estatal se pretende. Se as decisões impugnadas, contudo, aceitam que a nomeação pública dependa de uma necessidade, então elas interpretam o § 36 GewO, nesse ponto, como sendo uma limitação segundo características objetivas. Aqui se coloca a questão sobre se a base legal para tanto é suficientemente clara e se as decisivas considerações do bem comum podem justificar uma intervenção tão intensa na liberdade do exercício profissional.

II.

O Art. 12 I 2 GG permite intervenções na liberdade profissional apenas com base em uma regulamentação legal que indique precisamente a extensão e os limites da intervenção. A essa reserva legal sujeitam-se medidas que atinjam a liberdade da escolha profissional, da mesma forma que aquelas que afetem somente o exercício da

profissão. O legislador pode deixar os detalhes para a disciplina por regulamento de uma organização de direito público, como a expressamente prevista no § 36 III e IV GewO. Não obstante, mesmo com uma outorga de autonomia [legislativa, ou seja, de competência ao legislador do Executivo] em si permitida, o legislador tem que decidir, ele próprio, se e em que medida os direitos de liberdade do indivíduo devem ceder espaço à imposição dos interesses da coletividade. A determinação de quais exigências devem ser cumpridas pelo fundamento legal dependerá da respectiva intensidade da intervenção. Na regulamentação do exercício profissional, a medida permitida da intervenção deve ser, na autorização legal, tão mais detalhadamente determinada quanto mais sensivelmente for atingida a livre atividade profissional e quanto mais intensamente forem atingidos uma decisão biográfica definitiva do indivíduo e o interesse da coletividade (cf. BVerfGE 33, 125 [160]).

Os pressupostos subjetivos de uma nomeação pública como perito, que atingem os candidatos com a maior parcimônia, estão suficientemente definidos no § 36 I GewO. Ainda que conhecimento técnico e aptidão sejam conceitos jurídicos indeterminados, sua concretização, contudo, não causa dificuldades incomuns, sendo, no mais, facilitada por alguns elementos típicos complementares no § 2 do Código dos Peritos (*Sachverständigenordnung – SO*).

Em oposição aos pressupostos subjetivos, a exigência objetiva da necessidade não é mencionada no § 36 GewO. Ainda assim, o § 2 I SO acrescenta: “Para a nomeação pública deve haver uma necessidade geral”. Isso pode ser entendido restritivamente na aceção da reserva de um exame de necessidade abstrato, relativo à uma área técnica. Assim, notoriamente, o trabalho da busca, da avaliação e nomeação de peritos deve ser poupado, enquanto não houver demanda [no mercado] por perícia especializada. Se, por exemplo, para uma [dada] área técnica pareceres forem raramente ou nunca exigidos, ou se eles puderem ser feitos sem dificuldade por peritos de uma área técnica mais abrangente, uma atuação estatal [ou seja: todo o processo de reconhecimento, bastante oneroso para o Estado] segundo o sentido da regulamentação não é devida.

De outro modo, do § 36 GewO não se pode depreender que as câmaras, na existência de uma necessidade geral, devam ser autorizadas a proceder a uma escolha restritiva a partir de um grande número de candidatos qualificados. Se o legislador tivesse querido conceder a órgãos estatais o direito de distribuir vantagens concorrenciais, então ele deveria ter, ao menos, previsto os critérios de escolha e seu

procedimento formal-jurídico. Tais exigências mínimas não são dispensáveis nem mesmo nas profissões vinculadas ao Estado (cf. BVerfGE 73, 280 [295 s.]). Assim, deveria ter sido regulamentado se para a escolha seria relevante a ordem cronológica de entrada dos requerimentos, a duração da afiliação à profissão ou as características específicas de qualificação. Em termos jurídico-processuais, careceria de regulamentação de que modo deveria ser divulgada a demanda concreta e como os interessados poderiam se informar e se candidatar (*op. cit.*, p. 296 s.). De nenhum modo poderia ter sido deixado às Câmaras de Indústria e Comércio decidir, segundo sua livre discricionariedade, se elas querem vislumbrar o número de peritos nomeados publicamente como insuficiente e, em caso afirmativo, quais candidatos qualificados deveriam receber o bônus de uma nomeação pública.

III.

Ademais, as decisões impugnadas não são compatíveis com o Art. 12 I GG, porque elas intervêm de maneira desproporcionalmente forte na liberdade do exercício profissional.

1. Limitações do exercício profissional devem ser legitimadas por meio de considerações racionais do bem comum (BVerfGE 7, 377 [405 s.]; jurisprudência consolidada). Uma vez que o indeferimento da nomeação pública como perito representa uma intervenção considerável, em virtude de seu efeito capaz de distorcer a concorrência, (cf. acima sob o I.2 b), propósitos pouco significativos ou puramente técnico-administrativos não são suficientes. A finalidade da regulamentação, pelo contrário, deve ter, da mesma forma, uma importância considerável.

Segundo opinião unânime, a finalidade da regulamentação do § 36 GewO consiste em oferecer, no interesse de negócios jurídicos equilibrados e de uma administração eficaz da Justiça, técnicos competentes e fidedignos a todas as repartições públicas, tribunais e a interessados privados em complicadas averiguações e avaliações; investigações difíceis e longas sobre o prestígio e a aptidão de um parecerista devem tornar-se dispensáveis com a nomeação pública (cf. as referências em *Landmann / Rohmer*, Gewerbeordnung, § 36, notas 9, 10).

A esse fim de regulamentação correspondem diretamente os pressupostos subjetivos. Eles não são problemáticos do ponto de vista constitucional e também não são atacados pelo reclamante.

2. Do princípio da proporcionalidade não se depreende nenhuma dúvida contra um exame geral de necessidade, que se baseia tão somente na resposta à pergunta de se em uma determinada área técnica existe uma demanda minimamente considerável por perícia especializada. Se esse não for o caso, falta um motivo para a intervenção estatal. Membros qualificados da profissão não serão, por meio da omissão das autoridades, excessivamente cerceados, porque eles, ainda assim, podem ofertar seu conhecimento técnico especializado e, nesse mister, não estarão expostos à concorrência de peritos nomeados publicamente.

3. Um exame concreto de necessidade, pelo contrário, intervém de maneira desproporcionalmente forte na liberdade do exercício profissional. Ele leva a uma proteção concorrencial da parte favorecida dos peritos, proteção essa que não é abrangida pela finalidade da regra do § 36 GewO. Também as demais considerações do bem comum não são adequadas a justificar essa forma de intervenção na liberdade do exercício profissional. Os argumentos levantados nas manifestações [nos autos do processo da Reclamação Constitucional em pauta], bem como também na jurisprudência e na literatura jurídica, em prol de uma limitação numérica dos peritos nomeados publicamente, não têm peso suficiente.

a) Com efeito, [argumentou-se que] a limitação da oferta deve servir à facilitação do acesso aos peritos mais aptos [por parte daqueles que deles precisam]. Esse argumento não compreende o problema da escolha, o qual o legislador quis solucionar. O § 36 GewO tem apenas o propósito de facilitar a escolha entre peritos qualificados e não qualificados. Em face desse propósito, o exame concreto de necessidade é um meio inadequado. De resto, o sucesso da práxis de associações privadas, de reconhecerem peritos suplementares, indica que o público não está interessado em uma redução, mas em um incremento da oferta e das possibilidades de escolha.

b) Tampouco convence o argumento segundo o qual a limitação numérica dos peritos nomeados publicamente seria obrigatória, a fim de garantir o nível de qualificação necessário.

Pode ser correto que, para os peritos, o grau de experiência e a motivação para o aperfeiçoamento da formação sejam influenciados pela freqüência dos requerimentos de pareceres. Todavia, conforme o § 36 GewO, a qualificação técnica já deve ser provada por ocasião da nomeação pública; portanto, o perito não irá adquirir seu conhecimento e experiência somente quando de sua atividade de parecerista, mas sobretudo em sua profissão de origem. (...).

(...).

c) Em todos os posicionamentos, encontra-se, no primeiro plano, o argumento de que o número de peritos nomeados publicamente precisaria ser limitado à quantidade inevitavelmente necessária, para que se tornassem possíveis uma econômica práxis de nomeação e um controle eficaz. Também esse aspecto não pode, contudo, justificar um exame concreto de necessidade.

A contenção de custos administrativos isolada não é motivo suficiente para a intervenção em liberdades protegidas por direitos fundamentais. Ademais, o Tribunal Constitucional Federal decidiu várias vezes que, conforme a *Grundgesetz*, não é permitido limitar os cidadãos na liberdade da escolha profissional, apenas no interesse de uma fiscalização estatal mais fácil (cf. BVerfGE 41, 378 [397]; 65, 116 [129]).

(...).

(...).

IV.

(...)

Herzog, Henschel, Seild, Grimm, Söllner, Dietrich, Kühling, Seibert

77. BVERFG 53, 135

(PUFFREISSCHOKOLADE)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 16/01/1980

MATÉRIA:

O autor do processo originário [de conhecimento] é uma associação civil sem fins lucrativos, que se ocupa com a defesa da livre e honesta concorrência. O requerido, ora reclamante, é uma fábrica de doces produzidos com arroz moído. O autor requereu, numa primeira ação, a proibição do comércio de doces de estação produzidos pela reclamante, como ovos de páscoa e papais-noéis feitos a partir do pó de arroz, mas que, graças ao adicionamento de um composto de cacão, tornava-se “chocolate de arroz moído” (*Puffreisschokolade*). Em uma segunda ação, o autor buscava a proibição de outros produtos de arroz moído do reclamante. Ambas as ações foram julgadas procedentes pelo Tribunal Federal (BGH), com fundamento no § 14, nº 2 Kakao-VO (Decreto do Cacão), que previa uma proibição absoluta de circulação para tais

produtos. O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, revogou a decisão do BGH e declarou nula a proibição absoluta.

Sobre as exigências feitas a uma regulamentação do exercício profissional, segundo o Art. 12 I 2 GG, no campo do direito dos gêneros alimentícios.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 16 de janeiro de 1980

- 1 BvR 249/79 -

(...)

RAZÕES

O objeto da Reclamação Constitucional é a questão sobre se é compatível com a *Grundgesetz* submeter gêneros alimentícios que possam ser confundidos com chocolate a uma proibição absoluta de circulação.

1. (...).
2. (...).

Objeto do primeiro processo originário [de conhecimento] foram os produtos doces da estação, como papais-noéis e coelhos de páscoa, que são feitos essencialmente de arroz moído a que se acrescenta, como massa de ligação, a mistura de gordura de soja, açúcar e cacau em pó. (...)

(...).

b) – c).

3. (...).

II.

A Reclamação Constitucional é procedente.

1. O § 14, nº 2 Kakao-VO (Decreto do Cacao) é incompatível com o Art. 12 I GG, quando prevê uma absoluta proibição de circulação para os gêneros alimentícios assinalados no dispositivo.

A prescrição contém uma regulamentação do exercício profissional. Uma tal regulamentação pode ser realizada, segundo o Art. 12 I GG, somente por meio de lei ou com base em uma lei; se o exercício profissional é disciplinado por meio de regulamento (*Rechtsverordnung*), então esse deve basear-se em uma autorização [legal

formal] que corresponda às exigências da *Grundgesetz* e ser coberto, em seu conteúdo, pela [mesma] autorização. Materialmente, uma regulamentação do exercício profissional pressupõe que ela se encontre justificada por fundamentos racionais do bem comum, que os meios escolhidos sejam adequados e necessários a atingir o propósito perseguido, e que o cerceamento da liberdade seja exigível em face do atingido (BVerfGE 46, 120 [145]). O § 14 n° 2 KakaoVO preenche tais requisitos apenas em uma parte.

a) A autorização contida no § 19, n° 4, alínea b LMBG, sobre a qual se baseia a prescrição, atende as exigências do Art. 80 I 1 e 2 GG (...).

b) (...).

c) A regulamentação criada pelo autor do regulamento choca-se, no entanto, contra o princípio da necessidade; ela é, por isso, desproporcional.

aa) No exame da questão sobre se as limitações contidas em uma regulamentação do exercício profissional são proporcionais, deve-se levar em consideração a liberdade de conformação, que cabe ao legislador, mas também ao autor do regulamento - nos limites da autorização -, no âmbito da atividade econômica. Na determinação de fins político-econômicos e das medidas adequadas à sua consecução, a *Grundgesetz* deixa um espaço de ação e de avaliação dentro do qual a livre disputa das forças podem ser corrigidas também por meio de medidas de direcionamento político-econômicos. Portanto, a partir da Constituição, o § 14, n° 2 KakaoVO somente poderá ser contestado se os limites constitucionais relativamente amplos dessa margem de ação forem ultrapassados (cf. BVerfGE 46, 246 [257] com outras referências). Precisa-se verificar claramente que, para a consecução do propósito perseguido, outros meios menos gravosos estejam à disposição (BVerfGE 39, 210 [231] com outras referências). Esse é o caso.

bb) A tarefa dos dispositivos do direito de gêneros alimentícios é evitar, no interesse dos consumidores, uma confusão de gêneros alimentícios e proteger os consumidores contra perigos à sua saúde. Isso é o que pode ser reconhecido claramente nas prescrições dos §§ 8 *et seq.* e 17 *et seq.* LMBG. O § 14, n° 2 KakaoVO serve exclusivamente à proteção do consumidor contra o engano. Essa proteção é sem dúvida um motivo racional do bem comum que pode justificar limitações do exercício profissional.

Para o alcance desse propósito não só a ordem de caracterização [no rótulo do produto] é adequada, como também o é a proibição de circulação. A proibição de

circulação, no entanto, é um dos meios mais incisivos que se podem vislumbrar para proteger os consumidores contra confusões e fraudes. Normalmente, um tal perigo pode ser combatido de modo tão eficaz, mas menos incisivo, por meio de uma ordem de caracterização [no rótulo do produto]. De fato, é correto que a decisão do consumidor de comprar um produto freqüentemente não se funda em um estudo pormenorizado do rótulo do produto, mas é também orientado pela sua forma de aparência exterior (BVerfGE 46, 246 [260]). Isso, contudo, não justifica a tese de que, para a proteção do consumidor “desatento”, seria necessária uma proibição geral de circulação de qualquer tipo dos gêneros alimentícios assinalados no § 14, n° 2 KakaoVO. A proibição por meio da qual os produtos de chocolate são privilegiados na concorrência também não pode ser justificada a partir de outras considerações. O legislador até pode, no caso, por exemplo, de uma possível confusão de produtos derivados de leite e produtos de margarina, tomar, no interesse da manutenção de uma agricultura produtiva, medidas que vão além do propósito imediato de proteção do consumidor (Cf. BVerfGE 46, 246 [256 *et seq.*]). Em um caso do presente tipo não há motivo que justifique uma limitação que vá além da eliminação do risco de confusão. Assim, devem bastar aquelas medidas que são necessárias no interesse da proteção do consumidor, perseguida de maneira permitida.

A fim de se atingir esse propósito basta, normalmente, uma ordem de caracterização [no rótulo do produto]. (...).

cc) (...).

2. (...).

(ass.) *Benda, Faller, Hesse, Katzenstein, Niemeyer, Heußner*

78. BVERFGE 95, 173

(TABAKWARNHINWEISE)

Reclamação Constitucional contra ato normativo

22/01/1997

MATÉRIA:

As reclamantes são fábricas de cigarros, que impugnaram a constitucionalidade do § 3 I, n° 1 e 2 TabKTHmV 1991 (*Verordnung über die Kennzeichnung von Tabakerzeugnissen und über Höchstmengen von Teer im Zigarettenrauch* – Decreto sobre a caracterização de produtos

tabagísticos e sobre quantidades máximas de nicotina da fumaça de cigarros), que prescreve alguns **avisos** (como “fumar causa câncer”, “fumar causa impotência sexual” etc.) sobre os malefícios à saúde provocados pelo **tabaco** (*Tabakwarnhinweise*), em face de vários de seus direitos fundamentais, quais sejam: dos Art. 2, 5, 12 e 14 GG.

O TCF julgou as Reclamações Constitucionais improcedentes, confirmando a constitucionalidade do dispositivo impugnado. Na fundamentação, negou que a lei tivesse intervindo nas áreas de proteção dos Art. 2, 5 e 14 GG. Com relação à verificada intervenção no Art. 12 I GG, considerou-a como justificada por atender ao critério da proporcionalidade.

Da questão de se saber se a obrigatoriedade de se divulgar avisos sobre os riscos à saúde provocados pelo ato de fumar nos produtos tabagísticos é compatível com os direitos fundamentais.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 22 de janeiro de 1997
- 2 BvR 1915/91 -
(...)

RAZÕES:

A. – B. (...)

C.

As Reclamações Constitucionais são improcedentes.

I.

(...)

II.

A obrigatoriedade de realizar os avisos afetou produtores e comerciantes de produtos tabagísticos no momento do trânsito de seus produtos e não no que tange à sua participação no processo da expressão ou divulgação do pensamento. Por isso, a obrigação de imprimir o aviso deve ser avaliada com base no parâmetro da liberdade

profissional (Art. 12 I GG) e não no da liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I GG). As reclamantes podem se valer, enquanto pessoas jurídicas de direito privado, do Art. 12 I GG (cf. BVerfGE 30, 292 [312]; 50, 290 [363]). A apresentação profissional, incluindo a publicidade de seus produtos, faz parte das áreas de atividades com base profissional as quais são protegidas pelo Art. 12 I GG (cf. BVerfGE 85, 248 [256]; GRUR 1996, S. 899 [902]). Medidas estatais que desta forma limitem os profissionais representam intervenções na liberdade do exercício profissional (cf. BVerfGE, *ibidem*). No entanto, uma violação do direito fundamental não está presente no caso em tela.

1. a) O direito fundamental da liberdade de expressão do pensamento (Art. 5 I GG) pode ser utilizado para uma campanha publicitária, em todo caso, se a publicidade tiver um conteúdo axiológico e constitutivo de opinião ou elementos que sirvam à formação da opinião pública (cf. BVerfGE 71, 162 [175]). Isso falta no presente caso. No momento em que os produtores de mercadorias tabagísticas são obrigados a transmitir nas embalagens avisos estatais, o Estado se vale destas embalagens, sem com isso atingir de resto a publicidade do produto. Nesse caso, não é a constituição e expressão da opinião dos empresários que estará sendo atingida, mas o exercício de sua atividade profissional.

Diferente seria se dos avisos não se pudesse claramente aferir tratar-se de uma opinião de terceiro [Estado], mas, pelo contrário, se a [autoria da] mensagem pudesse ser atribuída aos produtores de mercadorias tabagísticas. Tivesse sido o titular de direitos fundamentais obrigado a transmitir uma opinião de terceiro como se sua fosse, então seria atingida a liberdade de expressão do pensamento (Art. 5 I 1 GG). Uma vez transmitida aos destinatários da publicidade a impressão de que o produtor de tabaco apóia de espontânea vontade a transmissão dos avisos, ou seja, que transmite de própria iniciativa essa expressão, então a liberdade de transmissão de opinião pode ser usada como parâmetro do exame de constitucionalidade. Pelo contrário, uma vez reconhecendo-se claramente que a opinião transmitida pela impressão gráfica dos avisos sobre as embalagens dos produtos tabagísticos é de terceiro e que a transmissão destes avisos é uma condição geral para a comercialização de produtos tabagísticos, então essa obrigação de classificação [do produto como prejudicial à saúde] é regida pelo exercício profissional.

b) Aplicando-se esse critério, o direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento da autora da Reclamação Constitucional não é atingido. A obrigação

de imprimir o aviso serve à transmissão de uma opinião de terceiro, alcançando toda empresa que profissionalmente traz cigarros ao mercado, não despertando a aparência de que a empresa teria expressado essa opinião espontaneamente.

Os avisos devem ser considerados como reconhecível reprodução de uma opinião de terceiro. Eles expressam que o Ministério da Saúde da Comunidade Européia defende a tese de que fumar causa tanto câncer quanto doenças cardiovasculares.

2. A obrigatoriedade de impressão dos avisos por parte do empresariado encontra-se, assim, na área de proteção do Art. 12 I GG.

a) Intervenções na liberdade do exercício profissional [empresarial] necessitam, segundo o Art. 12 I 1 GG, de uma base legal que satisfaça as exigências constitucionais impostas às leis limitadoras de direitos fundamentais. As bases legais são então concordantes com o Art. 12 I GG, se elas forem justificadas mediante razões suficientes ligadas ao bem comum e se corresponderem ao princípio da proporcionalidade; se, portanto, o meio escolhido para o alcance do propósito almejado for adequado e também necessário e se, junto à ponderação geral entre o gravame da intervenção e o peso das razões que as justificarem, for observado o limite da exigibilidade (cf. BVerfGE 76, 196 [207]; 85, 248 [259]; GRUR 1996, S. 899 [902]).

b) Esses pressupostos foram atendidos no caso em tela.

O decreto da classificação do tabaco [como produto nocivo à saúde] serviu-se, nos avisos por ele previstos, também da autoridade do Estado e pretende conquistar com isso uma confiança especial, configurada juridicamente. A utilização de direitos de império estatal (*Hoheitsrechte*) não é problemática do ponto de vista constitucional, porque o conteúdo do aviso corresponde aos reconhecimentos científicos, o aviso ante aos riscos à saúde faz parte das tarefas de império estatal e a medida atende às exigências da liberdade do exercício profissional / empresarial.

Base legal do decreto é o § 21 I, nº 1 LMBG, (ao passo que o) fundamento de vigência para as obrigações concretamente formuladas é o decreto de classificação do tabaco.

aa) As indicações de aviso servem à proteção dos consumidores ante os riscos à saúde do ato de fumar. Reconhece-se, em geral, que fumar é prejudicial à saúde (cf. BGH, NJW 1994, p. 730 [731]). Entre os fumantes e não fumantes existe praticamente ninguém a quem tais riscos sejam totalmente desconhecidos (BGH, *ibid.*). Fumar mata mais gente do que acidentes automobilísticos, Aids, Álcool, drogas

ilegais, homicídios qualificados e suicídios juntos (cf. *Martina Pötschke-Langer*, Relatório sobre a Conferência Mundial sobre Tabaco e Saúde de 10 a 14 de outubro de 1994 em Paris, *Zeitschrift ärztliche Fortbildung - ZaeF* - 89 (1995), p. 537 s.). Fumar cigarros é a causa mais freqüente e, cientificamente falando, a mais claramente provada causa individual da morte por câncer nos países industrializados (cf. *Richard Doll e Richard Peto*, Mortality in relation to smoking: 20 years' observations on male British doctors, *British Medical Journal* 1976, p. 1525 *et seq.*; *ibidem*, Mortality in relation to smoking: 40 years' observations on male British doctors, *British Medical Journal* 1994, p. 901 *et seq.*; *ibidem*, Cigarette smoking and bronchial carcinoma: dose and time relationships among regular smokers and lifelong non-smokers, *Journal of Epidemiology and Community Health* 1978, p. 303 *et seq.*).

Em sede de conclusão, é certo, segundo o atual estágio do conhecimento médico, que fumar causa tanto câncer quanto doenças cardiovasculares e com isso leva a doenças fatais e coloca em risco também a saúde das pessoas à volta do fumante (cf. *D. Hoffmann e E.L. Wynder*, in: Marquardt/Schäfer (ed.), *Lehrbuch der Toxikologie*, 1994, p. 589 s.).

bb) O aviso a respeito destes riscos à saúde faz parte das tarefas legítimas do Estado. A política estatal de saúde pública pode em todo caso alertar sobre os graves riscos medicamente provados e conscientizar o consumidor de que o ato de fumar prejudica o fumante e que terceiros, enquanto fumantes passivos, também são prejudicados. A forma tão somente lingüística destas indicações de aviso faz com que seu destinatário reflita uma vez mais sobre sua decisão de compra em face dos riscos à saúde. Esse esclarecimento estatal serve por isso à proteção da população ante aos riscos à saúde.

cc) O legislador podia também partir da aptidão da medida em vista da proteção da saúde pública. A decisão sobre esta aptidão cabe basicamente à sua avaliação (cf. BVerfGE 25, 1 [12, 17]; 30, 292 [317]). Há de se admitir que no presente o consumo de cigarros tem aumentado apesar das indicações de aviso. No ano de 1994, o consumo na Alemanha subiu em torno de 3 por cento para 131,1 bilhões de cigarros (cf. *Harenberg*, *Lexikon der Gegenwart*, Aktuell '96, 1995, Verbe: "*Rauchen*" ["fumar"], p. 339). Apesar disto, não se pode impugnar constitucionalmente a avaliação do legislador, segundo a qual com as indicações de aviso teria podido ser evitada uma ampliação ainda maior do consumo de tabaco. Os avisos são aptos a impedir no mínimo um consumo despreocupado de tabaco. Também a configuração concreta das indicações de aviso atende às exigências da adequação [exame de adequação da

medida de intervenção do Estado]. A declaração sobre a relação de causalidade entre o ato de fumar e o surgimento de câncer, outras doenças e a colocação em risco da saúde de terceiros está em conformidade com os resultados da pesquisa científica. Essa declaração não diz que fumar seria a causa única; por outro lado, também dela não se depreende que um não-fumante está assegurado contra quaisquer riscos de câncer e outros riscos da saúde. Mas, segundo entendimento geral do conceito de “causar”, as expressões de aviso remetem a um contexto causal típico e generalizável; elas conscientizam seu destinatário do fato de que, pela desistência do ato de fumar, um risco substancial à saúde deixará de existir.

dd) O aviso também é necessário. Uma possibilidade menos intensa de proteção contra os riscos à saúde que partem do ato de fumar não se apresentou e nem se vislumbra. Com certeza, essa possibilidade não decorre das regras do Decreto de Substâncias Prejudiciais (*Gefahrstoffverordnung*). A obrigação de classificar substâncias e preparados como causadoras de câncer segundo o Decreto de Substâncias Prejudiciais (Decreto para a Proteção ante a Substâncias Nocivas, *Verordnung zum Schutz vor gefährlichen Stoffen - GefahrstoffVO* – de 26 de outubro de 1993 – *BGBl. I S. 1782, 2049*) (...) prescreve, no § 6, com que informações devem ser caracterizados as substâncias nocivas e os preparados. Segundo ele, as substâncias causadoras de câncer, na aceção do Decreto, devem ser acompanhadas da impressão do símbolo de perigo da caveira com dois ossos cruzados (...).

Esses dispositivos sobre a classificação e embalagem de substâncias causadoras de câncer vão muito além em intensidade e clareza do que as medidas de proteção e aviso sobre a obrigação de classificação do § 3 TabKTHmV. No mais, trata-se, no caso de produtos tabagísticos, de um estimulante (*Genussmittel = lit. “meio de prazer”*) junto ao qual, pela utilização correspondente, freqüentemente aparecem prejuízos à saúde. Comércio e publicidade devem ser por isso – assim como o comportamento dos consumidores – avaliados segundo outros parâmetros.

De resto, poderia ser trazida à pauta, no lugar das impressões de aviso, uma proibição da publicidade – ao lado do esclarecimento estatal sobre a saúde – enquanto medida adequada a reduzir o consumo despreocupado de tabaco. Também obrigações (a serem impostas) junto ao comércio poderiam ser mencionadas (p. ex. proibição de comércio por aparelhos automáticos e da venda a menores). Em face dessas alternativas, a regra impugnada apresenta-se como o meio mais ameno (cf. também a Recomendação do Conselho Federal para limitações complementares da publicidade

de tabaco e produtos tabagísticos e a expressa contestação da Comissão Econômica publicada em BRDrucks. 87/2/88).

ee) O obrigação de imprimir as indicações de aviso também não toca claramente o limite da exigibilidade. A intervenção no exercício profissional permite a atividade comercial e econômica da indústria do tabaco e se limita a trazer ao consumidor tão somente uma base de conhecimento médico junto a sua decisão de comprar. O meio de limitação escolhido – a simples ingerência lingüística por meio de indicações de aviso – é uma forma de ação que deixa intocado o trânsito de produtos por oferta e procura, provocando tão somente naquele que procura o produto a conscientização de uma consideração, a qual, no estágio da medicina contemporânea, deveria ser da consciência geral.

ff) (...).

III.

As regras impugnadas não violam o direito fundamental decorrente do Art. 14 I GG das autoras da Reclamação Constitucional.

1. A obrigação de imprimir as indicações de aviso até diminui as chances de ganho e lucro das autoras da Reclamação Constitucional, todavia não toca pretensões protegidas pelo direito de propriedade. O Art. 14 I GG protege somente posições jurídicas já auferidas por um sujeito de direito (cf. BVerfGE 20, 31 [34]; 30, 292 [334 s.]), não abrangendo, portanto, as chances e possibilidades de ganho encontradas no futuro (cf. BVerfGE 30, 292 [335]; 45, 272 [296]; 68, 193 [223] com outras referências bibliográficas).

2. (...).

IV.

Depois de todo o exposto, não há também que se falar em uma violação da liberdade de iniciativa empresarial tutelada pelo Art. 2 I GG. A regra impugnada refere-se à liberdade de ação material no âmbito do direito profissional, a qual recebeu sua especial garantia pelo Art. 12 GG. Não resta, destarte, nenhum ensejo para um exame a partir do parâmetro do Art. 2 I GG (cf. BVerfGE 70, 1 [32]).

(ass.) *Limbach, Graßhof, Kruis, Kirchhof
Winter, Sommer, Jentsch, Hassemer*

79. BVERFG 33, 303
(NUMERUS CLAUSUS)

Controle concreto

18/07/1972

MATÉRIA:

Trata-se do julgamento de dois Controles concretos, apresentados pelos Tribunais Administrativos de *Hamburg* e da Baviera.

Objeto³¹⁶ desses processos eram regulamentações de admissão [vestibular] para medicina humana nas universidades de *Hamburg* e da Baviera, dos anos de 1969 e 1970.

O § 17 da Lei Universitária de *Hamburg*, de 25 de abril de 1969, determinava:

- (1) A admissão para alguns cursos pode ser restringida, se e enquanto isso for necessário, em vista da capacidade de absorção da universidade, para garantir a regular realização de um curso na respectiva área do conhecimento. Antes da introdução de uma limitação da admissão, deve-se, sobretudo, avaliar, se e em que extensão a universidade pode tomar medidas, principalmente na área da reforma do ensino, que sejam adequadas a evitar uma restrição da admissão.
- (2) Limitações da admissão serão regulamentadas por leis de admissão, nas quais devem ser estabelecidas regras sobre a escolha e o número dos candidatos a serem admitidos. A cada seis meses deve ser verificado se ainda está presente a condição do parágrafo 1º.
- (3) Leis de admissão serão estatuídas pelo Senado (Conselho) Acadêmico, depois da oitiva dos departamentos interessados.

Sobre esta base, o Senado (Conselho) acadêmico da universidade estatuiu, para o semestre de verão de 1970, uma lei de admissão para o curso da medicina humana e odontologia. Segundo ela, as vagas disponíveis para candidatos alemães deviam ser distribuídas na proporção de 60%

³¹⁶ Texto a seguir extraído de *Kirchhof / Grimm*, op. cit., p. 305 s.

segundo fatores de desempenho (currículo do candidato) e 40% segundo o princípio do ano de nascimento; pôde ainda uma parte das vagas a serem definidas a cada semestre ficar reservada a casos especialmente peculiares (difíceis). A escolha segundo os fatores de desempenho baseava-se fundamentalmente na nota média aferida do certificado de conclusão do curso secundário (*Reifezeugnis*). No caso da escolha segundo o princípio do ano de nascimento, eram admitidos prioritariamente candidatos que já tivessem prestado o serviço militar ou um serviço civil alternativo àquele.

Diferentemente da Lei Universitária de *Hamburg*, a Lei de Admissão às Universidades Bávaras, de 8 de julho de 1970, continha, de um lado, o princípio de que os números de estudantes para algumas áreas do conhecimento somente poderiam ser limitadas se isso fosse estritamente essencial à manutenção do funcionamento regular de um curso, tendo em vista a capacidade das instalações das universidades (Art. 2 II da Lei de Admissão). Por outro lado, a lei fixava critérios para a distribuição de vagas universitárias (Art. 3) e continha, finalmente, uma autorização da edição de um decreto pelo Ministério da Educação Bávaro para a concretização desses requisitos.

Com base na apresentação do Tribunal Administrativo de *Hamburg*, o TCF declarou o § 17 da Lei Universitária de *Hamburg*, no caso de um *Numerus Clausus* absoluto, como sendo incompatível com a *Grundgesetz*. No caso da regulamentação bávara da Lei de Admissão, o TCF afastou, com base na apresentação do Tribunal Administrativo Bávaro, somente a cláusula do “filho da terra”, encontrada no Art. 3 II da Lei de Admissão, a qual previa vantagens de candidatos bávaros às vagas estudantis nas universidades bávaras.

1. Sobre a avaliação constitucional de limitações absolutas de admissão para calouros de uma determinada especialização (aqui: *Numerus Clausus* absoluto para o curso de medicina), pelo exaurimento da capacidade total de ensino.
2. Do direito à livre escolha profissional e dos locais de ensino, garantido no Art. 12 I 1 GG c. c., o princípio geral da igualdade e o princípio do Estado social, decorre um direito à admissão ao curso universitário. Esse direito pode ser limitado por meio de lei ou com base em uma lei.

3. Limitações absolutas de admissão para calouros de uma determinada especialização são constitucionais, somente se:

a) elas forem determinadas nos limites do estritamente necessário, depois do uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis, e

b) houver escolha e distribuição dos candidatos, segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato qualificado para o ensino superior e com o respeito, na maior medida do possível, da escolha individual do lugar de ensino.

4. O legislador é quem deve tomar as decisões essenciais sobre os requisitos da determinação [ato administrativo] de limitações absolutas de admissão e sobre os critérios de escolha a serem aplicados. As universidades podem ser autorizadas à regulamentação de demais particularidades dentro dos limites estabelecidos.

5. O § 17 da lei universitária de *Hamburg* de 25 de abril de 1969 é incompatível com a *Grundgesetz*, quando o legislador, de seu lado, não fixou, para o caso de limitações absolutas de admissão, regras sobre o modo e a relação hierárquica dos critérios de escolha.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 18 de julho de 1972

Com base na audiência pública de 3 de maio de 1972

- 1 BvL 32/70 e 25/71 -

(...)

RAZÕES

Em dois processos de admissão ao curso de medicina na Universidade de *Hamburg* e Munique, os juízos e tribunais administrativos competentes requerem a decisão do TCF sobre se certas normas do direito estadual sobre limitações da admissão ao ensino universitário (*Numerus Clausus*) são compatíveis com a *Grundgesetz*.

I. – IV. (...)

B. – I.

As apresentações judiciais são admitidas.

1. – 2. (...).

II.

1. Objeto do exame de constitucionalidade é tão somente o *Numerus Clausus* absoluto para calouros de determinada área de especialização, causado em virtude do exaurimento de toda a capacidade de ensino, podendo deixar de ser consideradas as limitações locais e estruturais, que dificultam somente a escolha por uma determinada universidade, ou as limitações que atinjam apenas aos estudantes de semestres mais avançados já admitidos. O *Numerus Clausus* absoluto diferencia-se dessas limitações por seu efeito extremamente incisivo, pois ele faz com que um número maior ou menor dos candidatos tenham que adiar o início do curso desejado por um tempo mais ou menos longo. Em caso de forte demanda e correspondentes longos períodos de espera, tais limitações de admissão afetam não só a escolha dos locais de formação, como também podem influenciar na escolha profissional, provocando até mesmo o abandono das intenções originais. Candidatos socialmente mais carentes não têm as mesmas possibilidades, como os mais abastados, de passar por períodos mais longos de espera ou de tentar a realização de um curso no exterior.

2. (...).

C.

As regulamentações sobre a admissão ao curso superior de *Hamburg* e da *Baviera* não são em sua total extensão compatíveis com a *Grundgesetz*.

I.

1. Como parâmetro de exame para a avaliação da constitucionalidade de limitações à admissão, conforme também adotado pela jurisprudência e literatura jurídica (cf. a síntese da jurisprudência perpetrada por *Schmitt*, DVBl. 1971, p. 382 e por *Wunsch*, WissR, Tomo 5, Número 1, 1972, p. 16 *et seq.*), traz-se à pauta, em primeira linha, o direito de todos os alemães, outorgado pelo Art. 12 I GG, de livremente escolher os locais de ensino para sua formação.

Quando da inserção desse direito na *Grundgesetz*, e igualmente quando da sua interpretação inicial, pensava-se sobretudo que o Art. 12 I GG garantiria ao indivíduo um direito de resistência (*Abwehrrecht*) contra as limitações de liberdade junto à formação universitária. Então foi enfatizado, nas discussões da Comissão Principal do Conselho Parlamentar, que se deveria assegurar, sob quaisquer circunstâncias, a liberdade de escolha entre diferentes universidades e a possibilidade de assistir a aulas

de professores especialmente célebres, tendo em vista uma formação diversificada. Também haveria de se evitar que alguns Estados-membros permitissem apenas a pessoas naturais desses Estados a realização de cursos em suas universidades (*StenBer. über die 44. Sitzung des Hauptausschusses vom 19. Januar 1949* – Relatório estenográfico da 44ª Seção da Comissão Principal de 19 de janeiro de 1949 –, p. 575 *et seq.*). Desse modo, descreve-se um aspecto parcial essencial da proteção do direito fundamental, o qual tem que ser respeitado ao máximo possível, se, em decorrência do exaurimento de toda a capacidade de ensino, se tornar inevitável uma distribuição planejada dos candidatos pelas diferentes instituições de ensino.

No caso de completo exaurimento da capacidade de ensino surge um outro aspecto essencial do direito à livre escolha do local de formação, que é a sua estreita relação com aquele que é, pelo Art. 12 I GG, o igualmente garantido direito fundamental da livre escolha profissional. Em regra, a formação representa o estágio que antecede ao início da profissão; ambos são partes integrantes de um coerente transcorrer da vida. Nesse sentido, já foi, há muito, assinalado na jurisprudência do TCF sobre o Art. 12 I GG que não apenas os conceitos ali usados de escolha profissional e posterior exercício profissional são inseparáveis, compondo um complexo unitário da atividade profissional como base de subsistência, mas que também as prescrições sobre a formação prévia para uma profissão pertencem ao ordenamento jurídico dessa atuação profissional (cf. BVerfGE 7, 377 [401, 406]). Dessa estreita ligação, o Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) inferiu corretamente que limitações na admissão à formação não podem servir ao direcionamento profissional (JZ 1963, p. 675; cf. também BVerwGE 6, 13 e 7, 287). Além disso, esse estreito contexto leva forçosamente à conclusão de que, pelo menos quando o início de uma profissão – como no caso de médicos – pressupuser uma determinada formação, as limitações ao livre acesso à formação prescrita [para o início da atividade de médico] devem ser tão rigidamente avaliadas, como os próprios pressupostos de admissão para a profissão.

A proteção constitucional do direito fundamental no âmbito do ensino e formação profissionais não se esgota, assim, na função de proteção tradicionalmente atribuída aos direitos de liberdade contra intervenções do poder público. O TCF asseverou várias vezes que os direitos fundamentais, como normas objetivas, estatuem igualmente uma ordem axiológica que vale como decisão constitucional fundamental para todas as áreas do Direito, e que, por isso, os direitos fundamentais não são apenas direitos de resistência (*Abwehrrechte*) do cidadão contra o Estado (BVerfGE 21, 362 [372])

com outras referências). Quanto mais fortemente o Estado moderno se inclina à seguridade social e ao fomento cultural dos cidadãos, mais aparece, no contexto da relação entre cidadãos e Estado, a exigência complementar pela outorga de direito fundamental da participação (*grundrechtliche Verbürgung der Teilhabe*) em prestações estatais, ao lado do postulado original da garantia de direito fundamental da liberdade em face do Estado. Esse desenvolvimento mostra-se especialmente evidente no âmbito do ensino e formação profissionais, o qual neste ponto, apesar de sua relação, no mais, estreita com a liberdade de escolha profissional, com esta claramente não se confunde: A liberdade profissional realiza-se atualmente – à exceção do serviço público submetido à regulamentação extraordinária do Art. 33 GG (cf., sobre isso: BVerfGE 7, 377 [398]; 17, 371 [379 s.]) – principalmente no âmbito da ordem profissional e de trabalho privadas, e é direcionada especialmente para resguardar a conformação da vida pessoal e autônoma, garantindo, portanto, a liberdade em face de constringências ou proibições no contexto da escolha e do exercício profissional. Por outro lado, a livre escolha dos locais de formação segundo sua natureza tem como escopo o livre acesso às instituições; o direito de liberdade não teria nenhum valor sem o pressuposto fático da possibilidade de exercê-lo. Nesse sentido, o projeto da lei básica do ensino superior (*Hochschulrahmengesetz*) parte do direito de cada alemão de concluir o curso superior por ele escolhido, se ele provar a qualificação necessária para tal curso.

O reconhecimento desse direito não está à disposição do livre arbítrio do legislador. Aqui pode restar em aberto se os “direitos de participação” poderiam ser, em dada extensão, derivados já do fato do Estado social de direito assumir uma posição de garantidor para a concretização do sistema axiológico dos direitos fundamentais na realidade constitucional (cf. sobre isso BVerwGE 27, 360 *Privatschulfinanzierung*). Mesmo quando se deva, por princípio, insistir em que, também no Estado social moderno, permaneça sendo decisão inquestionável do legislador se e em que medida ele quer garantir direitos de participação nos limites da Administração envolvida no assunto, ainda podem, sim, ser deduzidas pretensões jurídicas ao acesso a essas instituições a partir do princípio da igualdade c.c. Art. 12 I GG e com o princípio do Estado social, desde que o Estado tenha criado certas instituições de ensino. Isso vale principalmente onde o Estado – como na área do ensino superior – fez uso de um monopólio fático, não arbitrariamente disponível, e onde – como na área da formação em profissões acadêmicas – a participação em prestações estatais for ao mesmo tempo pressuposto necessário da realização dos direitos fundamentais. Aqui, em um Estado

de direito e social de liberdade (*freiheitlicher Rechts- und Sozialstaat*), não mais pode confiar-se à livre decisão dos órgãos estatais delimitar a seu bel prazer o círculo dos favorecidos e excluir uma parte dos cidadãos das vantagens, principalmente porque isso, em sede de resultado, implicaria em um direcionamento profissional. Pelo contrário, decorre aqui, do fato de o Estado oferecer prestações, um direito de todo cidadão qualificado para o ensino superior de participar, a princípio igualmente, da chance de vida oferecida. O Art. 12 I GG c.c. Art. 3 I GG e com a ordem do Estado social, garante, portanto, um direito do cidadão que preencha os requisitos subjetivos à admissão no curso universitário de sua escolha.

2. Segundo opinião geral, esse direito à admissão à universidade deve ser, coerentemente à sua natureza, desde o início limitado exclusivamente a um direito de participação em cursos universitários [já] existentes. Contrapondo-se a tal opinião, o Tribunal Administrativo de *Hamburg*, em sua apresentação (*Vorlagebeschluss*), parte de um dever de expansão da capacidade de formação, concluindo a partir disso que a ordem de um *Numerus Clausus* absoluto para ingressantes somente restaria fundamentada se, no mínimo, concomitantemente, fosse previsto o cumprimento daquele dever [de expansão das vagas, n.org.] dentro de determinados prazos. Por ambas as opiniões, alguns aspectos que são essenciais para a proteção do direito fundamental no presente contexto foram, todavia, negligenciados:

A problemática de limitações absolutas é caracterizada pelo fato de que a capacidade disponível não é suficiente para alocar todos os devidamente qualificados ao ensino superior. Se a análise constitucional for restringida desde o início à participação naquilo que já existe, ela perderia daí o cerne das dificuldades. Enquanto que, no caso normal da participação nos benefícios do Estado social, nomeadamente junto a vantagens financeiras, conseqüências posteriores de uma limitação a meios disponíveis podem ser razoavelmente absorvidas pela via da redistribuição, o *Numerus Clausus* absoluto conduz à crassa desigualdade de que parte dos candidatos tudo recebe e outra parte – ao menos, por um período mais ou menos longo e possivelmente decisivo para a tomada da decisão [profissional] definitiva – nada recebe. Se o número das pessoas recusadas aumentar excessivamente, como no caso do curso de medicina, até muito além da metade dos candidatos, o direito protegido constitucionalmente de admissão restará ameaçado de tornar-se inócuo. Em virtude desses efeitos, não se pode negar que o *Numerus Clausus* absoluto se encontre à margem do

constitucionalmente aceitável. Como tais efeitos somente poderão ser enfrentados de forma sustentável por meio da expansão da capacidade, poder-se-ia questionar se decorreria das decisões axiológicas de direitos fundamentais e do uso do monopólio de formação um mandamento constitucional objetivo próprio [do princípio] do Estado social, de prover capacidades de formação suficientes para as diferentes disciplinas universitárias. Aqui não é necessário decidir se essa questão haveria de ser respondida afirmativamente e se desse mandamento constitucional poderia ser derivado, sob pressupostos especiais, um direito individual do cidadão imponível judicialmente à criação de vagas de estudo. Isso porque só se falaria em conseqüências constitucionais no caso de evidente violação daquele mandamento constitucional. Hoje, uma tal violação não pode ser verificada na área do estudo de medicina:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. A ele compete também a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior, devendo se atentar para o fato de que ampliação e novas construções de instituições de ensino superior fazem parte, consoante o Art. 91a GG, das tarefas em prol da coletividade a serem cumpridas em atuação conjunta da União e dos Estados-membros. Junto a tais decisões, os órgãos estatais competentes deverão se orientar, de um lado, pelas reconhecíveis tendências de demanda por vagas no ensino superior, pois uma orientação exclusiva por investigações de necessidade, de qualquer forma difíceis de serem realizadas, poderia provocar direcionamento profissional e exame de necessidade não permitidos, e na qual restaria reduzido o significado da livre auto-determinação enquanto elemento constitutivo de um ordenamento de liberdade. Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual freqüentemente flutuante e influenciável por variados fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo,

não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a idéia do Estado social. Como o Tribunal Constitucional Federal repetidas vezes enfatizou em relação ao direito fundamental da liberdade geral de ação (cf. BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 344 [351]), a *Grundgesetz* decidiu a tensão indivíduo-coletividade na acepção de dependência da e vinculação com a coletividade da pessoa (*Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit*); o indivíduo deve, por isso, tolerar aqueles limites à sua liberdade de ação que o legislador prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível, contanto que permaneça protegida a individualidade da pessoa. Essas considerações são válidas principalmente no campo da garantia de participação em benefícios estatais. Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade. Não se pode, portanto, proibir ao legislador que ele também se oriente pela necessidade urgente de pessoal nas diferentes profissões, contanto que não seja possível cobrir demanda individual e necessidade social geral por meio da orientação estudantil [oferecida a estudantes e candidatos nas universidades].

Com base nesses critérios, uma violação constitucional não pode ser constatada. A obrigação de fazer rapidamente o necessário na medida do possível não é negada por nenhum responsável nos órgãos estatais. No § 2 da lei de fomento à construção de universidades (*Hochschulbauförderungsgesetz*) foi reconhecido expressamente que a União e os Estados-membros, “no cumprimento das tarefas públicas de expansão e construção de novas instituições científicas do ensino superior, devem trabalhar no sentido da criação de um sistema universitário de cursos, número, tamanho e localização”, “por meio do qual é garantida uma oferta suficiente e balanceada de vagas de pesquisa e formação”. No que tange ao cumprimento dessa obrigação, segundo a opinião geral, a situação emergencial atual não se deve apenas a dificuldades objetivas, mas também ao fato de que a demanda ainda mais forte provada pela propaganda educacional não foi correspondida por medidas adequadas de expansão física e de reforma acadêmica. Não obstante, já no passado fora utilizada uma parte considerável dos recursos disponíveis justamente para a expansão dos muito dispendiosos institutos de medicina. Desde o reconhecimento das dificuldades, foram implementados grandes

esforços para sua superação, devendo-se aqui fazer menção ao primeiro plano de ação (*Rahmenplan*) feito depois da lei de fomento à construção de universidades. Para os Estados-membros *Hamburg* e Baviera, acrescenta-se que aqui o percentual [de estudantes] no número total de estudantes de medicina é mais alto do que o percentual [de habitantes] no número de habitantes da República Federal [da Alemanha].

3. Se, de acordo com as considerações acima, o exposto reconhecimento legal da obrigação de *expandir* as capacidades de formação dentro de prazos não representa, no presente momento, um pressuposto de admissão para o *Numerus Clausus* absoluto ordenado constitucionalmente, então se deve exigir mais rapidamente que o acesso às instituições de ensino superior já *existentes* possa ser limitado somente mediante a presença de estritos pressupostos jurídicos formais e materiais.

a) Que o direito dos candidatos habilitados à admissão ao curso superior de sua escolha seja restringível se depreende – na medida em que esse direito é protegido no Art. 12 I GG – já da reserva de regulamentação no 2º período [Art. 12 I 2 GG]. Ela compreende também o direito de livre escolha dos locais de formação, como já comprova sua interpretação histórica. (...). Também da já mencionada unidade do Art. 12 I GG, conclui-se que a reserva de regulamentação não se refere apenas ao exercício da profissão, alcançando também, de acordo com a sua natureza, a escolha profissional (assim já em BVerfGE 7, 377 [402 *et seq.*]), e também a escolha do local da formação que antecede a escolha profissional. Se a pretensão jurídica da admissão universitária for entendida como direito (social) de participação a prestações (benefícios) estatais, então sua restringibilidade decorre do fato de os direitos de participação – como já mencionado – serem submetidos à reserva do possível, e necessariamente terem que ser regulamentados.

b) Assim, as limitações por princípio permitidas do direito à admissão são fundamentadas constitucionalmente apenas [se implementadas] por meio de lei ou com base na lei. (...). Na medida em que a autorização para tais limitações deve ser inferida da reserva de regulamentação no Art. 12 I 2 GG, a exigência formal mencionada decorre imediatamente desse dispositivo constitucional. Se até as regulamentações do exercício da profissão lá mencionadas necessitam de um fundamento legal, então muito mais necessitam de fundamento legal tais limitações da livre escolha dos locais de formação, os quais podem atingir a liberdade de escolha profissional. Se o direito à admissão nas instituições de ensino superior já existentes é entendido como direito

de participação, nada diferente decorre nesse contexto. Aqui também pode restar em aberto se os princípios relativos ao Estado de direito da reserva legal e de legalidade da ação estatal valem regularmente apenas para a Administração interventiva, e não, da mesma forma, para a Administração de prestação (cf. sobre isso BVerfGE 8, 155 [167 s.]), uma vez que aqui um fundamento legal é necessário, porque a participação nas prestações estatais significa o pressuposto necessário para a realização de direitos fundamentais. Aqui o próprio legislador, como aquele de cujas decisões depende a extensão da oferta de prestação, deve chamar para si a responsabilidade de ter de limitar o número dos favorecidos como consequência de capacidades insuficientes, aceitando vultosos tratamentos desiguais.

c) Do ponto de vista jurídico material, concluiu-se das considerações feitas até aqui que às limitações absolutas de admissão devem ser feitas exigências rigorosas³¹⁷. Conforme a chamada teoria dos degraus (*Stufentheorie*) do Tribunal Constitucional Federal (cf. BVerfGE 7, 377 [401 *et seq.*]; 30, 292 [315 *et seq.*]), o poder regulamentar, segundo o Art. 12 I GG, deve ser tão mais limitado quanto mais ele atingir também a liberdade de escolha profissional. Uma vez que também a posterior escolha profissional depende da escolha do curso de formação e como um *Numerus Clausus* absoluto para um determinado curso, baseado no esgotamento da capacidade de formação pelas instituições, corresponde a um pressuposto objetivo de admissão na acepção da teoria dos degraus (*Stufentheorie*) (cf. BVerfGE 7, 377 [407 s.]), uma ordem estatal somente pode ser permitida, segundo os princípios gerais desenvolvidos para o Art. 12 I GG, se for para a defesa contra grandes perigos, comprovados ou muito prováveis, que ameacem um bem coletivo extremamente importante, e somente sob a estrita observância do princípio da proporcionalidade, ainda que os efeitos colaterais imagináveis – como: migração para outros cursos e debandada para o exterior – não possam deixar de ser considerados. Visto sob a perspectiva do pensamento do direito de participação orientado pelo princípio da igualdade, surgem exigências ainda mais rigorosas, já que limitações de admissão do tipo ora em pauta podem significar a distribuição de chances biográficas.

Assim, um *Numerus Clausus* absoluto para ingressantes na universidade somente será constitucional, segundo o estágio das experiências realizadas, quando ele:

³¹⁷ Essa expressão, comum na jurisprudência do TCF, significa que, para que o ato objeto do exame possa ser considerado constitucional, muitas condições têm que ser atendidas.

(1.) for prescrito nos limites do estritamente necessário, sob a utilização exaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes de formação (cf. sobre isso abaixo: II), e quando

(2.) a escolha e a distribuição ocorrerem segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato em si qualificado ao ensino superior e com o maior atendimento possível à escolha individual do local de formação (cf. sobre isso: abaixo III) (...).

II. – IV. (...)

(ass.) *Benda, Ritterspach, Dr. Haager, Rupp-v. Brünneck, Dr. Böhmer, Dr. Faller, Dr. Brox, Dr. Simon*

80. BVERFGE 98, 169

(ARBEITSPFLICHT)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial /

Reclamação Constitucional contra ato normativo /

Controle concreto

11/03/1998

MATÉRIA:

Trata-se de 4 Reclamações Constitucionais e de uma Apresentação proposta pelo juízo de primeira instância (*Amtsgericht*) de *Brandenburg an der Havel*, que questionavam a constitucionalidade, principalmente em face do Art. 12 III GG, de dispositivos da Lei de Execuções Penais que previam o **trabalho obrigatório** (*Arbeitspflicht*) para detentos como medida de re-socialização. Muito se discutiu nesta decisão a necessidade do pagamento de um valor adequado à prestação do trabalho como medida eficaz à re-socialização do detento.

O TCF julgou improcedentes as quatro Reclamações Constitucionais. Nelas, os reclamantes alegavam, em suma, violação de seus direitos fundamentais, entre eles, do Art. 12 GG pelos dispositivos legais em pauta e por decisões judiciais que não atenderam seus pedidos de pagamento de salários e “verbas rescisórias” equivalentes às de qualquer trabalhador comum.

Porém, com base no controle concreto, o TCF julgou alguns dispositivos da Lei de Execuções Penais como compatíveis, outras como incompatíveis e uma terceira categoria de dispositivos da lei

(especificamente o § 200 I StVollZG) como aplicáveis somente até o dia 31 de dezembro de 2000, prazo para que o legislador aprove uma nova regra em plena consonância com a *Grundgesetz*.

1. A *Grundgesetz* obriga o legislador a desenvolver um modelo eficaz de re-socialização e a construir uma execução penal nele baseada. Junto a essa obrigação, é-lhe aberta uma ampla margem de conformação.

2. a) O trabalho na execução penal, atribuído aos detentos como trabalho obrigatório, somente será um meio eficaz de re-socialização se o trabalho prestado receber reconhecimento apropriado. Esse reconhecimento não precisa ser necessariamente do tipo financeiro. Ele deve, contudo, ser apto a tornar claro ao detento o valor do trabalho regular para uma vida futura autônoma e livre, em forma de uma vantagem a ele palpável.

b) Um modelo legal de re-socialização por meio do trabalho obrigatório que seja somente ou em grande parte remunerado na forma financeira somente poderá ser considerado uma contribuição para a re-socialização prescrita constitucionalmente, se ao detento restar, por meio do montante da remuneração a ele devida, minimamente claro que o trabalho assalariado é significativo para a construção de uma base econômica de sobrevivência.

3. O Art. 12 III GG limita o trabalho forçado permitido às instituições ou funções junto às quais as autoridades públicas da execução penal fiquem com a responsabilidade jurídico-administrativa pelos detentos a elas confiados.

Decisão (*Urteil*) do Segundo Senado de 1º de julho de 1998

com base na audiência de 11 de março de 1998

– 2 BvR 441, 493/90, 618/92, 212/93 e 2 BvL 17/94 –

(...)

RAZÕES:

A.

As Reclamações Constitucionais conexas para decisão conjunta e o processo de controle de normas dizem respeito à extensão do trabalho obrigatório na execução penal, à apuração da remuneração para o desempenho de trabalho

designado e à posição dos detentos e dos reclusos em termos do direito de seguridade social.

I. – V. (...)

B. I. – III. (...)

C. – I.

(...)

1. A Constituição manda que a execução penal tenha por objetivo a re-socialização dos detentos. Cada detento tem, segundo o Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG, uma pretensão jurídica de direito fundamental a que as medidas atendam a esse objetivo.

Para a pena privativa de liberdade, junto a qual o poder estatal determina, em grande medida, as condições da administração individual da própria vida, o mandamento de re-socialização ganha uma grande importância. O Tribunal Constitucional Federal desenvolveu esse mandamento a partir do auto-entendimento de uma comunidade jurídica que coloca a dignidade humana como ponto central de seu ordenamento axiológico e que é obrigada à observância do princípio do Estado social. A capacidade e a vontade de uma administração responsável da própria vida devem ser transmitidas ao detento. Ele deve, no futuro e sob as condições de uma sociedade livre, ser capaz de se postar sem ferir o ordenamento jurídico, aproveitando suas oportunidades e superando seus riscos. A re-socialização serve também à proteção da própria comunidade. Esta tem um interesse próprio imediato em que o condenado não venha a ser reincidente e novamente prejudique seus co-cidadãos e a comunidade (cf. BVerfGE 35, 202 [235] – *Lebach*). (...).

(...).

2. O mandamento constitucional de re-socialização é vinculante para todo o poder estatal. Ele se dirige primeiramente ao Legislativo, ao qual incumbe a tarefa de conformar normativamente a execução penal (cf. BVerfGE 33, 1 [10 s.]). Ele obriga o legislador a desenvolver um modelo eficaz de re-socialização e a construir uma execução penal nele baseada. O mandamento constitucional de re-socialização tem, com certeza, um significado também para a Administração e o Judiciário quando se interpretam conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, ou quando o legislador transfere às autoridades da execução uma certa discricionariedade em relação às consequências jurídicas.

3. O mandamento constitucional de re-socialização não obriga o legislador à adoção de um modelo determinado de regulamentação; pelo contrário, é-lhe aberta uma ampla margem de conformação para que ele possa desenvolver um modelo eficaz. O legislador pode, a partir da avaliação de todos os reconhecimentos que lhe estão à disposição, quais sejam: nas áreas da antropologia, criminologia, terapia social e economia, chegar a uma regulamentação que – também sob a consideração dos custos dela decorrentes – esteja em harmonia com a importância e a emergência de outras tarefas estatais (cf. BVerfGE 82, 60 [80]; 90, 107 [116]; 96, 288 [305 s.]).

4. O trabalho na execução penal, atribuído aos detentos como trabalho obrigatório, só poderá ser considerado um meio eficaz de re-socialização quando o trabalho prestado receber um reconhecimento apropriado. Esse reconhecimento não precisa ser necessariamente do tipo financeiro. Mal ele deve ser adequado a tornar claro ao detento o valor do trabalho regular para uma vida futura autônoma e livre, na forma de uma vantagem para ele palpável. Somente quando o detento puder realizar uma tal prestação de trabalho como uma experiência significativa, poderá o legislador pressupor que, por meio da obrigação ao trabalho, uma maior desagregação social do detento será contra-atacada, podendo este, junto ao desenvolvimento de suas capacidades profissionais, assim como junto ao desenvolvimento de sua personalidade, firmar uma relação positiva com o trabalho.

a) A exigência do mandamento de re-socialização, segundo o qual o trabalho deve ser adequadamente reconhecido, coloca-se aqui apenas para aqueles detentos aos quais um trabalho ou uma outra ocupação é atribuído ou agregado, ou aqueles que foram obrigados a uma atividade de auxiliar (trabalho obrigatório). Parâmetros especiais valem para os detentos aos quais nenhum trabalho foi atribuído, porque eles receberam a oportunidade de formação profissional, de aperfeiçoamento profissional ou de participação em outras medidas de formação ou aperfeiçoamento (cf. § 37 III StVollzG) ou para a finalização do ensino fundamental (cf. § 38 StVollzG), ou porque serão ocupados em trabalhos terapêuticos (cf. § 37 V StVollzG).

b) O trabalho na execução penal prepara para a vida econômica em liberdade, sobretudo quando ele é reconhecido por meio de uma remuneração. No entanto, a vantagem a ser recebida pelo trabalho prestado pode se revestir de diversas formas. Reconhecimento não é apenas um conceito monetário. A sociedade moderna depende justamente de que o trabalho prestado voluntariamente ou também atribuído seja reconhecido de outras formas que

não a financeira. Mas o reconhecimento como um todo tem que ser adequado. Na execução penal vêm ao caso, ao lado ou no lugar de uma remuneração em dinheiro, por exemplo, também a criação de uma reversão (*Anwartschaft*) previdenciária ou ajudas para a amortização de dívidas. Na conformação da execução penal e da preparação para a soltura, o legislador pode desenvolver novas formas de reconhecimento do trabalho obrigatório – também com a inclusão de iniciativas privadas. No mais, ele não seria proibido de prever um reconhecimento apropriado do trabalho, de forma a que o detento pudesse, por meio de trabalho, diminuir o tempo (“*good time*”) ou, de outra forma, facilitar o cumprimento da pena – contanto que motivos de prevenção geral ou especial a isso não se contraponham.

5. Um modelo legal de re-socialização por meio do trabalho obrigatório que seja somente ou em grande parte remunerado na forma financeira (cf. § 43 StVollzG) somente poderá ser considerado uma contribuição para a re-socialização prescrita constitucionalmente se ao detento restar, por meio do montante da remuneração a ele devida, minimamente claro que o trabalho assalariado é significativo para a construção de uma base econômica de sobrevivência. Não obstante, o legislador poderá, ao regulamentar o que seja apropriado, levar em consideração as condições típicas da execução penal, especialmente sua distância do mercado. Os custos do trabalho de detentos para as empresas e a concorrência de outras possibilidades de produção fazem diferença em face de cada mercado de trabalho. Por isso, o legislador tem aqui uma ampla margem para sua avaliação.

a) (...).

b) Se o legislador se decide por um sistema de pagamento financeiro, então não lhe é, em princípio, proibido prever também uma contribuição de custo prisional. O mandamento de remunerar adequadamente o trabalho em princípio não representa um óbice à cobrança de uma contribuição de custo prisional (por deduções para a acomodação e alimentação). O mandamento de re-socialização exige, entretanto, na situação típica para o detento, uma compensação no antagonismo entre o interesse estatal na cobertura dos custos e os interesses econômicos do detento. Isso implica em uma regulamentação legal, na qual uma contribuição de custo prisional seja de tal sorte estimada que reste ao detento uma determinada quantia.

6. (...).

II.

Se o legislador incluir o trabalho em seu modelo de re-socialização e prever que o detento deva realizar trabalho a ele atribuído, então ele deve observar o Art. 12 III GG junto à atribuição de trabalho obrigatório. A autorização contida nessa norma limita o trabalho forçado permitido às instituições e funções junto às quais as autoridades públicas da execução penal fiquem com a responsabilidade jurídico-administrativa pelos detentos a elas confiados.

(...).

O constituinte, na outorga da autorização do Art. 12 III GG, partiu das formas tradicionais de trabalho na execução penal. Deveria continuar sendo possível conformar coerentemente a execução penal por meio da ocupação do trabalho e, com isso, contribuir para a re-socialização do detento. A base jurídica não deveria ser retirada das medidas práticas nessa área que deram resultado no passado (cf. BVerfGE 74, 102 [115 *et seq.*] com maiores indicações sobre a história da origem do Art. 12 II e III GG; cf. também BVerfGE 83, 119 [126 s.]).

1. O conteúdo da exceção permitida pelo Art. 12 III GG da proibição do trabalho forçado, portanto, pode ser deduzido das formas tradicionais do trabalho na execução [penal]. A tradição de Estado de direito dessas formas é marcada pelo princípio de que o trabalho dos detentos é realizado sob a responsabilidade jurídico-administrativa das autoridades da execução, submetendo-se à sua fiscalização. Uma “coisificação” dos detentos, na qual esses são deixados à responsabilidade de terceiros para o propósito da prestação do trabalho, não corresponde à imagem tradicional do trabalho obrigatório (...).

2. (...).

III. – V. (...)

D.

(...)

(ass.) *Limbach, Grabhof, Kruis, Kirchhof, Winter, Sommer, Jentsch, Hassemer*

Opinião discordante do juiz *Kruis* sobre a decisão (*Urteil*) do

Segundo Senado de 1º de julho de 1998

— 2 BvR 441, 493/90, 618/92, 212/93 und 2 BvL 17/94 —

(...)

(ass.) *Kruis*