

§ 4.

Quanto à ordem econômica constitucional

NOTA INTRODUTÓRIA:

A questão da ordem econômica prescrita pela *Grundgesetz* tem sido resolvida com base em uma sempre afirmada neutralidade político-econômica da *Grundgesetz*, a despeito de o claro dispositivo do Art. 20 consagrar o princípio do Estado social. Mas o princípio do Estado social não é o único a influenciar a constituição da ordem econômica, não indicando a escolha de um modelo econômico próprio de uma determinada política econômica. No mesmo patamar hierárquico está o princípio do Estado de direito e a outorga de direitos fundamentais clássicos de cunho liberal como a liberdade profissional (empresarial) do Art. 12 I GG e o direito de propriedade do Art. 14 I GG. Ambos foram outorgados, porém, por sua vez, com limites; o segundo, sobretudo, encontra um limite qualificado pela determinação do vínculo (social) da propriedade.

Assim, a escolha de um modelo econômico pertence à instância política. Toda vez que a execução do modelo escolhido se chocar contra dispositivo constitucional, o TCF poderá então ser chamado a cercear a vontade do legislador.

A decisão abaixo é bastante significativa para ilustrar esse ideal de neutralidade. Todavia, entre outros muitos temas de elevada relevância, ela trata: a) dos parâmetros do controle de decisões sobre prognósticos do legislador

a ser feito pelo TCF, b) do significado dos direitos fundamentais enquanto direitos de resistência e enquanto princípios ou preceitos normativos objetivos (caráter ou dimensão objetiva dos direitos fundamentais), c) do significado da propriedade enquanto outorga de liberdade e enquanto reserva de uso privado de seu objeto, d) da liberdade de conformação legislativa na interpretação do vínculo e função sociais da propriedade, e) da liberdade de associação²¹⁶ como direito individual e coletivo, f) do princípio da livre associação e auto-determinação como âmbitos nucleares da liberdade de associação, g) da proteção de direito fundamental da liberdade de empreendimento econômico do indivíduo etc.

8. BVERFGE 50, 290

(MITBESTIMMUNGSGESETZ)

Reclamação Constitucional contra ato normativo / Reclamação Constitucional contra decisão judicial / Controle concreto

01/03/1979

MATÉRIA:

Trata-se de uma decisão (*Urteil*) que definiu, em suas quase 100 páginas (BVerfGE 50, 290 – 381) o direito dos trabalhadores à **co-gestão** (*Mitbestimmung*) da empresa ao confirmar a constitucionalidade da lei que criara tal direito (*Mitbestimmungsgesetz - MitbestG*), promulgada a 4 de maio de 1976. A *MitbestG* derogou os dispositivos sobre a representação dos empregados nos conselhos de fiscalização, ampliando-a, em seu § 7, de um terço para a metade naquelas empresas com mais de 2000 empregados e organizadas como sociedades anônimas, em comandita ou de responsabilidade limitada. Atingida foi, sobretudo, a gigante indústria metalúrgica alemã.

Contra os dispositivos mais polêmicos da lei que iam de encontro aos interesses das empresas e dos empregadores (além do já mencionado § 7, o § 27 que definia as regras da eleição do presidente e vice-presidente do

²¹⁶ Por isso, essa decisão (outros excertos) aparecerá também no respectivo capítulo sobre a liberdade de associação profissional (Art. 9 III GG). Cf., abaixo, **Decisão 67**.

conselho – maioria qualificada de dois terços –, o § 29 I que definia maioria simples para as decisões do conselho, o § 31 e o § 33), várias empresas e entidades representativas dos empregadores ajuizaram reclamações constitucionais por entenderem que a lei feria vários de seus direitos fundamentais, a saber: os direitos fundamentais do Art. 14 I 1, Art. 9 I, Art. 12 I, Art. 2 I e Art. 9 III GG. Algumas reclamações voltavam-se já contra decisões judiciais que aplicavam tais dispositivos. Também foi julgada conjuntamente uma apresentação judicial (controle concreto) proposta por decisão (*Vorlagebeschluss*) de 10 de abril de 1978 do Tribunal Estadual de *Hamburg*.

O TCF considerou presentes os pressupostos e condições de todas as reclamações e da proposição do controle concreto. As reclamações foram julgadas todas improcedentes. A partir do controle concreto proposto, o TCF declarou a constitucionalidade dos §§ 7, 31 MitbestG.

A ampliada participação dos empregados na gestão da empresa, segundo a Lei de Participação (*Mitbestimmungsgesetz*) de 4 de maio de 1976, é compatível com os direitos fundamentais das sociedades, dos acionistas e das associações dos empregadores.

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 1º de março de 1979 prolatada na audiência de 28, 29 e 30 de novembro e 1º de dezembro de 1978 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 e BvL 21/78 –
(...)

RAZÕES

A.

I. – IV. (...)

B.

As Reclamações Constitucionais e a apresentação judicial do tribunal estadual são admitidas.

I. – IV. (...)

C.

As Reclamações Constitucionais não são procedentes. As normas examinadas da lei de participação são compatíveis com a *Grundgesetz*.

I.

(...)

II.

Parâmetros do exame de constitucionalidade são aqueles direitos fundamentais individuais que marcam as condições e limites constitucionais da liberdade de conformação do legislador junto à introdução de uma participação ampliada [dos empregados na gestão das empresas]. Tais condições e limites não podem ser interpretados sem se observar as intersecções, complementações e conexões entre suas áreas de proteção e as áreas de proteção de outros direitos fundamentais e [também] não sem a observância dos princípios que sustentam a *Grundgesetz*. [Não obstante], quando o reclamante e o parecer de *Köln* (da cidade de Colônia) vão além disso, fundamentando sua análise constitucional nos parâmetros de exame mais amplos de uma “coesão institucional da Constituição econômica” e de uma “coesão da proteção e da ordem dos direitos fundamentais”, eles não contam [mais] para tanto com o respaldo na *Grundgesetz*. (...).

1. A *Grundgesetz*, que se limitou em seu primeiro capítulo aos direitos fundamentais clássicos, não contém nenhuma fixação ou garantia imediata de uma determinada ordem econômica. Diferentemente da Constituição de Weimar (Art. 151 *et seq.*), a *Grundgesetz* também não normatizou princípios constitucionais concretos para a configuração da ordem econômica. Ao contrário, ela deixa tal configuração ao legislador, que, considerando os limites a ele impostos pela mesma *Grundgesetz*, é livre para decidir [que modelo econômico irá adotar, n. org], sem que necessite de uma legitimação mais ampla do que a sua legitimação democrática geral. Uma vez que tal tarefa legislativa de configuração, bem como a garantia dos direitos fundamentais, diz respeito aos elementos constitutivos da Constituição democrática, ela não pode ser limitada em virtude de uma interpretação dos direitos fundamentais que vá além do que prescrevem os direitos fundamentais individualmente considerados. Assim, cabe aos direitos fundamentais individualmente considerados o mesmo significado que lhes cabe em outros contextos: Consoante sua história e seu conteúdo atual, os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos individuais, direitos humanos e direitos do cidadão, que têm por objeto a proteção de áreas concretas e especialmente sensíveis da liberdade humana. A função dos direitos fundamentais como princípios objetivos está presente no reforço principiológico de sua força normativa (BVerfGE 7, 198 [205] – *Lüth*), tendo suas raízes, contudo, nesse significado original (cf. em relação à propriedade: BVerfGE 24, 367 [389] – *Hamburgisches Deichordnungsgesetz*). Por isso, esta função objetiva não pode

ser separada do núcleo peculiar aos direitos fundamentais, o que a levaria a tornar-se uma estrutura autônoma de normas objetivas, na qual o sentido original e permanente dos direitos fundamentais restaria ao cabo perdido. O reconhecimento indelével que ora surge tem um significado essencial para a questão da constitucionalidade de leis que configuram a ordem econômica: sob o ponto de vista dos direitos fundamentais, um tal significado é a defesa da liberdade do indivíduo, a qual o legislador também, junto à determinação da ordem econômica, deve respeitar. A questão da constitucionalidade não pressupõe uma “coesão institucional da Constituição econômica”, que se fundamenta por meio de objetivações tornadas autônomas, que vão além do conteúdo de direito subjetivo dos direitos fundamentais. Também não pressupõe algo mais além do que garantem seus elementos constitucionais da “coesão da ordem e proteção dos direitos fundamentais”.

Corresponde a este reconhecimento a expressão do Tribunal Constitucional Federal quando afirma que a *Grundgesetz* é neutra do ponto de vista político-econômico: O legislador pode perseguir qualquer política econômica que lhe pareça apropriada, contanto que ele respeite a *Grundgesetz*, sobretudo os direitos fundamentais (BVerfGE 4, 7 [17 s.] – *Investitionshilfegesetz*). A ele é dada, portanto, uma ampla margem de configuração [poder discricionário legislativo] (cf. BVerfGE 7, 377 [400] – *Apotheker*, 25, 1 [19 s.] – *Mühlengesetz*, 30, 292 [317, 319] – *Erdölbevorratung*). O elemento de relativa abertura da ordem constitucional que ora aflora é importante, a fim de que, por um lado, se atente para a transformação histórica que caracteriza, em grande medida, a vida econômica, e, por outro, não se coloque em risco a força normativa da Constituição. Todavia, a observância da margem de configuração do legislador não pode levar a uma redução do que, a despeito de quaisquer transformações, a Constituição pretende garantir de maneira imutável, ou seja, ela não pode levar a uma redução das liberdades individuais que são garantidas nos direitos fundamentais individuais, sem as quais uma vida com dignidade humana não é possível, segundo a concepção da *Grundgesetz*. A tarefa [do controle de constitucionalidade] consiste, portanto, em unir a liberdade fundamental própria da configuração político-econômica e político-social, que deve permanecer reservada ao legislador, com a proteção da liberdade, à qual o indivíduo tem direito justamente também em face do legislador (BVerfGE 7, 377 [400]).

2. (...).

III. – V. (...).

(ass.) Dr. Benda, Dr. Haager, Dr. Böhmer, Dr. Simon, Dr. Faller, Dr. Hesse,
Dr. Katzenstein, Dr. Niemeyer