

## § 10.

# Mandamento de Igualdade: Igualdade de aplicação da lei e por intermédio da lei

(Art. 3 GG)

*Grundgesetz*

*Artigo 3º (Igualdade)*

(1 ) Todos são iguais perante a lei.

(2) <sup>1</sup> Homens e mulheres são iguais em direitos. <sup>2</sup> O Estado promove a efetiva realização da igualdade em direitos de mulheres e homens e atua em prol da eliminação de desvantagens existentes.

(3) <sup>1</sup> Ninguém pode ser prejudicado ou beneficiado por causa de seu gênero, sua ascendência, sua raça, sua língua, sua pátria e naturalidade, sua crença, suas convicções religiosas ou políticas. <sup>2</sup> Ninguém pode ser prejudicado por causa de sua deficiência.

---

### NOTA INTRODUTÓRIA:

Ao contrário dos direitos de liberdade, que asseguram ao seu titular o direito de resistência contra intervenções estatais nas respectivas áreas de proteção, ou seja, que impossibilitam ou dificultam a manutenção de um *status quo* (exemplo: direito à propriedade) e, principalmente, a prática do comportamento tutelado pela norma (exemplo: a livre expressão do pensamento segundo o art. 5º IV CF), o “direito” à igualdade não assegura nenhum comportamento específico cujo exercício pudesse ser atrapalhado, cuja área de proteção pudesse ser “invadida” pelo Estado. Não há que se falar, portanto, em área de proteção e tampouco em intervenção estatal nesta.

O efeito básico da garantia continua, porém, o mesmo: assegurar ao indivíduo uma posição jurídica de natureza pública subjetiva: o direito de resistir, desta vez, não à intervenção na área de proteção de seu direito, mas de resistir ao tratamento desigual perante a lei (aplicação do direito – pelos poderes Executivo e Judiciário) ou pela lei (lei discriminatória injustificada).

Liberdade e igualdade foram as grandes bandeiras do movimento constitucionalista, que passaram a integrar o corpo de todas as constituições do tipo ocidental democrático. Normalmente elas aparecem nas constituições lado a lado. Na *Grundgesetz* não foi diferente. O clamor social por máxima liberdade possível choca-se contra o clamor social por máxima igualdade possível. Liberdade e igualdade encontram-se nas sociedades em eterno conflito, pois a liberdade, no âmbito da sociedade, é também a liberdade concorrencial inescrupulosa do mais forte; a igualdade, no mesmo âmbito, exige, pelo contrário, justamente a existência da igualdade de chances a ser concedida ao mais fraco<sup>259</sup>. As garantias constitucionais da liberdade e igualdade não transportam este conflito social ao plano constitucional: enquanto normas constitucionais, elas se apresentam harmoniosas e sem hierarquização entre si, uma ao lado da outra. É o legislador ordinário quem deve disciplinar o conflito social entre estes dois anseios. Ele o fará, na medida em que determinará quanta margem de ação deixará ao mais forte e quanta proteção dará ao mais fraco. Tanto as garantias constitucionais de igualdade, quanto as garantias de liberdade servirão para impor ao legislador certos limites que ele não poderá ultrapassar: em suma, a restrição ou diminuição da liberdade, de um lado, e o tratamento desigual, do outro, não poderão ocorrer sem um motivo racional. A diferença consiste na técnica jurídico-constitucional adotada para se avaliar a presença ou não de suas violações: possíveis violações de garantias de liberdade, incluindo a propriedade, são examinadas com a análise da área de proteção do respectivo direito, da intervenção do Estado e com o questionamento da justificação da intervenção. Possíveis violações de garantias de igualdade podem ser verificadas por meio de um processo constituído por duas etapas: 1ª) Verificação do tratamento desigual; 2ª) Questionamento da possível

---

<sup>259</sup> Cf. PIEROTH SCHLINK (103: 102).

justificação. Finalmente, a garantia do direito à igualdade não vincula somente os órgãos estatais, mas tem, em alguns casos específicos, um efeito horizontal direto.

É com base nesse espírito, e dele decorrentes construções dogmáticas, que se pautou a muito extensa jurisprudência do TCF sobre o Art. 3 GG. O Art. 3 GG se subdivide primeiramente em princípio geral de igualdade (Art. 3 I GG) e as vedações de certos tratamentos desiguais (não justificados) com base em critérios específicos: gênero (Art. 3 II GG) e outros taxativamente enumerados (Art. 3 III GG). Das decisões abaixo parcialmente reproduzidas, tem-se que:

- as 3 primeiras versam principalmente (parâmetro do exame) sobre o Art. 3 I GG (**Decisões 31. a 33.**);
- as 4 seguintes (**Decisões 34. a 37.**) têm como parâmetro o Art. 3 II GG;
- a **Decisão 38.** tem por parâmetro o Art. 3 III GG; e
- a **Decisão 39.** trata de um problema ainda mais específico em face do Art. 3 GG: a declaração de inconstitucionalidade de uma outorga de vantagem incompatível com o Art. 3 GG.

### 31. BVERFGE 26, 302 (EINKOMMENSTEUERGESETZ)

#### Controle concreto

09/07/1969

#### MATÉRIA:

Trata-se do julgamento de uma apresentação judicial apresentada pelo Tribunal de Finanças de *Stuttgart*, que questionava a constitucionalidade de um dispositivo da lei do imposto de renda que discriminava, na definição do fato gerador da obrigação tributária, renda auferida com “especulação na alienação de imóveis” (especulação imobiliária). O dispositivo fixava uma presunção absoluta: qualquer alienação de, entre outros, bem imóvel adquirido antes de 2 (dois) anos configurava uma negócio jurídico de especulação, devendo ser tributado como “outras rendas” na declaração do imposto de renda.

O TCF admitiu a representação para o efeito de corroborar, no mérito, a constitucionalidade do dispositivo questionado em face do Art. 3 I GG (“justiça tributária”). O pequeno excerto da decisão escolhido para ser aqui reproduzido mostra o centro da argumentação do Segundo Senado: Faz parte da margem de conformação do legislador, de seu poder discricionário, escolher os fatos aos quais ele liga uma obrigação tributária. Somente quando se puder vislumbrar uma arbitrariedade na decisão legislativa pode ela ser declarada, em face do Art. 3 I GG, inconstitucional.

**Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 9 de julho de 1969  
– 2 BvL 20/65 –**

no processo de controle [concreto] de constitucionalidade do § 23 I EStG

(*Einkommensteuergesetz* – Lei do Imposto de Renda), na redação de 15 de agosto de 1961 (BGBl. I, p. 1254) – Decisão de suspensão do processo e Representação (*Vorlagebeschluss*) do Tribunal de Finanças de *Stuttgart* em 23 de novembro de 1965

(I 952/63).

(...)

**RAZÕES**

**A. - I. - III. (...)**

**B.**

A Apresentação é admitida.

**1. - 4. (...)**

**C.**

§ 23 I, nº 1 EStG é compatível com a *Grundgesetz*.

**I.**

(...)

**II.**

**1. - 2. (...).**

**3. a) (...)**

O legislador está vinculado ao princípio da justiça tributária que decorre do Art. 3 I GG (BVerfGE 13, 181 [202]). A aplicação desta norma de direito fundamental é baseada sempre numa comparação de relações sociais que não são iguais em todos os seus elementos, mas em apenas alguns deles. Em princípio, decide o legislador (BVerfGE *op.cit.*) quais elementos das relações sociais, que serão reguladas, são decisivos para seu tratamento jurídico igual ou tratamento desigual. Para a escolha, em especial, das fontes de receita fiscal, o legislador tem ampla liberdade de conformação [discricionariedade]. Esta termina somente quando o tratamento igual ou desigual da matéria regulada não for mais compatível com um modo de enxergar o problema que seja orientado pela idéia de justiça, onde, portanto, falta uma razão convincente para o tratamento igual ou tratamento desigual. Somente a observância destes limites extremos da liberdade legislativa (proibição de arbitrariedade) é passível de controle pelo Tribunal Constitucional Federal e não a constatação de que o legislador tenha ou não encontrado, no caso particular, respectivamente a mais adequada, a mais razoável e a mais justa das soluções [possíveis] (BVerfGE 1, 14 [52]; 4, 7 [18]; 17, 309 [330]; 18, 121 [124]; 19, 354 [367]).

**b) – c) (...).**

**4. (...).**

III. – IV. (...)

(Ass.) *Seuffert, Dr. Leibholz, Geller, Dr. v. Schlabrendorff,  
Dr. Rupp, Dr. Geiger, Dr. Kutscher, Dr. Rinck*

**32. BVERFGE 10, 234**

(PLATOW-AMNESTIE)

**Controle concreto**

15/12/1959

**MATÉRIA:**

O jornalista econômico Dr. **Platow** foi condenado no início da década de 1950 por ter revelado, em consequência de sua atividade jornalística no final da década de 1940, segredos de Estado. Contra ele corria um processo criminal da Primeira Câmara Criminal do Tribunal Estadual de *Bonn*. Ministério Público e acusados requereram a extinção do processo com base

no § 8 da lei de **anistia** (daí *Platow-Amnestie*). Essa norma anistiava os crimes ligados ao trabalho de agências de notícias cometidos antes de 1º de janeiro de 1952. A Primeira Câmara Criminal do Tribunal Estadual de *Bonn* viu na norma uma violação do Art. 3 I GG.

O TCF julgou os pressupostos e condições da representação presentes (admitida) para o efeito de corroborar a constitucionalidade do § 8 StFG. A parte mais relevante da decisão pode ser depreendida do breve excerto reproduzido abaixo.

Sobre a questão da delimitação constitucional dos elementos típicos das normas de anistia.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 15 de dezembro de 1959

– 1 BvL 10/55 –

(...)

RAZÕES

A. I. – IV. (...)

B.

§ 8 StFG é compatível com a *Grundgesetz*.

I.

(...)

II.

O conteúdo da norma apresentada à revisão não permite verificar uma violação do mandamento geral de igualdade.

1. O legislador não está, em função do Art. 3 I GG, obrigado a conceder, na promulgação de uma lei de extinção de punibilidade, anistia a todas as ações delituosas e em igual medida. Ele não somente pode excluir totalmente da anistia alguns tipos penais, como também submeter determinadas hipóteses normativas a uma regulamentação excepcional. Somente ele, legislador, pode decidir junto a quais delitos existe, de forma especial, um interesse geral em uma pacificação. Também faz parte de sua liberdade de conformação normativa a decisão sobre em que extensão será concedida anistia junto a tais delitos criminais. O Tribunal Constitucional Federal não pode examinar uma lei de anistia no que concerne à necessidade ou à adequação das regras ali fixadas. Pelo contrário,

o Tribunal Constitucional Federal pode somente verificar se o legislador ultrapassou os limites extremos da ampla margem discricionária a ele conferida.

Há, então, na lei de anistia uma violação do princípio geral de igualdade somente se a regra especial fixada pelo legislador para alguns tipos penais evidentemente não for orientada pelo pensamento de justiça e se não puderem ser encontradas para ela quaisquer argumentos razoáveis que decorram da natureza da matéria ou que sejam compreensíveis de alguma outra forma [e, destarte, não arbitrários].

2. a) – b) (...).

### 33. BVERFG 9, 338

(HEBAMMENALTERSGRENZE)

**Reclamação Constitucional contra decisão judicial** 16/06/1959

#### **MATÉRIA:**

Trata-se do julgamento da Reclamação Constitucional de uma parteira que, ao ter completado o seu 70º ano de vida, teve a autorização para o exercício da profissão de parteira e para o estabelecimento profissional revogada pela autoridade competente. Esta se baseou no § 5 da Lei de Parteiras, promulgada a 21 de dezembro de 1938, que tinha o seguinte teor:

*“O Ministro do Interior do Reich pode, depois de ouvida a Câmara [associação profissional] das parteiras do Reich, fixar um limite de idade para parteiras [Hebammenaltersgrenze ou ‘Altersgrenze für Hebammen’, como aparece no dispositivo citado da lei]. Atingida a idade limite, revoga-se o reconhecimento como parteira e a autorização de estabelecimento”.*

O § 1º do quarto decreto que regulamentou essa lei prescrevia:

*“Atinge-se o limite de idade para parteiras quando se completa o 70º ano de vida”.*

A reclamante alegou violação de seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em conexão com a liberdade profissional (Art. 2 I c.c. Art. 12 I GG), e também do Art. 3 I GG, vez em que os profissionais

médicos não teriam o mesmo tratamento, podendo realizar partos até a idade em que se considerassem capazes para tanto.

O TCF admitiu a Reclamação Constitucional, mas a julgou improcedente. Segundo o TCF, a área de proteção do Art. 2 I GG não foi tangenciada. A intervenção no Art. 12 I GG foi justificada e não houve tratamento desigual, não havendo que se falar em violação do Art. 3 I GG. Faltaria segundo o TCF, também aqui, um gênero comum de comparação (*tertium comparationis*), pois a profissão da parteira teria uma estrutura composta de elementos (*Berufsbild*) muito diversa da do médico. O excerto traduzido / reproduzido abaixo traz sobretudo a fundamentação do TCF dessa tese.

**Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 16 de junho de 1959  
- 1 BvR 71/57 -**

no processo da Reclamação Constitucional promovida pela parteira ... contra a decisão do Tribunal Federal Administrativo de 22 de novembro de 1956 – IC 198, 54.

**Dispositivo**

A Reclamação Constitucional é improcedente.

**RAZÕES:**

**A.**

A reclamante foi, depois de ter completado 70 anos de idade em 12 de fevereiro de 1951, proibida de continuar no exercício da profissão de parteira, sendo avisada da punibilidade em caso de violação da proibição (...)

(...). Concretamente, alega a reclamante:

(...).

O Art. 3 I GG teria sido violado, uma vez que a mesma situação fática – o exercício profissional do auxílio ao parto – fora regulado em relação a médicos de maneira diversa. Sem que seja identificada uma razão objetiva e convincente para tal diferenciação, não fora estabelecido limite de idade para os médicos. Em se querendo admitir que, ao atingir 70 anos de idade, as capacidades físicas e mentais diminuam significativamente, então mais ainda deveria valer o mesmo limite de idade para os médicos, pois, embora nos trabalhos normais de parto as atuações de médicos e parteiras fossem iguais, o médico

teria que agir justamente na ocorrência de complicações, tendo, no caso, uma responsabilidade muito maior. Em todo caso, ambas as situações – auxílio ao parto por parteira e por médico – não se tornariam diferentes – ao contrário – do ponto de vista do Tribunal Federal Administrativo, pelo fato de o médico ter tido uma outra formação, pois esta não teria qualquer relação com sua capacidade física e mental.

(...).

### B.

A Reclamação Constitucional é admitida.

(...).

### C.

A Reclamação Constitucional é improcedente.

I. – II. (...) <sup>260</sup>

### III.

Também o Art. 3 I GG não foi violado.

1. (...).

(...). Principalmente junto a uma regulamentação que – como no caso do limite de idade – se refere a toda uma categoria profissional e, já por isso, afeta toda a estrutura da profissão, pode ser observado também todo o quadro de cada profissão individualmente considerada. Isso vale quanto mais profundamente e com mais conseqüências uma regra aplicável para uma profissão tiver efeitos sobre a estrutura de outra, uma vez que ambas as estruturas são social e juridicamente muito diferentes. Somente quando, em se procedendo a uma observação tão abrangente quanto “generosa”, a obrigatoriedade do tratamento igual se tornar notória, feriria o legislador o princípio da igualdade, se regulasse uma questão em face de uma profissão de maneira diversa ao que fizera em face de outra. No entanto, normalmente tanto se presume a constitucionalidade do tratamento diferenciado, que justamente pode restar equivocado partir-se primeiramente de um

---

<sup>260</sup> Nestes dois tópicos, foram realizados exames das alegações de violação dos Art. 2 I e 12 I GG. A primeira não foi admitida como possível, por ser *lex generalis* em relação aos demais direitos fundamentais potencialmente violados. No caso da segunda, o TCF chegou à conclusão de que se trata de um limite subjetivo da admissão profissional, no sentido desenvolvido pela decisão publicada em BVerfGE 7, 377 (*Apotheken-Urteil*, cf. **Decisão 70.**), cuja concretização no caso foi considerada justificada.

“mesmo” e único acontecimento, para só então examinar se haveria, contudo, neste caso, apesar dessa “igualdade” de detalhes, desigualdade suficiente das matérias [reguladas = das duas profissões] que justificasse a omissão de tratamento igual por parte do legislador.

2. Assim ocorre no presente caso. Para o exame [de constitucionalidade] do limite de idade, outras profissões ligadas à saúde, que não a do médico, não servem a uma comparação significativa com a profissão de parteira. Embora sejam as profissões de parteira e de médicos “profissões liberais”, suas estruturas são completamente diversas. A profissão de médico desenvolveu-se como “profissão liberal” por muito tempo; os elementos de sua imagem profissional (*Berufsbild*) são, ainda hoje, definidos fundamentalmente por esse desenvolvimento. Eles são caracterizados por uma grande medida de responsabilidade própria e risco pessoais em matéria econômica, responsabilidade individual, sobretudo no exercício da própria profissão mesma. Queiram alguns fundamentos dessa estrutura – como por exemplo a reputação social da instrução acadêmica – não ter mais o significado de outrora, mesmo assim os elementos caracterizadores da carreira profissional em sua totalidade não se modificaram. Uma limitação de idade sem a introdução de uma aposentadoria dificilmente seria possível, pois ela alteraria a profissão em sua estrutural geral.

Os elementos caracterizadores da carreira profissional da parteira divergem consideravelmente disto: Esta profissão somente há pouco tempo, através da lei das parteiras, saiu da incidência do direito comercial, sendo instituída como profissão “liberal”, e desde o início com o propósito declarado de se introduzir um limite de idade. O risco econômico é legalmente reduzido para o tempo de atividade profissional, como para o caso da aposentadoria em razão da perda da capacidade profissional. O exercício da atividade profissional é submetido à regulamentação abrangente e profunda, que prescreve com precisão à parteira sua atuação: Um Código Disciplinar define os princípios e obriga a parteira a observar junto ao seu comportamento, até o último detalhe, um manual oficial das parteiras. Exames reiterados e o dever de freqüentar regularmente cursos de aperfeiçoamento têm o escopo de fiscalizar e fomentar os conhecimentos técnicos. Os membros dessa profissão estão completamente sujeitos à permanente fiscalização e controle, que se estende além do exercício imediato de seu ofício.

Tudo isto não é diverso apenas secundariamente da profissão de médico. Se o [alcance do] limite de idade retira da parteira a possibilidade de julgar quando sua capacidade em todo caso não é mais suficiente, então esta prescrição válida homogeneamente para a estrutura global da profissão de parteira seria estranha à estrutura

da profissão do médico. No mínimo, corresponde melhor à sua carreira profissional deixar a cargo de cada médico o julgamento sobre a diminuição de sua capacidade e as conseqüências que daí resultarão, pois a introdução de um limite de idade não poderia ficar limitada ao serviço de parto. (...)

#### IV.

(...).

### 34. BVERFG 39, 196

(BEAMTENPENSION)

#### Controle concreto

12/03/1975

#### MATÉRIA:

Um viúvo de uma funcionária pública, morta em um acidente, teve seu pedido de recebimento de **pensão de funcionário público** (*Beamtenpension*) *mortis causa* denegado pela Administração. O pedido foi denegado com base em um dispositivo legal (§ 141 da Lei do Funcionalismo Público (*Beamtengesetz*) do Estado de Renânia do Norte – Vestfália (*Nordrhein-Westfalen*), à época da Reclamação Constitucional já revogado, cujo exame de constitucionalidade era, no entanto, relevante para o recebimento retroativo da pensão e para o julgamento de uma ação de perdas e danos movidas contra o Estado-membro *Nordrhein-Westfalen*.

O Tribunal Estadual de *Nordrhein-Westfalen*, convencido da inconstitucionalidade do § 141 a. F. (versão revogada) da Lei do Funcionalismo Público em face do Art. 3 II e III GG, suspendeu o processo para que o TCF corroborasse a constitucionalidade ou declarasse a inconstitucionalidade do dispositivo, de cuja validade dependia o julgamento da ação.

O TCF admitiu a Representação do Tribunal Estadual e declarou o antigo § 141 como nulo, na medida em que e quando ele faz depender o recebimento da pensão *mortis causa* da existência de uma outra pretensão do viúvo contra a esposa falecida e, com isso, cria uma desvantagem para o grupo de viúvos de funcionárias públicas em relação ao grupo de viúvas de funcionários públicos. Como para esse tratamento desigual não se vislumbra qualquer justificação constitucional, ele é inconstitucional.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 12 de março de 1975  
- 2 BvL 10/74 -

no processo de controle de constitucionalidade do § 141 da Lei do Funcionalismo Público (*Beamtengesetz*) do Estado de Renânia do Norte – Vestfália (*Nordrhein-Westfalen*), na redação de 1º de julho de 1962 (GVBl., p. 272), na medida em que ele [§ 141 da ref. lei] faz depender a pretensão do viúvo de servidora pública a receber sua pensão, no que tange ao fundamento e valor, do direito a alimentos previsto legalmente para o viúvo em face da esposa falecida<sup>261</sup> – Decisão de suspensão e apresentação do controle concreto pelo Tribunal Estadual de Münster de 14 de abril de 1974 (2 O 212/72).

(...)

RAZÕES

A. - I. – III. (...)

B. - I.

A Apresentação Judicial é admitida. (...).

(...).

II.

O § 141 BG a.F. era inconstitucional.

(...)

1. (...).
2. (...).
- a) (...).

A remuneração e a aposentadoria são, portanto, em sua conformação como direitos a alimentos autônomos e irrenunciáveis – o direito à assistência material na forma, antes de tudo, de pretensão irrenunciável (§ 50 III BRRG) –, uma contraprestação garantida e uniforme fundada na vitaliciedade do cargo público, instituídas no próprio interesse da Administração em razão da preocupação natural do servidor emergente do casamento e da comunidade familiar em garantir o bem-estar econômico de seus familiares também

---

<sup>261</sup> A pretensão de alimentos deve existir em tese, portanto, já em vida.

para tempo posterior à sua morte, assegurando assim sua dedicação consciente à função e o cumprimento fiel de seu dever. (...).

(...).

b) Se, porém, de acordo com o que foi dito, a regra da própria Administração referente aos alimentos legalmente garantidos aos herdeiros do servidor público [homem] estão associados à pensão e também, assim, à última remuneração percebida pelo falecido – da mesma forma que a remuneração do servidor e a assistência material fornecida pela aposentadoria enquanto dimensões da contraprestação da Administração pela capacidade, aptidão e merecimento técnico profissional, que deve proteger toda a personalidade e força do trabalho do servidor no desempenho de função pública – então não podem ser aplicados ao viúvo de servidora quaisquer outros critérios.

c) (...).

É decisivo o fato de que, do ponto de vista da disciplina jurídica do funcionalismo público, a assistência material ao agente público e à sua família se encontra em conexão necessária com sua remuneração e com o vínculo estatutário, não podendo ser reconhecida neste mister qualquer diferença entre a situação do servidor e a da servidora que justificasse a diferenciação legal entre a pensão da viúva e a pensão do viúvo. Aos mesmos alimentos adequados à situação familiar [*status quo ante*] quando a servidora era viva corresponde somente o valor da pensão (este fixado em certa relação com a aposentadoria) dos sucessores, portanto, também de seu viúvo.

3. O Art. 3 II e III GG requer, portanto, que a servidora, também no que se refere à assistência material a seus familiares próximos, tenha o mesmo tratamento destinado ao servidor homem e que, assim, seja concedida pela próprio órgão da Administração onde serviu, por ocasião de sua morte na constância da sociedade conjugal, a pensão adequada ao viúvo sobrevivente, assim como ocorre com a viúva do servidor público [do sexo masculino]. (...).

### III.

Essa decisão foi em face da admissibilidade [da Apresentação Judicial] prolatada com 7 votos a 1. No mais, foi unânime.

(Ass.) *Seuffert, v. Schlabrendorff, Rupp, Geiger, Hirsch, Rinck, Rottmann, Wand*

### 35. BVERFGE 48, 327 (FAMILIENNAMEN)

#### Reclamação Constitucional contra ato normativo

31/05/1978

#### MATÉRIA:

Os reclamantes desejaram adotar, quando se casaram em 1965, o nome de solteira da esposa como **nome** do casal e **da família** (*Familiennamen*). Na época tiveram seu pedido junto ao órgão competente para registros públicos denegado. A legislação civil, específica do direito de família, avançava lentamente no sentido de corresponder materialmente ao Art. 3 II GG. Primeiro, reconheceu tão somente o direito da mulher de manter o nome de solteira, além do nome do marido. Finalmente, a partir de 14 de junho de 1976, pela nova redação dada ao § 1355 BGB, os casais passaram a poder adotar o nome de solteira da esposa como nome de família. Segundo o novo § 1355 II BGB, porém:

*“Como nome de casal os cônjuges podem, no momento da realização do matrimônio, por declaração ao tabelião, fixar o nome de nascimento [de solteiro] do marido ou o nome de nascimento [de solteira] da esposa. Em não havendo determinação [pelos cônjuges naquele momento], então o nome do casal é o nome de nascimento do marido.”* (grifo do org.)

A presente Reclamação Constitucional voltou-se diretamente contra o Art. 12, nº 13 b) da Primeira Lei de Reforma do Casamento (*Erstes Ehereformgesetz*) e, com isso, contra a exclusão da aplicabilidade no novo § 1355 II 1 BGB a casais casados antes do dia 1º julho de 1976. Como eles não tiveram a oportunidade jurídica de declarar, antes da entrada em vigor do § 1355 II 1 BGB, o nome de solteira da esposa como nome do casal, para eles não deveria valer a obrigação do § 1355 II 2 BGB. Os reclamantes alegaram, entre outros, o ferimento do Art. 3 II e III GG, porque a proibição imposta à mulher de ter seu nome de solteira como nome do casal significaria para ela uma desvantagem jurídica, pois o direito ao nome é assegurado pela própria lei civil no § 12 BGB.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional admitida e procedente. Na fundamentação, reforçou a tese de que um tratamento desigual entre

homens e mulheres não pode se fundamentar em diferenças biológicas. No caso em pauta, o TCF não encontrou nenhum outro dispositivo que pudesse justificar um tal tratamento desigual. E tudo isso válido desde a promulgação da *Grundgesetz* em 1949. Toda desvantagem sofrida pela mulher no período anterior à reforma do estatuto civil da família em 1976 deveria ser, portanto, tanto quanto possível, sanada.

Constitui violação do Art. 3 II GG a proibição, por excelência endereçada a todos os casais cujos casamentos foram celebrados entre 1º de abril de 1953 e 30 de junho de 1976, de adotarem o sobrenome (de nascimento) da mulher como nome de família.

### Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 31 de maio de 1978

– 1 BvR 683/77 –

(...)

#### RAZÕES

A.

(...)

I.

1. De acordo com o § 1355 BGB, de 18 de agosto de 1896 (RGBl., p. 195), a mulher adquire, com o casamento, o sobrenome do marido.

Após o Tribunal Constitucional Federal, em decisão de 18 de dezembro de 1953, ter verificado que o princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres previsto pelo Art. 3 II GG é direito válido e eficaz, e que, de acordo com Art. 117 GG, qualquer prescrição em contrário na área do direito de família e de matrimônio estaria revogada a partir de 31 de março de 1953 (BVerfGE 3, 225 [239 e *et seq.*]), o legislador alterou, nesse ponto, o atual § 1355 BGB, por meio da Lei da Igualdade (*Gleichberechtigungsgesetz*), de 18 de junho de 1957 (BGBl. p. 609). A partir daí, a mulher adquiriu o direito de acrescentar seu sobrenome de solteira ao nome de família (§ 1355 II BGB). De resto, não foi alterada a regra segundo a qual o nome do casal e da família era o sobrenome do marido (§ 1355 I BGB).

2. (...).

II. – III. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida e procedente.

I. – II. (...)

III.

1. O § 1355 I BGB, em sua antiga redação (§ 1355 I BGB a.F.), era incompatível com o Art. 3 II GG. A regra de que o sobrenome do marido era o nome do casal e da família vedava a possibilidade de o sobrenome da mulher tornar-se o nome da família. Apenas o marido teria o direito à continuidade de seu sobrenome como nome de família. A questão sobre qual dos sobrenomes dos cônjuges teria seguimento como nome de família foi decidida, assim, pela lei, exclusivamente em razão do gênero sexual. Essa regra apresentava-se como violação ao direito fundamental da mulher estabelecido pelo Art. 3 II GG. Essa discriminação da mulher ainda não foi sanada, quando ela passou a poder acrescentar seu sobrenome de solteira ao nome de família. Enquanto o homem não estava nem autorizado nem obrigado a tornar pública, por meio do sobrenome, a realidade de seu estado conjugal, o sobrenome da mulher sofria uma alteração por meio do matrimônio. Claramente evidente tornou-se este tratamento diferenciado da mulher com a determinação do sobrenome dos filhos havidos no casamento, pois que estes, segundo § 1616 BGB, recebiam apenas o sobrenome do pai.

2. O tratamento desigual destinado aos cônjuges pela antiga redação do § 1355 BGB não pode ser justificado por qualquer diferença biológica ou funcional. Tampouco, o equilíbrio dos cônjuges, nos quadros da unidade familiar, será afetado pelo fato de que o sobrenome do marido não seja o nome comum do casal e da família. Simplesmente, não há quaisquer diferenças decisivas entre homem e mulher que possam legitimar a regra encontrada no § 1355 BGB a.F. (antiga redação) enquanto regra coercitiva (cf. BVerfGE 10, 59 [81]; 15, 337 [343]; 21, 329 [343]; 31, 1 [4]; 39, 169 [185 s.]).

A tese de que a unidade familiar viria expressa no nome do marido fora fundamentada pela jurisprudência antiga no fato de que o marido representaria o grupo familiar perante terceiros e que, dentro da sociedade conjugal, ele teria tarefas e deveres que não seriam idênticas àquelas da mulher (...). Não se pode partir de uma representação geral do casamento pelo marido nas relações com terceiros, nem mesmo quando somente o marido exercer atividade econômica e a mulher limitar-se ao cumprimento das tarefas domésticas e ao cuidado dos filhos. Isso vale ainda mais naqueles casos onde ambos os

cônjuges são economicamente ativos. Principalmente a crescente inclusão da mulher no mercado de trabalho colaborou para o abandono da idéia anteriormente dominante, segundo a qual contradiria a natural divisão de tarefas no casamento e na família o fato de a mulher ser ativa profissionalmente, não se limitando ao cumprimento de suas tarefas no casamento e na família. (...).

3. O princípio da igualdade de direitos [entre homens e mulheres] também não é limitado, no presente caso, por um outro direito constitucional (cf. BVerfGE 10, 59 [80]).

a) Este seria o caso se o Art. 6 I GG exigisse, como proteção da família, a manutenção da exteriorização da relação familiar, que estava relacionada à regra contida no § 1355 I BGB a.F. (antiga redação). O Art. 6 I GG abrange, porém, não a proteção das gerações familiares em sentido amplo (*Generationen-Großfamilie*). Família, na acepção do Art. 6 I GG, significa, pelo contrário, principalmente, a família em sentido estrito, na comunidade domiciliar, composta pelos pais e seus filhos (...).

b) (...).

4. (...).

#### IV.

(...)

(Ass.) *Benda, Faller, Haager, Hesse, Simon, Richter, Katzenstein, Niemeyer*

### 36. BVERFGE 84, 9

(EHENAMEN)

#### Controle concreto

05/03/1991

#### MATÉRIA:

Trata-se de julgamento sobre Apresentações Judiciais que questionavam a constitucionalidade do § 1355 II 2 BGB, segundo o qual seria adotado o nome do marido em caso de não declaração pelos cônjuges do **nome de casal** (*Ehename*).

Como os cônjuges não declararam o desejo de adotar o nome da mulher como o nome do casal, o tabelião registrou o nome de casal como sendo o nome do marido, de acordo com o § 1355 II 2 BGB. Nos dois

processos originários, os cônjuges desejavam, em suma, manter seus respectivos nomes de solteiro, por isso, entraram com um pedido de correção do nome da esposa e declaração de manutenção do nome de solteiro do marido no órgão de registro público competente.

O TCF julgou presentes as condições das Apresentações Judiciais e declarou nulo o § 1355 II 2 BGB por ferir o Art. 3 II GG. Na fundamentação não se afasta do que já fora decidido na decisão supra (E 48, 327 – *Familiennamen*). Na época, o TCF não havia sido provado para enfrentar especificamente a constitucionalidade do novo § 1355 II 2 BGB.

Seguindo a opção da coletânea de JÜRGEN SCHWABE, reproduziu-se abaixo somente a principal ementa da decisão.

Não é compatível com o princípio da igualdade entre homens e mulheres (Art. 3 II GG) que o nome do marido se torne, por força de lei, o nome do casal, quando os cônjuges não fixarem nenhum dos seus sobrenomes de solteiros como nome do casal (§ 1355 II 2 BGB).

**Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 5 de março de 1991**

- 1 BvL 83/86 e 24/88 -

(...)

RAZÕES

A. I. – III; B.; C. I – II.; D. I – II. (...)

(Ass.) *Seidl, Grimm, Söllner, Dieterich, Kühling, Seibert*

**37. BVERFGE 52, 369**

(HAUSARBEITSTAG)

**Reclamação Constitucional contra decisão judicial /**

**Reclamação Constitucional contra ato normativo**

**(indiretamente)**

13/11/1979

**MATÉRIA:**

O reclamante, um atendente de enfermagem funcionário do Estado de *Nordrhein-Westfalen*, ajuizou uma ação trabalhista requerendo a outorga

de um dia de folga no mês para a realização do trabalho doméstico, o assim chamado **dia do trabalho doméstico** (*Hausarbeitstag*), que havia sido denegado pelo empregador. O § 1 da Lei do Dia do Trabalho Doméstico do Estado de *Nordrhein-Westfalen* (HATG NRW) garantia, todavia, um tal benefício somente à mulher com “economia própria” (ou seja, no caso, com uma residência a ser autonomamente administrada) que trabalhasse pelo menos 40 horas semanais. Por isso, sua ação foi julgada improcedente.

O TCF julgou sua reclamação admitida e procedente para o duplo efeito de revogar a decisão (*Urteil*) do tribunal trabalhista e declarar o § 1 HATG NRW como incompatível com o Art. 3 III GG, quando este exclui da outorga do benefício os homens com economia própria e que trabalhem pelo menos 40 horas semanais.

Não é compatível com o Art. 3 II GG conceder às mulheres solteiras, com economia própria, o direito ao dia de trabalho doméstico, mas não aos homens [que se encontram] na mesma situação.

### Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 13 de novembro de 1979

- 1 BvR 631/78 -

(...)

#### RAZÕES

##### A.

A Reclamação Constitucional diz, respeito à constitucionalidade do § 1 da Lei do Estado de *Nordrhein-Westfalen*, que concede folga à mulher com economia própria para dedicação ao trabalho doméstico feminino, mas não o concede ao trabalhador homem solteiro com economia própria.

##### I.

1. (...).

2. A prescrição do § 1 da HATG NRW (*Hausarbeitstagsgesetz* – Lei do Dia do Trabalho Doméstico) tem o seguinte teor:

Nas firmas e repartições de qualquer tipo, as mulheres com economia própria, que trabalham, em média, no mínimo 40 horas semanais, têm direito a um dia de folga durante a semana (dia do trabalho doméstico) por mês.

## II. – III. (...)

### B.

A Reclamação Constitucional é admitida e julgada procedente. O § 1 HATG NRW não é compatível com o Art. 3 II GG, quando o dispositivo prevê somente para a mulher solteira com economia própria a outorga de um dia do trabalho doméstico.

#### I.

É objeto do exame de constitucionalidade o § 1 da HATG NRW, na interpretação dada à prescrição legal pelo Tribunal Federal do Trabalho na decisão de seu Grande Senado de 16 de março de 1962 (BAG 13, 1 = AP n° 19 sobre § 1 HausarbTagsG) e que, desde então, é base de sua jurisprudência. Segundo a mencionada interpretação, no território do Estado de *Nordrhein-Westfalen*, todas as mulheres têm, sem considerar seu estado civil, direito ao dia do trabalho doméstico, se trabalharem por uma determinada jornada e tiverem economia e gestão próprias. Para o trabalhador do sexo masculino que se encontrar na mesma situação, o até então inequívoco teor do dispositivo não prevê, pelo contrário, a esse respeito, o direito ao dia do trabalho doméstico. Também o tribunal trabalhista parte desta situação jurídica na decisão impugnada pela Reclamação Constitucional.

O parâmetro do exame é o Art. 3 II GG. O mandamento ali contido de igualdade de direitos entre homens e mulheres concretiza o princípio geral de igualdade e veda que a diferença entre os gêneros possa servir como fundamento para a discriminação pelo direito. Isto, no entanto, não exclui, segundo a jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal, a possibilidade de regras que diferenciem homens e mulheres segundo diferenças biológicas e funcionais (referente à divisão do trabalho) objetivas, de acordo com a natureza da respectiva relação social (cf. BVerfGE 3, 225 [242]; 5, 9 [12]; 10, 59 [74]; 15, 337 [343]; 21, 329 [343f.]; 31, 1 [4f.]; 37, 217 [249f.]; 43, 213 [225]). A diferenciação perpetrada pela regra do § 1 HATG NRW, pelo menos no caso de solteiros, não encontra respaldo em tais características.

#### II.

A regra do § 1 HATG NRW condiciona a determinação de quais pessoas têm direito ao dia do trabalho doméstico somente à diferença de gênero, estabelecendo com isso uma diferenciação constitucionalmente inadmissível.

1. Com a garantia do dia do trabalho doméstico, deve ser dada à trabalhadora a oportunidade de realizar serviços domésticos no próprio lar, que só muito dificilmente poderiam ser realizados paralelamente à jornada profissional, especialmente os vultosos trabalhos de lavagem e limpeza. (...).

2. O encargo duplo da atividade profissional e serviço doméstico pode ser considerado também em relação aos homens. É o que vale principalmente para os solteiros, que cuidam sozinhos de suas próprias casas, já que a atividade profissional e a administração doméstica se concentram inevitavelmente em uma só pessoa. Desde que um trabalhador solteiro enfrente o encargo duplo de atividade profissional e serviço doméstico, não se justifica tratá-lo de maneira diferente do que uma trabalhadora solteira junto à concessão do dia de trabalho doméstico. Diferenças biológicas ou funcionais (referentes à divisão do trabalho) não marcam, neste caso, a situação a ser disciplinada de maneira tão decisiva, ao ponto de os elementos de comparação precisarem ser deixados completamente de lado e a regulamentação jurídica diferenciada não poder mais ser logicamente compreendida pelos conceitos “discriminações” e “favorecimentos”<sup>262</sup> (cf. BVerfGE 37, 217 [249] m.w.N.).

a) Não faz parte das peculiaridades condicionadas pelo gênero da mulher a execução do trabalho doméstico. Se, contudo, neste âmbito, se espera que tal atividade em primeira linha seja executada pela mulher, isso se deve tão somente à idéia tradicional de que cabe à mulher providenciar a execução total ou em grande parte do trabalho doméstico.

A regra até hoje vigente também não pode ser justificada por uma [suposta] menor produtividade da mulher. Neste ponto, não precisa ser perscrutado se, em geral, as mulheres têm menor resistência no que tange ao esforço físico e estão mais sujeitas a danos à saúde do que os homens. Em todo caso, não é objetivo do dia do trabalho doméstico compensar uma eventual constituição mais frágil da mulher. Isto é levado em conta, no que se refere às relações trabalhistas, pelas prescrições específicas de segurança do trabalho, previstas nos §§ 16 a 19 do Código da Jornada de Trabalho (*Arbeitszeitordnung*).

(...). Por meio da concessão do dia do trabalho doméstico, deve ser dado à trabalhadora onerada duplamente com profissão e trabalho doméstico uma oportunidade e tempo para tratar dos serviços mais pesados da casa, que tomam mais tempo do que o tempo

---

<sup>262</sup> Ou seja, no caso em pauta, como os elementos de diferenciação não podem ser deixados de lado, há de se falar, sim, logicamente, nos conceitos “discriminações” e “favorecimentos”. Trata-se, nesta passagem, de um clássico argumento “*e contrario*” do TCF.

respectivamente disponível após uma jornada regular de trabalho. A regra não se baseia nas diferentes produtividades do homem e da mulher no âmbito da vida trabalhista, como notadamente ocorre com as normas do Código da Jornada de Trabalho, tendo em vista seu contexto total, mas tão somente em uma avaliação do duplo encargo causado pela combinação entre atividade profissional e trabalho doméstico. Um trabalhador do sexo masculino que concomitantemente à vida profissional administre [sozinho] sua casa, pode ser, da mesma forma, atingido por esse encargo duplo. A quantidade do trabalho doméstico a ser executado não é menor quando ele é realizado por um homem ao invés que por uma mulher. Nestes termos, não pode ser fundamentada a concessão do dia do trabalho doméstico remunerado somente para mulheres com base nas diferenças biológicas existentes entre os sexos.

(...).

b) (...).

### III.

O Tribunal Constitucional Federal não pode declarar a nulidade da prescrição do § 1 HATG NRW, mas deve limitar-se a verificar sua inconstitucionalidade, pois ao legislador abrem-se diferentes caminhos para estabelecer a igualdade exigida pela Constituição (cf. BVerfGE 25, 236 [252]).

## 38. BVERFGE 39, 334

(EXTREMISTENBESCHLUSS)

### Controle concreto

22/05/1975

#### MATÉRIA:

Objeto do controle concreto<sup>263</sup> foi o § 9 I, n° 2 da Lei do Funcionalismo Público de *Schleswig-Holstein* na redação de 10 de maio de 1971 (GVBl., p. 254), o qual em consonância com o § 4 I, n° 2 BRRG determinava que no funcionalismo público somente pode ser investido quem, entre outros, “oferecer a garantia de que em qualquer momento se engajará pela ordem fundamental democrática e livre na acepção da *Grundgesetz*.”

---

<sup>263</sup> Síntese da matéria baseada em GRIMM / KIRCHHOF (1993: 416).

Segundo o Decreto sobre a Formação dos Juristas em *Schleswig-Holstein* (JAO) na redação, à época vigente, de 25 de maio de 1972 (GVBl., p. 91) o serviço de preparação de juristas (espécie de estágio mais rigoroso, onde os candidatos a *Volljurist* – jurista pleno – desempenham as principais funções, especialmente a magistratura) deveria ser feito exclusivamente na relação funcional pública de tempo determinado. No processo originário, tratava-se de uma ação de um candidato ao serviço de preparação, cujo pedido de admissão ao serviço de preparação jurídica do Estado de *Schleswig-Holstein* fora indeferido, entre outras razões, porque ele participara por diversas vezes, durante seu tempo estudantil, de eventos da “Célula Vermelha Direito”, uma associação que, segundo o entendimento da Secretaria de Justiça Estadual, tinha objetivos anticonstitucionais. O candidato promoveu uma ação junto ao Tribunal Administrativo de *Hannover*, que suspendeu o processo, apresentando ao TCF o dispositivo legal estadual sobre a obrigação de lealdade à Constituição (*Verfassungstreupflicht*) dos funcionários públicos, uma vez que ele feriria, a seu entendimento, o Art. 12 GG.

O TCF declarou o dispositivo mencionado da Lei Estadual do Funcionalismo Público como compatível com a *Grundgesetz*.

### Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 22 de maio de 1975

- BvL 13/73 -

(...)

#### RAZÕES

A. I. – VI.; B. 1 – 3. (...)

C.

O § 9 I, nº 2 LBG é compatível com a *Grundgesetz* e também com o resto do direito federal.

I. – II. (...)

III.

1. – 2. (...).

3. Segundo o Art. 3 III GG, ninguém pode “ser prejudicado ou favorecido em razão de suas convicções políticas”. Desta forma, é formalizado o princípio geral de igualdade

do Art. 3 I GG, sendo proibida a utilização da convicção política como ponto de partida para a discriminação ou a concessão de privilégio. Isso, porém, não enfraquece o dever de lealdade do funcionário público enraizada na relação jurídica do funcionalismo para com o Estado, a qual tem as seguintes conseqüências:

Primeiramente, é inaceitável [que se entenda] a vedação do Art. 3 III GG como incidente somente sobre o mero “ter” uma convicção política, mas também sobre o expressar e agir conforme esta convicção política, pois expressar e agir segundo uma convicção política estão evidentemente assegurados por direitos fundamentais especiais, principalmente os direitos individuais de liberdade, que giram em torno de uma ação (portanto: Art. 2 I, 4, 5, 8, 9 GG). Estes contêm suas *próprias* descrições de seus limites, que não poderiam ser mantidos ou concretizados pelo legislador se o Art. 3 III GG não o permitisse.

A despeito disso, aquela proibição formal do Art. 3 III GG não vale de maneira absoluta. Deveria ser óbvio que não pode ser tido como inadmissível considerar, no momento da alocação de um professor em uma escola confessional, sua convicção religiosa, ou dar preferência a uma mulher para a profissão de diretor de uma escola para meninas, ou não contratar, então, um alemão, porque ele foi educado no exterior e não é fluente na língua alemã. Pode-se, com isso, fundamentar estes limites no fato de que o Art. 3 III GG (“por causa de”) proíbe somente o prejuízo ou o favorecimento intencionados, mas não uma vantagem ou desvantagem, que representem conseqüências de uma regra com propósito totalmente diferente deste, como, por exemplo, as normas de proteção às gestantes ou para proteção da ordem constitucional, dentre outras, ou que recorram à “natureza da matéria” (cf. BVerfGE 7, 155 [170]).

Finalmente, uma prescrição constitucional não pode ser interpretada isoladamente; ela deve, pelo contrário, ser interpretada a partir do contexto da Constituição (BVerfGE 19, 206 [220]; 30, 1 [19]; 33, 23 [29]). Colocado neste contexto, pode-se excluir por excelência a hipótese de que a mesma Constituição que constituiu a República Federal da Alemanha a partir da amarga experiência do destino que acometeu a democracia Weimariana como uma democracia aguerrida e capaz de se defender, tenha mandado entregar, com ajuda do Art. 3 III GG, esse Estado aos seus inimigos (cf. BVerfGE 30, 1 [20]; 28, 36 [49]; 13, 46 [49]).

4. (...).

## IV.

## 1. – 2. (...).

A presente decisão foi, em sede de conclusão<sup>264</sup>, prolatada unanimemente.

(ass.) *Seuffert*, Dr. *v. Schlabrendorff*, Dr. *Rupp*, Dr. *Geiger*, *Hirsch*,  
Dr. *Rinck*, Dr. *Rottmann*, *Wand*

Opinião discordante do Juiz *Seuffert* sobre a decisão (*Beschluss*)  
do Segundo Senado de 22 de maio de 1975 - 2 BvL 13/73 -

## 1. – 3. (...).

*Seuffert*

Opinião discordante do Juiz Dr. *Rupp* sobre a fundamentação da decisão (*Beschluss*)  
do Segundo Senado de 22 de maio de 1975 - 2 BvL 13/73 -

## I. – III. (...)

Dr. *Rupp*

Opinião discordante do Juiz *Wand* sobre a decisão (*Beschluss*) do  
Segundo Senado de 22 de maio de 1975 - 2 BvL 13/73 -

## I. – III. (...)

*Wand*

<sup>264</sup> A ressalva diz respeito às três opiniões divergentes abaixo indicadas, que se referiram, todavia, somente à fundamentação. Cf. a síntese das fundamentações das três opiniões em GRIMM / KIRCHHOF (1993: 437 s.).

### 39. BVERFG 8, 28

(BESOLDUNGSRECHT)

Controle concreto

11/06/1958

MATÉRIA<sup>265</sup> :

O Superior Tribunal Estadual de *Nürnberg* apresentou ao TCF sua dúvida quanto à constitucionalidade da lei de mudança e complementação do **salário do funcionalismo público** (*Besoldungsrecht*) em face do Art. 3 I GG (igualdade), porque esta excluía do rol de contemplados por um aumento salarial de vinte por cento certas categorias de aposentados, como o autor da ação original (um funcionário dos correios do antigo Reich). Esta ação foi julgada improcedente pelo Tribunal Estadual de *Nürnberg* por não ter seu autor direito segundo a nova lei.

A apresentação não foi admitida pelo TCF, em síntese, porque faltaria a relevância para a decisão do caso concreto, mesmo que a parte especificamente questionada do § 6º I da lei fosse declarada inconstitucional, pois uma vez suprimida uma parte do dispositivo, ele não seria estendido a grupos antes não contemplados, [porém mais restrito].

No mais, em sua fundamentação o TCF se distanciou – o que resta claro no excerto abaixo reproduzido – da decisão publicada em BVerfGE 6, 273, onde, em razão da matéria, pode-se chegar a conclusão de que, se o legislador tivesse observado o Art. 3 I GG, teria adotado o texto mais extenso, contemplando um partido político excluído de um benefício. No presente caso, não se excluiu apenas um grupo do benefício, mas se privilegiou, em desrespeito ao Art. 3 I GG, um grupo específico.

Como a Apresentação não foi admitida para o julgamento, o TCF não entrou no mérito da constitucionalidade do dispositivo questionado. A inadmissibilidade ficou, portanto, restrita à devida verificação da impossibilidade de questionar a exclusão de um privilégio por esse meio processual.

<sup>265</sup> Cf. acima a **Decisão 2.**, porém com outra abordagem (relativa, especificamente, à questão da interpretação).

1. (...).
2. Se uma Lei de Vencimentos com propósito e conteúdo claros viola o Art. 3 I GG porque ela não contempla determinados grupos de servidores públicos, então um tribunal não pode reconhecer a um funcionário público o salário previsto naquela lei deste grupo [excluído] por meio de interpretação extensiva.
3. Se o legislador favorecer determinados grupos em violação ao Art. 3 I GG, o Tribunal Constitucional Federal pode declarar a nulidade do dispositivo que outorga o favorecimento ou verificar que a não contemplação de determinados grupos é inconstitucional. No entanto, ele não pode estender o favorecimento aos grupos excluídos, quando não se puder determinar com segurança que o legislador teria, em observância ao Art. 3 I GG, formulado uma tal regra.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 11 de junho de 1958

– 1 BvL 149/52 –

(...)

#### RAZÕES

A.

1. – 3. (...).

B.

A Apresentação Judicial não é admitida [as condições e pressupostos processuais não estão presentes].

1. – 2. (...).

a) (...).

b) (...).

O Tribunal Constitucional Federal em verdade declarou, junto ao exame de constitucionalidade de um decreto que concedia benefícios a apenas um grupo de partidos políticos, em violação do Art. 3 I GG, dada a sua redação restritiva, somente o dispositivo restritivo como nulo (BVerfGE 6, 273 *et seq.*), de modo que passaram a ser contemplados, a partir do teor restante do dispositivo, todos os partidos [também os antes excluídos]. Nesse caso, tratou-se, todavia, de uma especial situação de fato: Quando o legislador, violando o Art. 3 I GG, favorecer apenas um grupo de pessoas, o Tribunal Constitucional

Federal não poderá, em princípio, restabelecer a igualdade fixando ele mesmo, no lugar do legislador, um novo teor legal que abranja também os grupos de pessoas [antes] não contemplados. Nestes termos, o legislador poderia possivelmente desistir de toda e qualquer regra legal, se ele reconhecesse junto ao exercício de seu poder discricionário o alcance [na situação a ser regulamentada] do Art. 3 I GG. Uma decisão do Tribunal Constitucional Federal baseada no Art. 3 I GG deve preservar na medida do possível a liberdade de conformação do legislador. Isso é plenamente possível no caso de leis que onerem um determinado grupo de pessoas em desrespeito àquele direito fundamental, oportunidade em que o Tribunal Constitucional Federal declara a norma em questão como nula, deixando, destarte, ao legislador todas as novas possibilidades de conformação. Todavia, quando uma lei violar o Art. 3 I GG por meio do favorecimento de um certo grupo de pessoas, o Tribunal Constitucional Federal poderá declarar a nulidade do dispositivo favorecedor ou verificar que a não contemplação de determinados grupos – portanto a omissão do legislador – é inconstitucional. Em ambos os casos, o legislador poderia decidir de que modo ele, por meio de uma nova regra, iria observar o princípio da igualdade. Ao contrário, uma decisão que – como a decisão (*Beschluss*) de 21 de fevereiro de 1957 (BverfGE 6, 273 *et seq.*) – declarar a inconstitucionalidade de [somente] parte de um dispositivo é somente admissível quando o Tribunal Constitucional Federal pode com segurança reconhecer que o legislador, se tivesse observado o Art. 3 I GG, teria escolhido também a redação restante, ou seja, que teria estendido [o benefício da] a lei, sem alteração, a todos os grupos que deveriam ser contemplados segundo o Art. 3 I GG. Isto pôde ser deduzido naquela decisão. Tratou-se lá de um decreto junto ao qual era duvidoso afirmar se já a própria lei que lhe servira de fundamento quisera obrigar à contemplação de *todos* os partidos (*op. cit.*, p. 281). Especificamente, porém, o governo federal, que fora autorizado à edição do decreto, estabeleceu o tratamento diferenciado entre os partidos apenas por razões evidentemente formais, nomeadamente para a facilitação da execução técnica, mas não – segundo a natureza da matéria – para compreender um círculo limitado de partidos.

Tais ou semelhantes pressupostos não existem, entretanto, no presente caso. (...).

4. (...).

**Seleção de 5 indicações bibliográficas sobre o Art. 3 GG:**

BLECKMANN, Albert. *Die Struktur des allgemeinen Gleichheitssatzes*, 1995.

EPINEY, Astrid. *Umgekehrte Diskriminierungen*, 1995.

HUSTER, Stefan. *Rechte und Ziele*, 1993.

KALLINA, Hans-Michael. *Willkürverbot und neue Formel: der Wandel der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 I GG*. 2001.

SACHS, Michael. *Grenzen des Diskriminierungsverbots*, 1987.

**Mais jurisprudência do TCF sobre o Art. 3 GG:**

BVerfGE 4, 144 (155) – *Abgeordneten-Entschädigung*; 6, 84 (91) – *Sperrklausel*; 10, 59 (74 et seq.) – *Elterliche Gewalt*; 17, 1 (23) – *Waisenrente I*; 17, 122 (130 s.) – *Wiedergutmachung*; 37, 217 (249 et seq.) – *Staatsangehörigkeit von Abkömmlingen*; 55, 72 (88 et seq.) – *Präklusion I*; 74, 9 (24, 28 et seq.) – *Arbeitsförderungsgesetz 1979*; 74, 182 (200) – *Einheitswerte I*; 75, 108 (157) – *Künstlersozialversicherungsgesetz*; 84, 239 (268 et seq.) – *Kapitalertragssteuer*; 85, 191 (206 et seq.) – *Nachtarbeitsverbot*; 87, 1 (36 s.) – *Trümmerfrauen*; 88, 87 (96 s.) – *Transsexuelle II*; 89, 276 (286) – *§ 611a BGB*; 92, 91 (109 et seq.) – *Feuerwehrrabgabe*; 93, 121 (134 et seq.) – *Einheitswerte II*; 99, 1 (8 et seq.) – *Bayerische Kommunalwahlen*; 101, 54 (101) – *Schuldrechtsanpassungsgesetz*; 105, 73 (110 et seq.) – *Pensionsbesteuerung*.