**CASAMENTO HOMOAFETIVO E POTENCIAL RESTRIÇÃO LEGISLATIVA**

**Same-sex marriage and potential legislative limitation**

**Flávio Martins[[1]](#footnote-1)**

**Sumário:** 1. Prolegômenos; 2. Constitucionalismo Teocrático; 3. A família e o Direito Constitucional; 4. Considerações Finais;

**Resumo:** O presente trabalho visa a buscar o conceito contemporâneo de “família”, à luz dos princípios e normas constitucionais, de modo a identificar qual a garantia constitucional de proteção da família. Dessa maneira, identificando os parâmetros constitucionais, poderemos concluir quais os limites de restrição por meio do legislador ordinário, que muitas vezes tenta proibir no país o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Palavras-chave: Família; Casamento; Casamento homoafetivo; Constitucionalismo Teocrático

**Abstract:** This paper aims to search for the contemporary concept of “family”, considering constitutional principles and norms, to identify the constitutional guarantee of family protection. In this way, by identifying the constitutional parameters, we will be able to conclude what the limits of restriction are by the ordinary legislator, which often tries to prohibit same-sex marriage in the country.

**Keywords:** Family; Marriage; Same-sex marriage; Theocratic Constitutionalism

**1- Prolegômenos**

Em 2023, a Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família da Câmara dos Deputados aprovou o projeto de lei 580, de 27 de março de 2007, que proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo. O referido projeto, por tratar do mesmo objeto do projeto de lei 5.167/09, foi a ele apensado. Esse último, teve como uma das justificativas: “Deus não criou Adão e um outro Adão. Ele fez uma mulher, Eva, como parceira apropriada para Adão”. O relatório, de responsabilidade do deputado federal Pastor Eurico (PL/PE), aprovado pela maioria da Comissão sobredita, utilizou os seguintes argumentos favoráveis ao projeto de lei: a) o STF, ao reconhecer a união estável e a família homoafetiva, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, “usurpou a competênia do Congresso Nacional, exercendo atividade legiferante incompatível com suas funções típicas”; b) a previsão constitucional da proteção estatal à “união estável entre o homem e a mulher” (art. 226, § 3º, CF) impede o reconhecimento legal de uma união estável homoafetiva; c) o Brasil é uma “nação cristã (...) que mantém os valores da família”; c) o casamento homoafetivo não atende “ao anseio social dominante”.

Projetos de lei dessa natureza, com justificativas bíblicas ou religiosas, são cada vez mais frequentes e decorrem de um fenômeno já abordado pela doutrina pátria, denominado “constitucionalismo teocrático”, cujas causas e consequências serão abordadas a seguir. É imperioso verificar se vedações legais à união homoafetiva ou casamento homoafetivo como entidade familiar são constitucionais ou não, utilizando-se de fundamentação constitucional e axiológica, inerentes ao tema.

**2. Constitucionalismo Teocrático**

Esse fenômeno, identificado e estudado principalmente pelos constitucionalistas Larry Backer (nos Estados Unidos) e Ran Hirschl (no Canadá), decorre da contemporânea reaproximação entre o Estado e a Igreja (da maioria) e consiste na progressiva mudança do sistema jurídico e das instituições do país, distanciando-se paulatinamente da laicidade, aproximando os valores e instituições constitucionais dos valores e instituições religiosas. Como afirma Flávio Martins, no Constitucionalismo Teocrático, “as leis religiosas costumam ser consagradas como a principal fonte de toda legislação e dos métodos de interpretação”[[2]](#footnote-2). Por exemplo, o Projeto de Lei 5.167/09 teve como justificativa os versículos bíblicos 2:24 (do Gênesis) e 19:6 (do Evangelho Segundo Mateus).

Dentre as características do Constitucionalismo Teocrático, nas palavras de Ran Hirschl, está “a consagração constitucional da religião, os seus textos, diretrizes e interpretações como fonte fundamental da legislação e interpretação”[[3]](#footnote-3). No Brasil, esse fenômeno é crescente, mas não é novo. Por exemplo, a Lei Federal 6.802, de 30 de junho de 1980, declara como “feriado nacional o dia 12 de outubro, para culto público e oficial a Nossa Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil”. Por se tratar de um feriado nacional, nos termos da Lei 662/1949, “só serão permitidas (...) atividades privadas e administrativas absolutamente indispensáveis”[[4]](#footnote-4).

Vários são perigos do crescente Constitucionalismo Teocrático. Primeiramente, como no caso em tela (proibir a constituição de uma família homoafetiva, com base em fundamentos bíblicos), o Estado tornaria público e legal um valor decorrente da crença religiosa da maioria, acabando por desproteger indevidamente os direitos de uma minoria, que não compartilha dos mesmos valores, das mesmas crenças. Dentre outros fundamentos, ensejar esse nível de desproteção jurídica às minorias étnicas, sociais, religiosas ou sexuais, o Estado viola o princípio da proporcionalidade, na sua ótica da “proibição da proteção insuficiente” (*untermassverbot*), maculando a norma de evidente inconstitucionalidade.

**3. A família e o Direito Constitucional**

A Constituição Federal, em seu artigo 226, afirma que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Diversos são os dispositivos constitucionais que concretizam esse escopo constitucional. Por exemplo, a Constituição, no artigo 5o, XXVI, prevê a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, “desde que trabalhada pela família”. O artigo 7º, XII, prevê como direito fundamental social o “salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda”. A Constituição prevê também o “auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda” (art. 201, IV) e que a proteção à família é um dos objetivos da assistência social (art. 203, I).

A proteção constitucional da família é, segundo a doutrina constitucional, uma garantia constitucional (e, portanto, uma cláusula pétrea), que pode ser denominada de “garantia institucional”: “enquanto as garantias fundamentais referem-se à pessoa, em suas relações particulares, as *garantias institucionais* incidem sobre toda a sociedade. Elas são garantias que têm por objetivo tutelar determinadas instituições de direito público que, devido à sua importância, devem ser protegidas contra a ação erosiva do legislador”[[5]](#footnote-5). Não obstante, embora preveja a proteção constitucional da família, a Constitucional não a define. O mesmo ocorre com a proteção constitucional da criança, do adolescente e do jovem. Embora haja inequivocamente a proteção constitucional, a Constituição não estabelece o conceito exato das garantias institucionais sobreditas, como a família.

Essa abertura constitucional é sempre salutar, pois possibilita interpretações progressivas e mais consentâneas com os valores contemporâneos da sociedade. Quanto ao conceito de família, por exemplo, caberá à legislação infraconstitucional[[6]](#footnote-6), bem como ao intérprete da Constituição Federal extrair o real significado do termo. Farta doutrina brasileira entende a mudança do conceito de *família*, não apenas por força da evolução social, mas também pela mudança constitucional. Em outras palavras, é o que afirma Juliana Maggi Lima, em sua dissertação de mestrado pela Universidade de São Paulo: “na ausência de um conceito legal hermético e diante da impossibilidade, segundo a hipótese que se adota, de trazer conceito definitivo, especialmente diante da posição de destaque da dignidade da pessoa humana na CF, é de grande relevância a identificação dos parâmetros que definem a família após a superação da exclusividade do casamento como sua origem”[[7]](#footnote-7).

**4. Considerações Finais**

Na histórica decisão proferida na ADI 4277, de 2011, o STF tratou do conceito aberto de família, dado pela Constituição Federal: “O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos” (STF, ADI 4.277, rel. Min. Ayres Britto, Pleno, j. 05.05.2011).

Outrossim, por força dos princípios da *força normativa da Constituição* e da *supremacia da Constituição*, o ordenamento jurídico infraconstitucional deve sempre ser interpretado à luz dos valores constitucionais expressos ou implícitos. No Direito de Família, a Constituição de 1988 trouxe profundas alterações, afastando a família do conceito vetusto, patriarcal, em que a mulher era uma mera colaboradora do homem, na sua condução da família: “o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher” (art. 233, do Código Civil, de 1916). Nesse sentido, afirma Nancy Andrighi: “um olhar crítico lançado sobre a legislação infraconstitucional de família deve ter como premissa a ideia de concretização máxima da *dignidade* e dos demais *direitos fundamentais* decorrentes, de modo a permitir que as relações humanas, acima de tudo, prestigiem e fomentem a *felicidade* de seus integrantes no mais profundo e pessoal grau de realização”[[8]](#footnote-8).

Dessa maneira, como afirma doutrina e jurisprudência, o conceito de família deve ser extraído de valores constitucionais como a *solidariedade*, a *afetividade*, a *fraternidade*, a *dignidade da pessoa humana* etc. Segundo o STJ: “a Constituição da República de 1988 inseriu acentuadas transformações no conceito de família, influenciadoras sobre o Código Civil de 2002, que redimensiona as relações familiares no contexto do Estado Democrático de Direito. Dentre os princípios constitucionais do Direito Civil no âmbito familiar, merece relevância e destaque o princípio da afetividade, pelo qual o escopo precípuo da família passa a ser a solidariedade social para a realização das condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regendo o núcleo familiar pelo afeto” (REsp. 1.574.859-SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, por unanimidade, julgado em 8/11/2016, DJe 14/11/2016).

Portanto, as leis infraconstitucionais existentes devem ser interpretadas à luz dos valores e princípios constitucionais que norteiam a família. Outrossim, novas leis infraconstitucionais que atentarem contra esses valores, serão declaradas inconstitucionais, por serem inválidas.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Um Olhar Revisionista sobre a Legislação Infraconstitucional de Família*. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina. Edição Comemorativa – 25 anos.

LIMA, Juliana Maggi. *A Família Homoafetiva na Jurisprudência do STF e do STJ e sua contribuição à construção do conceito jurídico de família*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. 2018. Orientadora: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MARTINS, Maria d’Oliveira Martins. *Contributo para a Compreensão da Figura das Garantias Institucionais*. Lisboa: Almedina, 2008.

1. Pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha. Coordenador do Curso de Mestrado em Direito da UNIFIEO. E-mail: falecom@professorflaviomartins.com.br [↑](#footnote-ref-1)
2. MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*, p*. 64*. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Op. cit*., p. 64. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ao estabelecer um feriado nacional, a legislação federal produz uma restrição à livre iniciativa, um dos fundamentos da ordem econômica (art. 170, CF) e da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF). Como sabido e consabido por todos, as restrições infraconstitucionais às normas constitucionais serão válidas, desde que haja um critério proporcional e razoável de restrição. No caso específico dos feriados religiosos (que, como vimos, restringem o fundamento da “livre iniciativa”), parece-nos que, no seu modelo atual, é constitucional. Isso porque, a potencial criação de feriados está limitada pela Lei Federal 9.093/95, que prevê: “são feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão” (grifamos). Ao estabelecer um limite da restrição infraconstitucional à *livre iniciativa*, o regramento jurídico brasileiro parece ser válido, na medida em que faz uma ponderação razoável entre os valores da livre iniciativa e dos direitos culturais e religiosos. [↑](#footnote-ref-4)
5. MARTINS, Maria d’Oliveira. *Contributo para a Compreensão da Figura das Garantias Institucionais,* p. 121. [↑](#footnote-ref-5)
6. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) define como “família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes” (art. 25, *caput*) e como *família extensa ou ampliada* “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive ou mantém vínculos de afinidade e afetividade” (art. 25, parágrafo único). [↑](#footnote-ref-6)
7. *A Família Homoafetiva na Jurisprudência do STF e do STJ e sua contribuição à construção do conceito jurídico de família*,p. 28. A autora também explica a evolução do conceito de família, no cenário internacional: “Após duas Grandes Guerras e diante de conflitos regionais, a família ganhou importância enquanto estrutura da sociedade. (...) Até por essas razões históricas, a família se consolidou no século XX como principal responsável pelos indivíduos, que se devem cuidados mútuos. (...) A família passou a ser sinônimo de cuidados mútuos e desenvolvimento, mas não necessariamente nela se produziam os recursos necessários, em razão da mecanização da produção, da consequente produção em massa e da especialização. A família deixou de ser uma fonte necessária de mão de obra para atender ao chefe da família, até se tornar, após longo processo, o meio de desenvolvimento do indivíduo, como se entende hoje, e fonte de novos consumidores” (p. 47). [↑](#footnote-ref-7)
8. *Um Olhar Revisionista sobre a Legislação Infraconstitucional de Família*, p. 3. [↑](#footnote-ref-8)