ESTADO SOCIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

Astrid Wallrabenstein

Juíza do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Professora Catedrática de Direito Social da Faculdade de Direito da Universidade de Frankfurt am Main.

Tradução de Ramon da Silva Sandi, Mestrando em Direito no PPGD da Escola de Direito da PUCRS, bolsa Capes/Proex.

Resumo: A República Federal da Alemanha, numa comparação internacional, é orientada sob a perspectiva de um Estado Social ou Welfare State que, particularmente, à luz da tradição jurídica angloamericana, é deveras social e pouco liberal. Essa perspectiva também é confirmada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (doravante, TCFA). No entanto, por meio da análise deste texto, mostrar-se-á que "o princípio do Estado Social", geralmente considerado com fundamento no artigo 20, I e no artigo 28, Il da Lei Fundamental como princípio constitucional, é usado pelo TCFA em uma medida muito menor do que provavelmente era esperado quando a Lei Fundamental foi criada. O argumento é topológico, ou seja, analisa-se tal conceito com base na localização no texto constitucional (Argumentationstopos). Na verdade, o TCFA confirmou que "o princípio do Estado Social" também é um princípio jurídico-constitucional, mas dele não exsurge um conteúdo específico, deixandose, assim, a concretização do seu conteúdo para o legislador infraconstitucional (veja 1). Entretanto, isso não impediu que a jurisprudência sobre as dimensões sociais dos direitos fundamentais tivesse grande importância para o desenvolvimento do Estado Social da República Federal alemã. A construção dogmática de uma ordem objetiva de valores e a tendência de se evitar o uso do termo "social", privilegiando-se as nocões de participação, proteção ou dimensão dos direitos fundamentais, fez com que estas últimas se tornassem um componente central da dogmática dos direitos fundamentais. Assim, a falta de um catálogo de direitos fundamentais sociais na Lei Fundamental alemã - que, diga-se de passagem, costuma ser enfatizada na comparação internacional - numa perspectiva formal está correta. Por outro lado, numa perspectiva material, é possível afirmar que na jurisprudência do TCFA se encontra desenvolvida o que se poderia chamar de uma dimensão social em matéria de direitos fundamentais. No entanto, a esperança ou o medo (dependendo da perspectiva) de que os cidadãos se ampararem nessa dimensão social extraída da Lei Fundamental pelo TCFA, de modo a obter benefícios deveras abrangentes, com o fundamento da proteção dos direitos fundamentais, é algo injustificável (veja 2).

Palavras-chave: Estado Social. Estado de Bem-Estar Social. Direitos sociais. Direitos fundamentais. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Sumário: 1 Fundamentos do "Estado Social Constitucional" nas primeiras decisões – **2** Direitos fundamentais sociais? – **3** Conclusão – Referências

1 Fundamentos do "Estado Social Constitucional" nas primeiras decisões

O Estado Social é um princípio que vincula e tem um conteúdo aberto (também) para o legislador. Esse princípio possui como base um entendimento material do Estado de Direito e apresenta-se como uma exigência para o desenho do Estado Social. Seus principais elementos podem ser encontrados nas três¹ primeiras decisões do BVerfG a seguir elencadas.

1.1 Assistência às vítimas da guerra (Kriegsopferversorgung)

Já no primeiro volume das decisões do TCFA sobre a primeira reclamação constitucional admitida, de dezembro de 1951,² o TCFA, sem que a proposição tivesse sido sugerida na reclamação constitucional, recorreu à "volta do 'Estado Federal Social' no artigo 20 da Lei Fundamental". Depois de reconhecer no art. 1º, I (dignidade humana) apenas a proteção contra a agressão de terceiros e no art. 2º, I (liberdade geral de ação – *allgemeine Handlungsfreiheit*) da Lei Fundamental, apenas direitos negativos, a Corte afirmou:

Isso não significa que o indivíduo não tenha nenhum direito assistencial emanado da Constituição. Embora a expressão "Estado social" não se refira a direitos fundamentais, mas sim esteja catalogado no artigo 20 – no capítulo referente ao âmbito federal e dos Estados – esse artigo contém, no entanto, um compromisso com o Estado Social, que pode ser decisivo na interpretação da Lei Fundamental, assim como também na interpretação de outras leis.

Especificamente ALEMANHA. Primeiro Senado BVerfG. 20.7.1954. BVerfGE, v. 4, 7 et seq. ("Investitionshilfegesetz"); abstellend: MEINEL, Florian. Verteilung als Verfassungsfrage. Zur Entwicklung einer Problemstellung. In: BOYSEN, Sigrig; KAISER, Anna-Bettina; MEINEL, Florian (Org.). Verfassung und Verteilung: Beiträge zu einer Grundfrage des Verfassungsverständnisses. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 19: nessa decisão, o TCFA assentou que "o Constituinte não optou expressamente por um determinado sistema econômico", permitindo que o legislador tenha uma margem para decidir a substituição ou mudança de políticas econômicas e sociais. Para a escolha aqui feita, vide o "Relatório" feito por WEBER, Werner. Die Verfassungsrechtlichen Grenzen Sozialstaatlicher Forderungen. Der Staat 4, n. 4, p. 409-439, 1965. p. 419 et seq.

ALEMANHA. Primeiro Senado BVerfGE. 19.12.1951. BVerfGE, v. 1, 97 et seq. ("Hinterbliebenenrente"): a viúva, em situação de invalidez, com três filhos menores, perdeu seu marido que era advogado, durante a guerra. Ela considerou as pensões sob a Lei Federal de Pensão muito baixas, porque eram, por um lado, só um pouco maiores do que a pensão de três órfãos e, por outro lado, inferiores aos direitos de pensão "adequados", referentes aos direitos de funcionários públicos ou sobreviventes.

³ BVerfGE, v. 1, 97 et seq., op. cit., p. 105.

Note-se, contudo, que somente o legislador pode fazer o essencial para a realização do Estado Social, sendo, certamente, sob a perspectiva constitucional, obrigado, em particular, a conciliar os interesses conflitantes e a criar condições de vida toleráveis para todos os necessitados que padeceram sob as consequências do regime de Hitler. Não obstante, é cabível reclamação Constitucional somente se o legislador arbitrariamente, ou seja, sem razão objetiva, não cumpriu uma reivindicação que poderia ser acusada por meio da queixa constitucional.

Note-se que no caso aqui referido, o TCFA afirma em pormenores que o legislador não pode ser acusado de tal inação. Por outro lado, o Tribunal assenta aqui uma posição que enfatiza a necessidade da vinculação jurídico-normativa a alguns conteúdos e, portanto, também reconhece a eventual judicialização da obrigação de concretização do Estado Social com base na Lei Fundamental.

1.2 Proibição do Partido KPD (KPD Verbot)

Nas decisões relativas à proibição de dois partidos políticos, a primeira, de 1952 contra o SRP,⁴ a segunda de 1956 contra o KPD,⁵ o TCFA expressou ampla e claramente seu entendimento de que a ordem constitucional da Lei Fundamental é "livre e democrática". Na famigerada e frequentemente citada decisão *KPD Verbot*, o TCFA formula a seguinte compreensão em relação ao princípio do Estado Social:

Se o progresso no sentido da "justiça social" for estabelecido como princípio orientador de todas as ações do Estado, exigência essa que recebeu relevante destaque na Lei Fundamental, com base no "Estado Social", então este é também um princípio relevante e, portanto, dele exsurge a necessidade de uma implementação concreta. O que deve ser feito caso a caso é, portanto, determinar em uma discussão constante todas as pessoas e grupos envolvidos na formação da vida social. [...] As decisões tomadas certamente corresponderão mais aos desejos e interesses de um ou outro grupo ou classe social; no entanto, a busca da ordem e a possibilidade de um confronto livre

⁴ ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. 23.10.1952. BVerfGE, v. 2, 1 et seq. ("SRP-Verbot"): proibição do Deutschen Rechtspartei, partido esse que adveio do Partido Socialista do Reich (SRP). Segundo o BVerfGE esse partido possuía "uma visão supraindividualista, dando prioridade do Estado sobre o indivíduo" (p. 15).

⁵ ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. 17.8.1956. BVerfGE, v. 5, 85 et seq. ("KPD-Verbot").

entre todas as forças reais e espirituais, que nela está estabelecida, realiza-se [...] no sentido de equilibrar e salvaguardar os interesses de todos. O bem-estar de um modo geral não é equiparado desde o início aos interesses ou desejos de uma determinada classe. O objetivo é, em princípio, promover o bem-estar de todos os cidadãos e, não poucas vezes, procura-se uma distribuição como que uniforme desse ônus. Nessa procura, vislumbra-se o ideal da "social-democracia nas formas do Estado de direito".6

Desse modo, o TCFA posiciona-se, em consonância com a integração ocidental da República Federal – que naquele tempo não era incontroversa –, de modo a enfatizar a tradição constitucional alemã liberal, rechaçando as posições socialistas ou comunistas:

A ordem (constitucional – acrescente-se à guisa de esclarecimento – nota do tradutor) da República Federal da Alemanha [...] baseia-se numa tradição ininterrupta, que – a partir de fontes mais antigas – dos grandes filósofos do Estado à época do Iluminismo, que refletiram a revolução burguesa, levou ao desenvolvimento de uma compreensão de Estado de Direito liberal no século 19 e 20, o que por conseguinte conduziu ao princípio do Estado Social, isto é, conduziu à vinculação social a um princípio constitucional.⁷

Nessa perspectiva, o princípio do Estado Social não é expressamente interpretado como uma decisão orientativa (*Richtungsentscheidung*), mas entendido como uma parte moderna de uma tradição liberal, de modo que a obrigação para com o social é, portanto, abarcada pelo Estado de Direito (*so dass die Verpflichtung auf das Soziale damit rechtsstaatlich eingehegt ist*).

1.3 Elfes

Na Decisão Elfes, de 1957,8 o TCFA mencionou explicitamente tais princípios. No entanto, inverte a conexão entre o Estado de Direito e o Estado Social,

⁶ BVerfGE, v. 5, 85 et seq., op. cit., p. 198.

⁷ BVerfGE, v. 5, 85 et seq., op. cit., p. 379.

ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. 16.1.1957. BVerfGE, v. 6, 32 et seq. ("Elfes"): o político Wilhelm Elfes, membro partidário do "Zentrum" desde 1905, foi demitido do serviço em 1933 por razões políticas. Depois de 1945 participou da fundação da CDU (Christliche Demokratische Union – União Democrática Cristã), mas, em vista de suas críticas à integração da República Federal com o Ocidente e ao Rearmamento foi excluído da CDU em 1953. Elfes teve a renovação do seu passaporte recusada em 1953

de modo que, da concepção de um Estado de Direito que contém o Estado Social, parte-se para uma compreensão social do Estado de Direito. Isso conduz a um entendimento material dos direitos fundamentais, entendimento esse que é central para o desenvolvimento constitucional alemão.

Contra a posição positivista – que logo antes do Nacional-Socialismo, ou seja, à época da Constituição de Weimar, era predominante –, o TCFA declarou que a proteção dos direitos fundamentais não se "esvazia" (aspas do TCFA), mesmo que o direito fundamental esteja sujeito a uma reserva legal. Afinal, diferentemente da Constituição de Weimar de 1919, "a Lei Fundamental de Bonn estabeleceu-se sobre uma ordem de valores [...]". Isso também se aplica à liberdade geral de ação, de modo que todas as leis não são apenas formalmente corretas, mas

também correspondem materialmente com os mais altos valores fundamentais da ordem da liberdade democrática, [...] assim como também com os princípios constitucionais elementares não escritos e as decisões fundamentais da Lei Fundamental, devendo cumprir principalmente o princípio do Estado de Direito e do Estado Social [...].9

No que se refere à derivação de direitos contra as restrições legais da liberdade, embora o TCFA utilize em particularidade o fundamento da dignidade humana, o princípio do Estado de Direito e do Estado Social são colocados diretamente lado a lado para a derivação da proteção tais direitos.

2 Direitos fundamentais sociais?

A compreensão material dos direitos fundamentais baseada numa ordem de valores vinculativa também permite que se trate sobre a questão dos direitos fundamentais sociais, tema esse que tem sido repetidamente levantado na comparação constitucional internacional.

depois de ter participado do Congresso dos Povos pela Paz em Viena em dezembro de 1952 e, nesse congresso, lido uma *Gesamtdeutsche Erklärung* (declaração alemã conjunta). Embora o processo movido por Elfes e a Reclamação Constitucional não tenham tido sucesso, o respectivo julgamento do TCFA representa um marco na sua jurisprudência, cujo teor nuclear diz: "Cada um pode fazer valer mediante um Reclamação Constitucional que uma norma restritiva do seu direito geral de liberdade (de acordo com o artigo 2º, 1, da LF, não integra a ordem jurídica constitucional no sentido do mesmo dispositivo, isto é, da totalidade de normas que são formal e materialmente conformes à Constituição" (tradução livre de: "Jedermann kann im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, eine seine Handlungsfreiheit [gemãß Art. 2 Abs. 1 GG] beschränkende Rechtsnorm gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung [i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG]", "d.h. die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind".

BVerfGE, v. 6, 32 et seq., op. cit., p. 40.

Segundo o entendimento dogmático dos direitos fundamentais na Alemanha, duas questões podem ser distinguidas. Por um lado, os direitos fundamentais sociais se referem à concessão de posições jurídicas individuais que permitem ao Estado o poder de exigir uma forma específica de conformação legal. Isso pode incluir o direito de estabelecer o funcionamento de uma agência de emprego, a expansão da capacidade do sistema universitário ou o fornecimento de assistência médica que seja próxima às moradias. Por outro lado, os direitos fundamentais sociais também devem ser entendidos como direitos a benefícios diretamente vinculados à Constituição, como exemplo, moradia, vaga de estudo gratuita ou tratamento médico específico.

2.1 Dimensão protetiva justundamental

Com a premissa de que os direitos fundamentais formam uma ordem objetiva de valores¹⁰ e de que os direitos fundamentais clássicos funcionam como um direito de defesa, numa perspectiva dogmática, várias dimensões diferentes são derivadas desses direitos, como uma dimensão prestacional. Do princípio do Estado Social, deriva-se também, além da obrigação de se concretizar uma ordem socialmente justa, a inclusão de uma dimensão de garantia da realização de um direito fundamental, garantia essa que se relaciona ao conteúdo material desse direito. Por exemplo, do direito à proteção da vida e da integridade física (art. 2, §2º, I), pode-se derivar a obrigação da garantia de criação e funcionamento de um sistema de saúde.¹¹

¹⁰ Jurisprudência desde ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. 15.1.1958. BVerfGE, v. 7, 198 et seq. ("Lüth"): por ocasião da abertura da "Semana do Cinema Alemão", em setembro de 1950, o presidente da Associação de Imprensa de Hamburgo, Lüth, apoiou um boicote dos filmes produzidos pelo diretor Veit Harlan, que "durante um grande período do 3º Reich foi o 'diretor nº 1 dos filmes nazistas' e, através do seu filme 'Jud Süß', demonstrou ser um dos expoentes mais importantes da perseguição nazista dos judeus". Duas empresas cinematográficas que produziram e alugaram os filmes de Harlan apresentaram uma ação inibitória contra Lüth. Este, por sua vez, propôs uma reclamação constitucional sob o fundamento da liberdade de expressão. O TCFA justificou a possibilidade de apresentar uma queixa constitucional contra decisões dos tribunais civis declarando que "a Lei Fundamental, que não pretende ser uma ordem de valor neutra (BVerfGE 2, 1 [p. 12]; 5, 85 [p. 134 e seguintes p. 197 e seguintes]; 6, 32 [p. 40 e seguintes]), também estabeleceu um sistema objetivo de valores na sua seção de direitos fundamentais [...]. Este sistema de valores, que encontra o seu centro na personalidade e na dignidade humana, de modo que ambas se desenvolvem livremente na comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; a legislação, a administração e a jurisprudência recebem dele orientações e impulsos. Assim, é evidente que também influencia o direito civil; nenhuma disposição de direito civil pode contradizê-lo, cada um deve ser interpretado à luz do espírito constitucional".

Vide SEEWALD, Otfried. Gesundheit als Grundrecht. Grundrechte als Grundlage von Ansprüchen auf gesundheitsschützende staatliche Leistungen. Königstein im Taunus: Athenaum, 1982; atualizado WALLRABENSTEIN, Astrid. Staatliche Gewährleistung einer angemessenen gesundheitlichen Versorgung

Na medida em que se entende os direitos sociais como as referidas obrigações prestacionais do Estado, todos os direitos fundamentais na Lei Fundamental são também direitos fundamentais sociais. 12 O conteúdo do princípio do Estado Social, embora não especificado, 13 é mediado por uma compreensão material do Estado de Direito e da ordem de valor objetiva dos direitos fundamentais dele derivados, da qual resulta uma obrigação de configuração/formatação (*Gestaltungspflicht*) do Estado, visando à realização efetiva desses direitos fundamentais. 14 Portanto, os direitos fundamentais são também o conteúdo programático do princípio (e correspondente dever) do Estado Social (*Die Grundrechte sind also auch die inhaltlichen Programmsätze des Sozialstaatsgebots*).

Embora exista uma dimensão prestacional inerente a todos os direitos fundamentais, isso não explica o que os titulares dos direitos fundamentais podem requerer em um litígio constitucional. De fato, na maioria das disputas em que o TCFA constatou que o legislador violou uma obrigação de natureza prestacional, houve um apelo ao legislador para a alteração da lei, sem que o reclamante, contudo, pudesse alcançar uma mudança concreta na sua posição jurídica. Nesses casos, o TCFA declara a situação jurídica incompatível com a Lei Fundamental, mas não declara a nulidade da norma contestada.

im Bundesgebiet. Zeitschrift für das gesamte Medizinrecht (ZMGR), 2011. p. 197 et seq.; 198 et seq.; MURSWIEK, Dietrich; RIXEN, Stephan. Comentário Art. 2. In: SACHS, Michael (Org.). Grundgesetz. GG. 8. ed. Munique: C.H.Beck, 2018. n. 225; LANG. Versäumnisse und moderne Herausforderungen (Art. 2º, §82) In: EPPING, Volker; HILLGRUBER, Christian. Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz. Munique: C.H.Beck, 2016.; apesar de uma retórica negativa: DI FABIO, Udo. Comentário art. 2º, II. In: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter (Org.). Kommentar zum Grundgesetz. Munique: C.H.Beck, 2016. n. 94; sobre a derivação de um mínimo existencial referente à saúde à luz do art. 1.1 da LF vide NEUMANN, Volker. Das medizinische Existenzminimum. Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS), p. 393-397, 2006. p. 393 et seq.; vide também DAVY, Ulrike; AXER, Peter. Zweiter Beratungsgegenstand: Soziale Gleichheit: Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), v. 68, p. 122-245, 2009. p. 140 et seq. (especialmente, p. 144). No entanto, é comum derivar regulamentos orientados para os cuidados de saúde, como proteção contra ruídos, regulamentos de saúde e segurança ocupacional ou controle de pragas, vide SCHULZE-FIELITZ. Comentário ao art. 2, II. In: DREIER, Horst. Grundgesetz-Kommentar. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018. n. 75, 77.

Sobre o caráter de um direito subjetivo vide SCHULZE-FIELITZ. Comentário ao art. 2, II. In: DREIER, Horst. Grundgesetz-Kommentar. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018. n. 75, 77; de modo divergente vide ("soziale Prägekraft") ZACHER, Hans Friedrich. Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland. Berlin: Schweitzer, 1980.

Contrário a essa opinião vide KINGREEN, Thorsten. Sozialstaatsprinzip im euripäischen Verfassungsverbund. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003 (principalmente, p. 126 et seq., p. 147 et seq., p. 156). O status social dos cidadãos não se baseia nos direitos fundamentais, mas no princípio democrático do Estado Social.

Vide HÄBERLE, Peter. Mitbericht: Grundrechte im Leistungsstaat. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), v. 30, p. 44-131, 1971 (especificamente, p. 76).

Exemplificadamente: ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. 26.0.2005. BVerfGE, v. 114, 73 et seq. ("Lebensversicherung mit Überschussbeteiligung"): o julgamento do processo principal permaneceu em vigor e somente o legislador foi obrigado a fazer melhorias que foram cumpridas de modo deficitário; além disso, o efeito da decisão do TCFA foi a de que o Tribunal Federal de Justiça, nos processos posteriores, decidisse de forma orientada à proteção social: ALEMANHA. BGHZ. 2005. 164, 297 ("Rückkaufswert");

Frequentemente, o TCFA também declara sua validade até que sobrevenha a nova regulação legal ou então até determinada data. Dessa forma, o tribunal deixa ao legislador um espaço para desenhar o sistema jurídico. Portanto, geralmente os proponentes da reclamação constitucional obtêm êxito não quando a lei é declarada inconstitucional, mas quando os tribunais ordinários julgaram erroneamente o alcance do conteúdo prestacional de um direito fundamental ao interpretar a lei num caso concreto. Desse modo, uma interpretação constitucional da ordem jurídica pode levar a um resultado diferente em um caso específico. 16

2.2 Pretensões jusfundamentais prestacionais

Raros são os julgamentos do TCFA que resultaram em benefícios específicos para os autores dos processos. O TCFA enfatiza regularmente que a obrigação de concretizar o Estado Social não resulta, por si só, na garantia de que devam ser alcançados benefícios específicos. Tonforme sua jurisprudência, as obrigações que advêm do conceito de Estado Social, embora objetivem assegurar justiça social, as asseguram ao legislador uma ampla liberdade para equilibrar diferentes interesses, de modo que possa (o legislador) partir de suas próprias compreensões de justica.

No caso de se estabelecer diferenciações de acordo com os regimes de prestações sociais, percebe-se que o TCFA, no caso de prestações de fornecimento

ALEMANHA. BGH. IV ZR 20/04. 26.9.2007 ("Rückkaufswertklauseln in Rentenversicherungsvertrag mit Kapitalwahlrecht"); Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (NJW-RR), v. 23, caderno 3, p. 188, 2008; ALEMANHA. BGH. IV ZR 189/11. 27.11.2012 ("Unwirksame Stornoabzugs-Klauseln in Lebensversicherung"). Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (NJW-RR), v. 28, caderno 4, p. 228, 2013; ALEMANHA. BGH. IV ZR 17/13. 11.9.2013 ("Berechnung des Rückkaufswerts bei vorzeitiger Kündigung einer Lebensversicherung") (m. Anm. Armbrüster); Neue Juristische Wochenschrift (NJW), v. 66, caderno 44, p. 3240, 2013; ALEMANHA. BGH. IV ZR 39/10. 26.6.2013 ("Verteilung der Abschlusskosten einer kapitalbildenden Lebensversicherung"); Neue Juristische Wochenschrift (NJW), v. 66, caderno 49, p. 3280, 2013.

Por exemplo, ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. 1994. BVerfGE, v. 89, 214 et seq. ("Bürgschaftsverträge"): numa interpretação conforme a Constituição das cláusulas gerais do Código Civil, decidiu-se que um contrato de fiança era nulo e assim à autoria não cabia qualquer obrigação de pagamento.

¹⁷ Vide ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. 29.5.1990. BVerfGE, v. 82, 60 et seq. ("Steuerfreies Existenzminimum"). Vide também: ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. 12.3.1996. BVerfGE, v. 94, 241 et seq. ("Additive Kindererziehungszeiten"), especialmente, p. 263.

¹⁸ BVerfGE, v. 5, 85 et seq., op. cit.

BVerfGE, v. 1, 97 et seq., op. cit., p. 105 ("Kriegsopferversorgung" – Assistência às vítimas da guerra); ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. 18.7.1967. BVerfGE, v. 22, 180 et seq. ("Jugendhilfe" – Assistência social a jovens); ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. 13.1.1982. BVerfGE, v. 59, 231 et seq. ("Freie Presse- und Rundfunkmitarbeiter"); ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. 27.4.1999. BVerfGE, v. 100, 271 et seq. ("Lohnabstandsklausel").

e de restituição, afastou um controle no tocante ao conteúdo, ao passo que no caso de pretensões em matéria de seguridade social o Tribunal exerce um controle sobre as instâncias judiciárias ordinárias especializadas, de tal sorte que um controle material (de conteúdo) do legislador apenas é exercido quando se trata de prestações de natureza existencial, casos em que, quando necessário, a Corte não deixa de formular determinações para a aplicação do direito e até mesmo para a elaboração de uma lei em conformidade com a Constituição.

2.2.1 Inexistência de controle de conteúdo pela jurisdição constitucional nos casos de pretensões de bens e serviços e de restituição

No que se refere às reivindicações que advieram das consequências de injustiças e da falta de cuidados com as vítimas de guerra, assentou o TCFA que, com base nos direitos fundamentais, não há o direito a uma pretensão específica de cuidado ou de restituição.²⁰ Pelo contrário, trata-se, na perspectiva do Estado Social, no fato, juridicamente estabelecido, de que "a comunidade estatal tenha de suportar os encargos que surgiram de um fardo a ser suportado pelo todo e que, acidentalmente, tenha afetado em maior ou menor grau determinado grupo de pessoas".²¹

Nesse sentido, o TCFA defere ao legislador uma ampla margem de apreciação. Em particular, a mudança de prioridades também poderia resultar em alterações nas normativas de restituição existentes. No início dos anos 70, a Juíza Rupp-von Brünneck buscou – relativamente às modificações legislativas no campo dos direitos a indenizações por injustiças cometidas durante o Nacional-Socialismo – sustentar que tais posições prestacionais, associadas a direitos fundamentais, estariam constitucionalmente (e jusfundamentalmente) protegidas, em especial

Vide ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. 5.4.1960. BVerfGE, v. 11, 50 et seq. ("Hausratentschädigung"); ALEMANHA. BVerfGE. 1963. BVerfGE, v. 13, 13 et seq.; ALEMANHA. BVerfGE. Karlsruhe. 3.12.1969. BVerfGE, v. 27, 253 et seq. ("Kriegsfolgeschäden"); ALEMANHA. BVerfGE. 1972. BVerfGE, v. 32, 111 et seq. ("Österreichfälle"); ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. 1976. BVerfGE, v. 41, 126 et seq. ("Reparationsschäden"); ALEMANHA. Primeiro Senado do BverfGE. 8.10.1996. BVerfGE, v. 95, 48 et seq. ("Entschädigung statt Rückabwicklung von DDR-Grundstücksveräußerungen"); ALEMANHA. Primeiro Senado do BverfGE, v. 102, 254 et seq. ("Entschädigungsund Ausgleichsleistungs"); ALEMANHA. Primeiro Senado do BverfGE. 13.6.2006. BVerfGE, v. 116, 96 et seq. ("Absenkung der Fremdrenten").

²¹ BVerfGE, v. 27, 253 et seq., op. cit., p. 270; BVerfGE, v. 41, 126 et seq., op. cit., p. 153; BVerfGE, v. 102, 254 et seq., op. cit., p. 298.

com base no direito de propriedade e na proteção da confiança (*Vertrauensschutz*). Entretanto, tal tentativa não prevaleceu.²²

Após a reunificação da Alemanha Oriental e Ocidental, também as reclamações constitucionais que reivindicavam restituições mais extensas por injusticas praticadas na República Democrática da Alemanha (DDR) foram rejeitadas com base no argumento acima apresentado.²³ No entanto, houve uma revisão nos critérios relacionados ao Estado de Direito²⁴ e, especificamente, ao princípio da igualdade.25 Esta jurisprudência do TCFA, em comparação com as decisões que negavam a busca por compensações pelas consequências da guerra, tornou-se mais benéfica aos que pleitearam indenizações após a reunificação das duas Alemanhas. Essa diferença é explicada pela diversidade dos contextos e da fundamentação por parte do Tribunal. Assim, ao passo que o TCFA via a indenização pelas consequências da guerra como uma concretização das obrigações do Estado Social, a restituição requerida após a reunificação visava eliminar as consequências dos desenvolvimentos em um Estado Socialista. Consequentemente, os argumentos constitucionais não foram derivados do princípio do Estado Social, mas das considerações "clássicas" do Estado de Direito.

2.2.2 Interpretação conforme os direitos fundamentais pelos Tribunais ordinários especializados nos casos de pretensões no âmbito da seguridade social

Diferentemente dos pedidos de pensão relacionados às consequências da guerra, o TCFA vincula os benefícios da seguridade social a direitos fundamentais. Tanto a proteção de propriedade do art. 14 da LF²⁶ como também a proteção

²² BVerfGE, v. 32, 111 et seq., op. cit., p. 129.

²³ Basicamente: ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. 23.4.1991. BVerfGE, v. 84, 90 et seq. ("Einigungsvertrag" – Tratado da Unificação); BVerfGE, v. 102, 254 et seq., op. cit., p. 298.

No âmbito dogmático, não está clara a competência do controle exposta no seguinte julgado: BVerfGE, v. 95, 48 et seq., op. cit., p. 58: considerando que o direito de retrocessão – concedido por lei – de ativos expropriados na DDR (Alemanha Oriental) recebe a proteção do Artigo 14, I da LF, a exclusão da restituição em espécie, no caso de uma justa aquisição por terceiros, deve ser medida à luz do princípio da proporcionalidade; no BVerfGE, v. 102, 254 et seq., op. cit., p. 298 esse critério de controle é revogado sob "elementos fundamentais do Estado de Direito e do Rechtsstaatlichkeit como um todo" e, portanto, sob "a ideia da justiça material".

ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. 10.10.2001. BVerfGE, v. 104, 74 et seq. ("Kalte Enteignung" – Exclusão de indenização sobre imóveis para locação que foram transferidos ao patrimônio público), especialmente, p. 84 et seq.

ALEMANHA. Primeiro Senado do BverfGE. 28.2.1980. BVerfGE, v. 53, 257 et seq. ("Versorgungsausgleich");
ALEMANHA. Primeiro Senado do BverfGE. 1.7.1981. BVerfGE, v. 58, 81 et seq. ("Rentenbewertung der

da confiança –*Vertrauensschutz*²⁷ baseada no art. 2º, I da Lei Fundamental combinado com o princípio do Estado de Direito e do Estado Social – exigem que as exclusões ou restrições de benefícios sejam feitas mediante uma justificativa constitucional, sendo, portanto, passíveis de controle pela Corte Constitucional.²⁸ Nesse sentido, no que se refere à seguridade social, prevaleceu a posição de Ruppvon Brünneck. Entrementes, o TCFA, com base no art. 2º, I, da Lei Fundamental, em conjunto com o princípio do Estado Social, sustenta que é necessário um controle da proporcionalidade da relação entre contribuição e benefício na esfera da Seguridade Social.²⁹

De acordo com essa construção dogmática dos direitos fundamentais, o legislador não é totalmente livre na formulação das prestações, além de ser também constitucionalmente obrigado a conceder algumas reivindicações. No entanto, no entendimento do TCFA, isso não significa que reivindicações

Ausbildungs-Ausfallzeiten"), especialmente, p. 109 et seq.; ALEMANHA. Primeiro Senado do BverfGE. 16.7.1985. BVerfGE, v. 69, 272 et seq. ("Beschränkung der beitragsfreien Krankenversicherung der Rentner durch Halbbelegungspflicht"); ALEMANHA. BverfGE. 1985. BVerfGE, v. 79, 101 et seq. ("Beseitigung der Doppelanrechnung von Ersatz- und Ausfallzeiten"); ALEMANHA. Primeiro Senado do BverfGE. 27.2.2007. BVerfGE, v. 117, 272 et seq. ("Neubewertung der ersten Berufsjahre"); ALEMANHA. 2011. BVerfGE, v. 128, 138 et seq. ("Kürzung des Rentenzugangsfaktors"), especialmente, p. 147 et seq.; isso também se aplica aos aposentados da Alemanha Oriental, apesar de que "apenas na forma [...] recepcionada devido à regulamentação do tratado de unificação"; ALEMANHA. Primeiro Senado do BverfGE. 1999. BVerfGE, v. 100, 1 et seq. ("DDR-Rentenüberleitung I"); ALEMANHA. Primeiro Senado do BverfGE. 11.5.2005. BVerfGE, v. 112, 368 et seq. ("DDR-Bestandsrenten").

Sob a compreensão doutrinária de que as reivindicações de direito público não abarcam uma proteção da propriedade: ALEMANHA. Primeiro Senado do BverfGE. 1.7.1953. BVerfGE, v. 2, 380 et seq. ("Wiederaufnahmegründe für Haftentschädigung"); ALEMANHA. Primeiro Senado do BverfGE. 11.10.1963. BVerfGE, v. 14, 288 et seq. ("Ende der Selbstversicherung durch Rentenreform"), especialmente, p. 296 et seq.; ALEMANHA. 1973. BVerfGE, v. 36, 73 et seq. ("Abschmelzung Knappschaftsruhegeld"), especialmente, p. 82 et seq.; ALEMANHA. Primeiro Senado do BverfGE. 09.06.1975. BVerfGE, 40, 65 et seq. ("Knappschaftsrenter-Familienhilfe"), especialmente, p. 75 et seq. Mesmo após o reconhecimento da proteção da propriedade aos direitos relacionados à pensão: ALEMANHA. Primeiro Senado do BverfGE. 18.02.1998. BVerfGE, v. 97, 271 et seq. ("Hinterbliebenenrenten"), especialmente, p. 285 et seq.; ALEMANHA. 21.07.2010. BVerfGE, v. 126, 369 et seq. ("Hinterbliebenenrenten nach dem Fremdrenten"), especialmente, p. 391 et seq.

Vide pretensões referentes a seguro de saúde: ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. 06.12.2005. BVerfGE, v. 115, 25 et seq. ("Gesetzliche Krankenversicherung"). Terapia de Bioressonância: "Portanto, faz-se necessária uma justificativa especial perante o artigo 2º, I da Lei Fundamental vinculado com o princípio do Estado Social, quando os benefícios para o tratamento de uma doença ao assegurado [...] forem privados ao mesmo, seja por meio de provisão legal, seja por meio da interpretação e aplicação dessas disposições por um tribunal ordinário especializado". Também sobre o mesmo assunto – ALEMANHA. Primeiro Senado BVerfGE. 09.06.1975. BVerfGE, v. 40, 65 et seq. ("Krankenversicherung"), especialmente, p. 79 et seq.: no contexto da proteção da confiança, o TCFA verifica os interesses preponderantes do público em geral; da mesma forma ALEMANHA. Primeiro Senado BVerfGE. 08.07.76. BVerfGE, v. 42, 263 et seq. ("Contergan-Stiftung") ou ALEMANHA. Primeiro Senado BVerfGE. 18.02.1998. BVerfGE, v. 97, 271 et seq. ("Hinterbliebenenrente II"), especialmente, p. 285 et seq.: a interferência no direito consagrado no Artigo 2º, II, leva ao exame da proporcionalidade e à proteção da confiança.

²⁹ BVerfGE, v. 97, 271 et seg., op. cit., p. 286; BVerfGE, v. 115, 25 et seg., op. cit., p. 42.

prestacionais sejam um resultado direto da Constituição.³⁰ Pelo contrário, continua sendo tarefa do legislador instituir uma pretensão de natureza prestacional por meio da lei. Por exemplo, em 1977, o Tribunal, por meio do controle concentrado de normas, declarou a inconstitucionalidade da lei aplicável em vista da falta de um direito a determinados benefícios.³¹ Foi, contudo, somente em 1980, que o legislador supriu tal lacuna.³² No entanto, o legislador incluiu uma regra transitória, concedendo reivindicações retroativas à autora da queixa constitucional.³³

Na maioria dos outros casos³⁴ envolvendo reclamações constitucionais, o TCFA exigiu dos tribunais ordinários especializados que, no julgamento das ações pleiteando benefícios sociais, fosse levada a efeito uma interpretação em conformidade com os direitos fundamentais.³⁵

BVerfGE, v. 115, 25 et seq., op. cit., p. 43: "[Não] há que se falar de uma reivindicação constitucional de serviços específicos referente a tratamento médico". Não há também que se reconhecer esses direitos com base no Art. 2º, I, em conjunto com o princípio do Estado Social e a partir do artigo 2º, II, da Lei Fundamental (43 e 44); repetido em: ALEMANHA. 2008. BVerG, v. 14, 46 et seq. ("sem imunoglobina no uso off-label"), especialmente, p. 48; ALEMANHA. 2009. BVerGE ("Hipertermia nos casos de Glioblastomrezidiv"); ALEMANHA. BVerG. 26.03.2014. Beschluss. Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung für neue Behandlungsmethoden. Neue Juristische Wochenschrift (NJW), v. 67, caderno 30, 2014, p. 2176 et seq., ALEMANHA. BVerfG. 26.03.2014. Beschluss. Kostenübernahme für eine epimakuläre Brachytherapie. Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS), v. 23, caderno 14, 2014, p. 539 et seq.

ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. Danos ao feto por doença ocupacional I. Karlsruhe, BADEN-WÜRTTEMBERG, 22.7.1977. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Tübingen: Mohr Siebeck, 1978, v. 45, p. 376-393: uma mãe que trabalhou como enfermeira durante sua gravidez transmitiu ao seu filho a doença da rubéola, doença essa reconhecida como ocupacional. A mãe não obteve direito com base na lei de seguros de acidentes.

ALEMANHA. Reichsversicherungsordnung (RVO), §555a; vide ALEMANHA. BVerGE. 20.05.1987. BVerGE, v. 75, 348 et seq. (Danos ao feto devido à doença ocupacional II): uma enfermeira que foi infectada com hepatite em fevereiro de 1973 deu à luz duas crianças: uma em outubro de 1973 e outra em outubro de 1975. As crianças, que tiveram a doença transmitida pela mãe, foram diagnosticadas com hepatite, respectivamente, em 1976 e 1978. Entretanto, o seguro somente cobriria as despesas da doença do primeiro filho, uma vez que o segundo filho ainda não tinha sido gerado, quando do início da doença ocupacional. O BVerfG aprovou essa limitação feita pelo seguro.

³³ Verwaltungsverfahren. Sozialgesetzbuch (SGB). Art. II §38. In: Bundesgesetzblattes (BGBI). p. 1469, 1980, p. 1501.

Este, por exemplo, não é o caso do subsídio de neto para pensionistas. ALEMANHA. BVerfGE, v. 39, 319 et seq.; ALEMANHA. BVerfGE, v. 55, 100 et seq.: originalmente, a lei exigia para esta concessão, que o neto já tivesse sido incluído no orçamento familiar antes da aposentadoria. Em 1975, o TCFA reconheceu uma violação do art.3, I, da Lei Fundamental em ligação com o Princípio do Estado Social e declarou a inconstitucionalidade da lei. Em 1976, embora o legislador tenha cancelado completamente a concessão de benefícios futuros aos netos, reconheceu-se um tratamento desigual para as situações jurídicas anteriores, quando da entrada em vigor da nova normativa. Com esse fundamento, em 1980, o TCFA declarou a nulidade da restrição legislativa.

³⁵ Vide somente ALEMANHA. BVerfGE. 30.11.1982. BVerfGE, v. 62, 323 et seq. (Pensão para viúvas nos casos de "casamentos mancos" – "hinkende Ehe"), especialmente, p. 333 et seq.; BverfGE, v. 115, 25 et seq., op. cit., p. 45: "Nesse sentido, os direitos fundamentais podem, em casos específicos, obrigar os tribunais a interpretar as disposições relevantes da lei de seguro de saúde com base nos direitos fundamentais". Ou ainda "Hypotermia nos casos de Glioblastomrezidiv" (2009). In: Kammerentscheidungen

Todavia, uma decisão do TCFA de 2005³⁶ foi, com o passar do tempo,³⁷ sendo interpretada³⁸ como tendo assegurado um direito subjetivo originário, diretamente fundamentado na Constituição, de modo que a Corte se aproximou com a jurisprudência do Tribunal Social – *Sozialgericht*.³⁹ Em 2012, depois que o legislador inseriu na lei o que estava assentado na jurisprudência do Tribunal Social Federal,⁴⁰ o TCFA surpreendentemente assentou que era o caso de uma "pretensão constitucional imediata".⁴¹

des Bundesverfassungsgerichts: Eine Auswahl (BverfGK). v. 15. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. p. 256 et seq. (especialmente, p. 258 et seq.).

BverfGE, v. 115, 25 et seq., op. cit. Terapia de Biorressonância: o autor do pedido, que tinha entre 5 e 7 anos de idade no momento da disputa, sofria de distrofia muscular de Duchenne'schen, tendo a expectativa de vida muito limitada, devido à expressiva perda muscular. Não existem terapias cientificamente reconhecidas que possam curar ou retardar o curso da doença. O autor buscou o reembolso da terapia de bioressonância de longo prazo, já que esta demonstrava resultados favoráveis contra a doença. O Tribunal Social Federal (BSG) recusou o pedido, porque o método de tratamento não atendia aos requisitos e evidências exigidos pelo Comitê Conjunto Federal, requisitos esses necessários para a concessão de benefícios (ambulatoriais).

Primeiramente, o BSG examinou de forma dogmática se era necessária uma interpretação conforme a Constituição do direito social existente: ALEMANHA. BSGE. 04.04.2006. B 1 KR 7/05 R. BSG, v. 96, p. 170 ("Tomudex bei Zoekumkarzinom"); ALEMANHA. BSGE. 14.12.2006. B 1 KR 12/06 R - SozR 4-2500 §31 n. 8, nota 16 et seq. ("Mnesis bei Friedreichscher Ataxie"); ALEMANHA. BSG. 28.02.2008. B 1 KR 16/07 R. Beschluss. ("Lorenzos Öl bei Adrenobyeloneuropathie"). Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS), v. 18, caderno 4, 2009, p. 210 et seq; também nesse sentido KINGREEN, Thorsten. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht. Neue Juristische Wochenschrift (NJW), v. 59, caderno 13, 2006. p. 877, segundo o qual, das diretrizes do Comité Federal, surge a escolha de uma decisão judicial mais rigorosa.

Precisamente questionado por SCHMIDT-DE CALUWE, Reimund. Gesetzliche Krankenversicherung - Leitungsanspruch bei schwerwiegenden, schulmedizinisch nicht therapierbaren Erkrankungen. Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb), v. 53, 2006. p. 619; negado por HUSTER, Stefan. BVerfG, 6. 12. 2005 -1BvR 347/98. Zur Leistungspflicht der GKV für neue Behandlungsmethoden, JuristenZeitung (JZ), v. 51, caderno n. 9, p. 466-468, 2006. p. 467; HEINIG, Hans Michael. Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Zur Formel vom "sozialen" Staat in Art. 20 Abs. 1 GG. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 421; mesmo que com uma visão crítica; WENNER, Ulrich. Rationierung, Priorisierung, Budgetierung: verfassungsrechtliche Vorgaben für die Begrenzung und Steuerung von Leistungen der Gesundheitsversorgung. Gesundheitsrecht (GesR), v. 8, caderno 4, p. 169-181, 2009. p. 177, entretanto não é correto em relação a 1 BvR 2469/07 (Hyperthermie), já que o BVerfG não se baseava em um direito fundamental a benefícios, mas decidia com base em uma violação do direito a uma proteção legal efetiva, conforme o artigo 19, IIII da Lei Fundamental; AXER. In: EICHENHOFER, Eberhard; WENNER, Ulrich (Org.). Kommentar zum Sozialgesetzbuch. 2. ed. Köln: Luchterhand Verlag, 2016. §2 n. 22 fSGB V, §2 n. 17; KINGREEN, Thorsten. Der Gemeinsame Bundesausschuss vor dem BVerfG: Das Tor liegt in der Luft!. Medizinrecht (MedR), v. 35, caderno 1, p. 8-14, 2017. p. 10; numa perspectiva dogmática, vide também ZWERMANN-MILSTEIN, Nina Tabea. Grund und Grenzen einer verfassungsrechtlich gebotenen gesundheitlichen Mindestversorgung. Nomos: Baden-Baden, 2015, mesmo se uma pretensão "absoluta" é negada, pois o fundamento para tal pretensão é passível de restrição.

³⁹ Vide em referência a esse desenvolvimento BOCKHOLDT, Frank. Die "Nikolaus-Rechtsprechung" des BVerfG – Eine Bestandsaufnahme. Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS), v. 15, p. 569-577, 2017. p. 569.

⁴⁰ ALEMANHA. Sozialgesetzbuch V, 20.12.1988, §2, 1a inserido por ALEMANHA. GKV-Versorgungsstrukturgesetz. 22.12.2011. Art. 1. In: Bundesgesetzblattes (BGBI) I, p. 2983.

⁴¹ ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. 10.09.2005. BVerGE, v. 140, 229 et seq. ("Inflamação crônica de bexiga urinária"); após essa decisão também ALEMANHA. BSGE. 2015. BSG, v. 120, p. 170 et seq. ("Iscador M em terapia contra o câncer"); BSGE. 2016. BSG, v. 122, p. 170 et seq. (Imunoglobona em

A despeito disso, seria demais vislumbrar uma nova orientação dogmática do TCFA em matéria de direitos fundamentais com base nos exemplos acima referidos. Isso pelo fato de o TCFA ter utilizado tais formulações para deixar claro que a pretensão regulada por lei em 2011 assegura inclusive benefícios que vão além da previsão legal, de tal sorte que nesse caso não se trata mais de uma ampliação do direito com base na Constituição, mas, sim, se o procedimento da concessão do benefício demanda um controle no sentido de verificar se está de acordo com os deveres constitucionais prestacionais.⁴²

2.2.3 Controle do Tribunal Constitucional relativamente ao mínimo existencial na Lei de Beneficios Sociais

No que toca a direitos originários a prestações com base na Lei Fundamental, o TCFA, em 2010, estabeleceu que isso seria possível apenas nos casos relativos à garantia de um mínimo existencial, razão pela qual a concretização legislativa do benefício estaria sujeita a um controle de racionalidade pela Corte (*Rationalitätskontrolle*).⁴³ Todavia, também no caso do mínimo existencial, existe uma margem de apreciação/conformação deferida ao legislador, sujeita, no entanto, ao controle de sua legitimidade constitucional pelo TCFA.

Numa perspectiva dogmática, tal orientação está fundada no fato de que o direito aos benefícios relativos ao mínimo existencial encontra-se ancorado no dever constitucional de proteção da dignidade humana (art. 1º, I, LF) – garantia essa que não está submetida à reserva legal – e não na dimensão de garantia de outros direitos fundamentais, sujeitos a uma reserva legal, seja ela expressa, ou não. Além disso, o controle feito pelo TCFA guarda relação com aquele que se dá no tocante à isenção de impostos do mínimo existencial.⁴⁴

urticária – "Immunglobulin bei Urtikaria-Vaskulitis"); ALEMANHA. BSG. SozR 4-2500, §2, n. 12, 2016 ("Immunglobulin bei Antikörpermangelsyndrom"); ALEMANHA. BSG. SozR 4-2500, §2, n. 11, 2018 ("Kombinierte Positronenemissionstomographie/Computertomographie" – Combinação de tomografia com emissão de pósitrons/tomografia computadorizada).

⁴² Vide WALLRABENSTEIN, Astrid. Anmerkung zu BverG vom 10.11.2015. Kranken- und Pflegeversicherung (KrV), caderno 6, 2015. p. 240 et seq.

ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. 09.02.2010. BVerfGE, v. 125, 175 et seq. ("Hartz IV – Regelsatz"), especialmente, n. 133 et seq. Com ampla literatura vide apenas LENZE. In: DS 60 Jahre BSG II, 2015, p. 407 (principalmente, p. 421 et seq.); HÖRMANN, Jens-Hendrik. Rechtsprobleme des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminmums: Zu den Auswirkungen des Regelleistungsurteils" auf die "Hartz-IV" Gesetzgebung und die andere Sozialgesetze. Hamburge: Dr. Kovac, 2013. De modo divergente, vide comentários de HERDEGEN, Matthias. Art. 1º, I. In: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter (Org.). Kommentar zum Grundgesetz. Munique: C.H.Beck, 2016. n. 121; DREIER, Hörst. Art. 1º. In: DREIER, Hörst. Grundgesetz-Kommentar. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018. n. 155.

⁴⁴ BVerfGE, v. 82, 60 et seq., op. cit.; ALEMANHA. Segundo Senado do BVerfGE. 25.09.1992. BVerfGE, v. 87 ("Grundfreibetrag" – Subsídio no Imposto de Renda); ALEMANHA. Segundo Senado do BVerfGE.

Além disso, num outro julgado, o TCFA reconheceu um dever do Estado em alcançar prestação financeira enquanto não editada nova lei reajustando os valores do benefício que estejam em sintonia com os parâmetros postos pela Lei Fundamental, 45 afirmando que as necessidades elementares da vida devem ser satisfeitas no momento em que elas surgem. 46 Note-se, ainda, que embora o instrumento processual de um despacho nos termos do §35 da Lei de Organização do Tribunal Constitucional Federal não seja extraordinário, a sua primeira utilização para veiculação de pedidos de benefícios 47 foi feita sob um considerável peso político.

3 Conclusão

Mediante a judicatura do TCFA construiu-se uma realidade constitucional na República Federal da Alemanha, que pode ser descrita, buscando o melhor sentido, como um Estado de Direito Social (*rechtsstaatlicher Sozialstaat*) e um Estado Social de Direito (*sozialer Rechtsstaat*).

Nessa perspectiva, é de se notar que, da mesma forma em que disso não se pode extrair da Constituição como a realidade social deve ser formatada, tampouco a Constituição é irrelevante para a legislação na esfera da proteção social

Independentemente de algumas decisões pontuais merecerem as devidas críticas, o TCFA conseguiu, por um lado, respeitar a liberdade do legislador na configuração do conteúdo do Estado Social também em face de ações manejadas por pessoas em condições desfavoráveis, que, além disso, não raras vezes, não eram aqueles em situação socialmente mais vulnerável.

Por outro lado, o TCFA exerceu suas competências de controle do legislador, de modo a assegurar, pelo menos nas esferas de natureza existencial, sua posição como ator proativo do Estado Social que merece ser levado a sério.

Em termos dogmáticos é significativo que isso se deu com base na indeterminada e dificilmente apreensível fórmula do Estado Social na condição de

^{10.09.1998.} *BVerGE*, v. 99, p. 246 *et seq*. ("Kinderexistenzminimum I" – Mínimo existencial infantil); ALEMANHA. BverfGE. 13.02.2008. *BVerfGE*, v. 120, 125 *et seq*. (Contribuição do seguro de saúde como despesa especial); ALEMANHA. 2009. *BVerfGE*, v. 124, 282 *et seq*. (Inclusão do valor do auxílio-criança ("Kindergeld") na dívida tributária também nos casos de não adição à verba alimentar).

⁴⁵ BVerfGE, v. 125, 175 et seq., op. cit., p. 175-260. Decisão n. 3, p. 2; da mesma forma ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. 20.06.2012. BVerfGE, v. 132, 134 et seq. ("Asylbewerberleistungsgesetz"): Entscheidungsformel Nr. 3.

⁴⁶ BVerfGE, v. 132, 134 et seq., op. cit., p. 174.

⁴⁷ Numa retrospectiva, só pode ser explicado pela diferença entre a garantia de subsistência e outros benefícios sociais que o BVerfG em ALEMANHA. Primeiro Senado do BVerfGE. Danos ao feto por doença ocupacional I, op. cit., p. 376-393 renunciou à ordem.

dever constitucional, mas também mediante recurso aos direitos fundamentais, que, na perspectiva do texto constitucional, foram concebidos como direitos de defesa.

Welfare State and Fundamental Social Rights in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court

Abstract: In comparison to other countries, the Federal Republic of Germany is regarded as a social state or welfare state, which, particularly from the perspective of Anglo-American legal tradition, is tending to be too social and not liberal enough. The jurisdiction of the German Federal Constitutional Court is considered to be one of the reasons for this. The following analysis will show, however, that "the Sozialstaatsprinzip" (principle of the welfare state), which is anchored in Article 20.1 and Article 28.1 of the Basic Law, is used as an argumentation topos by the Federal Constitutional Court to a much lesser extent than was possibly expected when the Basic Law was created. Although the Federal Constitutional Court has confirmed that "the Sozialstaatsprinzip" is in fact a principle of law, it has hardly drawn any substantive guidelines from it, but instead has left these to the legislature (see A). Much greater importance for the development of the Federal Republic's welfare state came from the case law on the social dimensions of fundamental rights. The doctrine of an objective system of values and the avoidance of the term "social" in favour of "participation", "duty to protect" or "procedural dimensions" of fundamental rights has become a core component of German fundamental rights theory. Therefore, the lack of basic social rights in the Basic Law, which is often emphasized in international comparison, is formally correct. However, the case law of the Federal Constitutional Court accomplishes the identical effect by the social dimensions of the fundamental rights of the Basic Law. Hopes or fears (depending on perspective) that citizens will derive comprehensive claims to benefits from the fundamental rights are unjustified (see B.).

Keywords: Sozialstaat. Welfare State. Social Rights. Fundamental Rights. Federal Constitutional Court of Germany

Index: 1 Foundations of a "constitutional social State" in the first decisions - **2** Fundamental Social Rights? - **3** Conclusion

Referências

AXER. *In*: EICHENHOFER, Eberhard; WENNER, Ulrich (Org.). *Kommentar zum Sozialgesetzbuch.* 2. ed. Köln: Luchterhand Verlag, 2016.

BOCKHOLDT, Frank. Die "Nikolaus-Rechtsprechung" des BVerfG – Eine Bestandsaufnahme. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS)*, v. 15, p. 569-577, 2017.

DI FABIO, Udo. Comentário art. 2º, II. *In*: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter (Org.). *Kommentar zum Grundgesetz*. Munique: C.H.Beck, 2016.

DREIER, Horst. Art. 1º. In: DREIER, Horst. Grundgesetz-Kommentar. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.

HÄBERLE, Peter. Mitbericht: Grundrechte im Leistungsstaat. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), v. 30, p. 44-131, 1971.

HEINIG, Hans Michael. Sozialstaat im Dienst der Freiheit: Zur Formel vom "sozialen" Staat in Art. 20 Abs. 1 GG. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

HERDEGEN, Matthias. Art. 1º, I. *In*: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter (Org.). *Kommentar zum Grundgesetz.* Munique: C.H.Beck, 2016.

HÖRMANN, Jens-Hendrik. Rechtsprobleme des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums: Zu den Auswirkungen des Regelleistungsurteils" auf die "Hartz-IV" Gesetzgebung und die andere Sozialgesetze. Hamburgo: Dr. Kovac, 2013.

HUSTER, Stefan. BVerfG, 6. 12. 2005 — 1BvR 347/98. Zur Leistungspflicht der GKV für neue Behandlungsmethoden. *Juristen Zeitung (JZ)*, n. 9, 2006.

KINGREEN, Thorsten. Der Gemeinsame Bundesausschuss vor dem BVerfG: Das Tor liegt in der Luft!. *Medizinrecht (MedR)*, v. 35, caderno 1, p. 8-14, 2017.

KINGREEN, Thorsten. Sozialstaatsprinzip im euripäischen Verfassungsverbund. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

KINGREEN, Thorsten. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, v. 59, caderno 13, 2006.

MEINEL, Florian. Verteilung als Verfassungsfrage. Zur Entwicklung einer Problemstellung. *In*: BOYSEN, Sigrig; KAISER, Anna-Bettina; MEINEL, Florian (Org.). *Verfassung und Verteilung*: Beiträge zu einer Grundfrage des Verfassungsverständnisses. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

MURSWIEK, Dietrich; RIXEN, Stephan. Comentário Art. 2. *In*: SACHS, Michael (Org.). *Grundgesetz*. GG. 8. ed. Munique: C.H.Beck, 2018.

NEUMANN, Volker. Das medizinische Existenzminimum. Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS), p. 393-397, 2006.

SCHMIDT-DE CALUWE, Reimund. Gesetzliche Krankenversicherung – Leitungsanspruch bei schwerwiegenden, schulmedizinisch nicht therapierbaren Erkrankungen. *Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb)*, v. 53, 2006.

SCHULZE-FIELITZ. Comentário ao art. 2, II. *In*: DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck. 2018.

SEEWALD, Otfried. *Gesundheit als Grundrecht*. Grundrechte als Grundlage von Ansprüchen auf gesundheitsschützende staatliche Leistungen. Königstein im Taunus: Athenaum, 1982.

WALLRABENSTEIN, Astrid. Anmerkung zu BverG vom 10.11.2015. Kranken- und Pflegeversicherung (KrV), caderno 6, 2015.

WALLRABENSTEIN, Astrid. Staatliche Gewährleistung einer angemessenen gesundheitlichen Versorgung im Bundesgebiet. Zeitschrift für das gesamte Medizinrecht (ZMGR), 2011.

WEBER, Werner. Die Verfassungsrechtlichen Grenzen Sozialstaatlicher Forderungen. *Der Staat 4*, n. 4, p. 409-439, 1965.

WENNER, Ulrich. Rationierung, Priorisierung, Budgetierung: verfassungsrechtliche Vorgaben für die Begrenzung und Steuerung von Leistungen der Gesundheitsversorgung. *Gesundheitsrecht (GesR)*, v. 8, caderno 4, p. 169-181, 2009.

ZACHER, Hans Friedrich. Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland. Berlin: Schweitzer, 1980.

ZWERMANN-MILSTEIN, Nina Tabea. *Grund und Grenzen einer verfassungsrechtlich gebotenen gesundheitlichen Mindestversorgung*. Nomos: Baden-Baden, 2015.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

WALLRABENSTEIN, Astrid. Estado Social e Direitos Fundamentais Sociais na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 159-176, jan./jun. 2020.

Recebido em: 13.05.2020 Aprovado em: 25.05.2020

Cota Convite