

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Tereza Cristina Amaro Fonseca

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONCEITO DE FAMÍLIA ADOTADO PELO
PROJETO DE LEI Nº 6583/2013 NO QUE TANGE À EXCLUSÃO DAS FAMÍLIAS
HOMOAFETIVAS**

Porto Alegre
2018

TEREZA CRISTINA AMARO FONSECA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONCEITO DE FAMÍLIA ADOTADO PELO
PROJETO DE LEI Nº 6583/2013 NO QUE TANGE À EXCLUSÃO DAS FAMÍLIAS
HOMOAFETIVAS**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof^a Dr^a Simone Tassinari
Cardoso

Porto Alegre
2018

TEREZA CRISTINA AMARO FONSECA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONCEITO DE FAMÍLIA ADOTADO PELO
PROJETO DE LEI Nº 6583/2013 NO QUE TANGE À EXCLUSÃO DAS FAMÍLIAS
HOMOAFETIVAS**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof^a Dr^a Simone Tassinari
Cardoso.

Aprovada em 11 de janeiro de 2018.

AGRADECIMENTOS

Peço vênia para prestar meus agradecimentos a algumas pessoas sem as quais a realização do presente trabalho não teria sido possível.

Agradeço a minha família pelo apoio ao longo de toda minha vida acadêmica, e em especial durante a realização de meu trabalho de conclusão de curso.

Agradeço à Prof^a Dr^a Simone Tassinari Cardoso pela dedicação empregada na minha orientação, e por acreditar na minha capacidade.

Agradeço, também, a todos os professores e profissionais que serviram de inspiração para que eu decidisse por seguir carreira no Direito.

Agradeço a minha noiva pela infinita paciência e carinho, em especial na reta final da minha graduação.

Agradeço, por fim, a todos que possibilitaram o reconhecimento dos direitos aos casais homoafetivos no Brasil, não apenas por viabilizar o presente trabalho, mas principalmente por permitir a realização do meu sonho de constituir família.

RESUMO

O presente trabalho visa a questionar a constitucionalidade do conceito de família proposto pelo artigo 2º do Projeto de Lei nº 6.583/2013 – o Estatuto da Família. Para isso, analisa os princípios constitucionais que, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, estão diretamente relacionados ao conceito de família, quais sejam: os princípios da dignidade da pessoa humana, da não-discriminação, da liberdade e da igualdade. Pretende verificar, portanto, se o artigo 2º do referido projeto viola tais princípios, dos quais o STF depreendeu a necessidade de equiparar em direitos as uniões homoafetivas às heteroafetivas. Para isso, analisa os argumentos dos ministros quando do julgamento da ADI 4277, assim como revisa a recente bibliografia referente ao tema da aplicação dos princípios constitucionais ao conceito de família. Ao fim, conclui que não pode prosperar no ordenamento jurídico nacional o conceito de família que pretende o Projeto de Lei nº 6.583/2013, pois, por violar os princípios da liberdade, igualdade e não-discriminação e, principalmente, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Brasileira, é manifestamente inconstitucional.

Palavras-chave: Estatuto da Família. PL 6.583/2013. União homoafetiva. Conceito de família. Exclusão. Princípios constitucionais. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The current paper aims to question the constitutionality of the concept of family presented by the second article of the Law Project 6.583/2013 (Statute of Family). Therefore, it analyses the constitutional principles which, according to the Supreme Federal Court's understanding, are directly related to the concept of family: the principles of the dignity of the human being, of freedom, of equality and of non-discrimination. It aims to verify whether the second article of said project breaks those principles, through the analysis of the ministers' arguments when they decided to give homosexual couples the same rights as heterosexual ones, as well as the recent bibliography concerning the application of constitutional principles when it comes to defining the concept of family. At the end, the paper concludes that the concept of family presented by the Law Project 6.583 cannot be accepted in Brazilian law, because, due to causing the violation of the principles of human dignity, freedom, equality and non-discrimination, it must be considered unconstitutional.

Key-words: Statute of Family. Law Project 6.583/2013. Homosexual union. Concept of family. Exclusion. Constitutional principles. Unconstitutionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 Princípios expressos na Constituição dos quais decorre a necessidade de reconhecer como família as entidades formadas por casal homoafetivo	11
2.1 Aplicação dos princípios constitucionais ao definir o conceito de família.....	11
2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana	16
2.3 Princípio da não-discriminação	20
2.4 Princípio da igualdade.....	22
2.5 Princípio da liberdade	24
3 Sobre o Projeto de Lei nº 6.583/2013.....	29
3.1 Tramitação	29
3.2 Apresentação e críticas do conceito de família adotado pelo projeto	30
3.3 Contraponto: projeto de lei do Estatuto das Famílias.....	32
3.4 Inconstitucionalidade do conceito de família proposto pelo Projeto de Lei nº 6.583/2013	34
4 CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44
ANEXO.....	45

1 INTRODUÇÃO

Diante dos avanços que têm ocorrido nesta década em relação aos direitos LGBT, em especial ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, têm surgido cada vez mais manifestações contrárias à evolução do conceito de família.

Nesse contexto, foi apresentado em 2013 na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.583, que, em seu artigo 2º, busca restringir o conceito de família à união entre homem e mulher, ou à família monoparental formada entre um dos genitores e seus descendentes – tipos de família estes que já estão expressamente previstos em nossa Constituição.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, em 2011, decidiram por unanimidade pela equiparação em direitos das uniões homoafetivas às heteroafetivas. A partir disso a postura dos demais órgãos foi mudando, sendo possibilitada a conversão da união estável homoafetiva em casamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, e posteriormente sendo proibidos os cartórios de se negarem a realizar tal conversão, por decisão do Conselho Nacional de Justiça.

Os ministros do STF, ao julgarem a ADI 4277, entenderam que, embora não houvesse previsão expressa acerca das uniões homoafetivas, a necessidade de reconhecê-las como entidades familiares decorria dos princípios constitucionais, em especial os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da não-discriminação. Os princípios constitucionais pairam sobre todo o ordenamento jurídico, e havendo omissão legal, não se pode deixar de assegurar os direitos que deles decorrem.

Levando em consideração esse contexto de evolução do conceito de família e ampliação dos direitos concedidos a diversos tipos de entidades familiares, o presente trabalho visa a questionar se o conceito de família proposto pelo Projeto de Lei nº 6.583/2013, ao excluir expressamente as uniões homoafetivas do âmbito das famílias, viola princípios constitucionais, especificamente aqueles que foram

apontados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, ao equiparar as uniões homoafetivas às heteroafetivas, como relevantes no que tange à extensão do conceito de família.

Assim, o objetivo principal do trabalho é, por meio da análise de princípios constitucionais aplicáveis ao conceito de família, verificar se o artigo 2º do Projeto de Lei nº 6.583/2013, ao excluir as uniões homoafetivas, em contrariedade às recentes decisões dos Tribunais Superiores, pode ser considerado constitucional.

Para tanto, será feita exposição referente à relação entre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da não-discriminação, da liberdade e da igualdade e o conceito de família. Serão analisados os votos dos ministros no âmbito do julgamento da ADI 4277, além do entendimento de diversos autores que se dedicam à incidência dos princípios constitucionais sobre o Direito de Família.

No capítulo inicial, discorre-se acerca dos princípios constitucionais e de sua relação com o conceito de família, de acordo com a doutrina e o entendimento do Supremo Tribunal Federal. No segundo capítulo, apresenta-se de forma crítica o conceito de família que pretende o PL 6.583/2013, assim como o contraponto a esse conceito restritivo, proposto pelo Estatuto das Famílias. A seguir, estabelece-se relação entre os princípios tratados no capítulo anterior e o conceito de família que exclui as uniões homoafetivas, com a intenção de verificar se esse conceito está de acordo com aqueles princípios.

Ao final, pretende-se concluir se o conceito de família como união entre homem e mulher, excluindo expressamente as uniões homoafetivas, pode prosperar em nosso sistema. Ressalta-se que, ainda que seja aprovado o projeto pelo Congresso, não se pode pautar tal decisão meramente em questões políticas, morais ou religiosas. Para poder efetivamente integrar nosso ordenamento jurídico, as normas devem necessariamente estar de acordo com a Constituição, a qual paira sobre todo o sistema, conferindo-lhe unidade e coerência.

A questão então é se, juridicamente, pode-se considerar o conceito de família proposto pelo projeto como válido em nosso sistema, de acordo com os preceitos

constitucionais, independentemente de posições ideológicas. Trata-se, aqui, de discussão no âmbito jurídico, e não político, que visa a determinar se a norma sobre a qual se discorre está de acordo com a Constituição vigente.

A motivação por trás deste trabalho está no receio de que o referido projeto venha a ser aprovado pelo Congresso, o que configuraria retrocesso no que tange a direitos fundamentais recentemente assegurados a uma minoria social. Não basta, contudo, opor-se apenas ideologicamente ao projeto. Para que se possa demonstrar que ele não poderá prosperar em nosso sistema, deve-se verificar se de fato ele contraria preceitos constitucionais.

Não se parte com conclusão alguma acerca da constitucionalidade do Projeto de Lei nº 6.583/2013 – a conclusão apenas será obtida após o trabalho de pesquisa de doutrina e jurisprudência. O que se tem, por ora, é a hipótese de que o projeto deverá ser considerado inconstitucional, e não poderá prosperar em nosso sistema. Se esse for o caso, ainda que seja aprovado pelo Congresso, o Supremo Tribunal Federal não poderá permitir que seja considerado válido. É isso que se pretende verificar ao longo do presente trabalho.

2 Princípios expressos na Constituição dos quais decorre a necessidade de reconhecer como família as entidades formadas por casal homoafetivo

2.1 Aplicação dos princípios constitucionais ao definir o conceito de família

O processo de constitucionalização do Direito concedeu à Constituição a posição de norma superior na qual se fundamenta todo o ordenamento jurídico. A Constituição deixou de apenas regular a organização do Estado, para passar a ser a base da democracia, onde estão previstos os direitos fundamentais dos cidadãos, assim como os princípios basilares que regem o ordenamento e segundo os quais são interpretadas as outras normas.

No Brasil, foi com a Constituição Federal de 1988 que se outorgou expressamente à carta magna esse papel hierarquicamente superior em relação às normas infraconstitucionais. Ao se considerar a Constituição como fundamento do ordenamento jurídico, o mesmo passa a ter unidade e coerência, desde que as normas infraconstitucionais observem o que a Constituição prevê – e se não o fizerem, serão consideradas inconstitucionais e não poderão integrar o ordenamento jurídico.

Anteriormente a esse processo de constitucionalização, aos princípios era dado um papel subsidiário. Entendia-se que os princípios jurídicos deveriam ser empregados na interpretação das normas apenas quando houvesse omissões na lei. Contudo, com o entendimento de que as normas infraconstitucionais precisam estar adequadas à Constituição, vem a necessidade de fazer uma leitura constitucional das leis, tanto para questionar a sua constitucionalidade, quanto para que sejam interpretadas em conformidade com as normas constitucionais. Assim, os princípios deixam de ser fonte subsidiária na interpretação jurídica, para assumirem papel fundamental na interpretação.

No momento em que o ordenamento jurídico passa a ser visto como um sistema, que deve ter unidade e, portanto, ser coerente, é inevitável que os princípios que a Constituição elenca como os mais relevantes de nosso ordenamento sejam observados sempre que se for criar – ou interpretar – norma

infraconstitucional, seja pelo legislador ou pelo julgador. Destarte, normas ou interpretações que, injustificadamente, contrariem princípios fundamentais não podem prosperar em nosso sistema. Nesse sentido, o entendimento de Flávia Piovesan:

A interpretação constitucional é aquela interpretação norteada por princípios fundamentais, de modo a salvaguardar, da melhor maneira, os valores protegidos pela ordem constitucional. Impõe-se a escolha da interpretação mais adequada à teleologia, à racionalidade, à principiologia e à lógica constitucional. Como leciona o Professor Fábio Konder Comparato, se os princípios gerais do Direito, de acordo com a LINDB, constituíam uma fonte secundária, subsidiária do Direito, aplicável apenas na omissão da lei, hoje os princípios fundamentais da Constituição Federal constituem a fonte primária por excelência para a tarefa interpretativa.¹

A Constituição de 1988, em seu artigo 1º, institui como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana. Assim, estabelece o princípio basilar do qual decorre todo o ordenamento, e segundo o qual deve ser feita a interpretação de todas as normas. O princípio da dignidade da pessoa humana é o ideal de justiça que justifica a existência do ordenamento, é seu princípio e seu fim. O Direito, assim como o Estado, existe em prol do indivíduo, e não o contrário. O indivíduo, aliás, não pode ser meio para nada; a pessoa é um fim em si mesmo, e o Estado, para que sua atuação seja legítima, deve não apenas permitir, como viabilizar e proteger o exercício de sua autonomia.

Dessa forma, estando a Constituição em posição hierarquicamente superior em relação às normas infraconstitucionais, seus princípios, no dizer de Maria Berenice Dias, “pairam sobre toda a organização jurídica”.² A jurista destaca, ainda, que violar um princípio é muito mais grave do que violar uma regra – lembrando que

¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. Dos princípios constitucionais : Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição / George Salomão Leite (coordenação) – 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Método, 2008.

² Dias, Maria Berenice. Manual de direito das famílias / Maria Berenice Dias. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 49

ambos correspondem a normas –, tendo em vista que a violação de um princípio constitui ofensa não apenas àquele princípio, mas ao ordenamento como um todo.³

Diante desse contexto, o Direito Civil deve ser interpretado em conformidade com os princípios constitucionais – e isso inclui, por óbvio, o Direito de Família. Assim, deveria ficar evidente que o conceito de família vigente em nosso ordenamento não pode ir de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana. A doutrina e a jurisprudência, diante de omissões legais, vêm buscando adequar às normas do Direito de Família à Constituição, vendo a família não mais como uma instituição sagrada e constituída dentro de moldes engessados, como ocorria no passado, mas sim como um meio de realização dos indivíduos que a integram – visão compatível, portanto, com o princípio da dignidade da pessoa humana, que veda a instrumentalização do indivíduo.

Atualmente, não há em nosso ordenamento conceito de família expressamente definido, motivo pelo qual acaba cabendo ao Judiciário a tarefa de, ao julgar, ir delimitando esse conceito. Recentemente, quando os ministros do Supremo Tribunal Federal enfrentaram a questão das uniões homoafetivas, tiveram a oportunidade de discorrer sobre o conceito de família conforme os princípios constitucionais. Nesse âmbito, entendeu o ministro Luiz Fux que a Constituição de 1988 dá proteção à família como instrumento de proteção da dignidade dos indivíduos que a compõem, e de realização de sua autonomia.⁴ Assim, qualquer

³ *Ibidem*, p. 48

⁴ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL. RELATOR: MIN. AYRES BRITTO. EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de

todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. 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 por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

conceito de família que injustificadamente restringe a liberdade dos indivíduos, tolhendo seus direitos fundamentais, é incompatível com nosso ordenamento jurídico.

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, despontam como de extrema relevância no que tange o conceito de família outros princípios que estão intimamente ligados à dignidade, e sem os quais a mesma não pode ser efetivamente protegida. Foi com base nesses princípios que os ministros do STF, conforme se referiu anteriormente, equipararam em direitos as uniões homoafetivas às heterofetivas. Quando do julgamento, entenderam que decorria dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da não-discriminação o descabimento da exclusão das uniões homoafetivas do âmbito das famílias.⁵

Nesse contexto, entende Maria Berenice Dias que a constitucionalização da família implica assegurar a proteção de todos os indivíduos, independentemente de sua orientação sexual.⁶ Outro entendimento iria de encontro ao princípio da liberdade, por tolher a autonomia do indivíduo, da igualdade, pois não há justificativa para tal diferenciação, da não-discriminação, pois negar direitos injustificadamente a indivíduos que estão em uma mesma situação jurídica de outros a quem aqueles direitos são garantidos constitui discriminação, e, em decorrência de tudo isso, ao princípio da dignidade da pessoa humana, cuja proteção depende disso tudo. Afirma a autora:

O compromisso do Estado para com o cidadão sustenta-se no primado do respeito à dignidade humana e aos princípios da igualdade e da liberdade. Ao conceder proteção a todos, veda discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo, ou idade e assegura o exercício dos direitos sociais e individuais: direito à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça como valores supremos de uma

(TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

⁵ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL.

⁶ *Ibidem*, p. 287

*sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Ao elencar os direitos e garantias fundamentais, proclama (CF 5º): todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.*⁷

Destarte, com a constitucionalização da família, tem-se que ela ainda possui proteção especial, contudo, tal proteção passa a ser fundamentada em seu papel de instrumento para a realização dos indivíduos e de seus direitos. Segundo Berenice Dias, houve uma completa reformulação do conceito de família, que passa a ter a função de garantir os interesses dos indivíduos que a compõem, tudo em prol da proteção da pessoa, um dos objetivos principais de nosso ordenamento.⁸

2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, institui como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.⁹ Para Maria Berenice Dias, ao elevar a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, o constituinte optou expressamente pela pessoa, de modo que devem ser interpretadas as normas constitucionais e infraconstitucionais tendo em vista a realização de sua personalidade.¹⁰

É predominante na doutrina o entendimento no sentido de que a dignidade humana é princípio que paira sobre os demais, do qual decorrem princípios e direitos fundamentais, e que possui estreita relação com o conceito de justiça. Não há construção definitiva, contudo, no que tange ao conceito de dignidade da pessoa humana.

Segundo o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet, o conceito de dignidade da pessoa humana, por ser vago e aberto, demanda concretização por meio da práxis

⁷ *Ibidem*, p. 287

⁸ *Ibidem*, p. 144

⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁰ *Ibidem*, p. 52

jurídica.¹¹ Tal concretização é importante para que se possam coibir eventuais violações a esse princípio. Não se pode interpretar o princípio de forma restritiva, sob pena de inviabilizar o exercício de direitos fundamentais, contudo, também não se pode considerar que qualquer coisa decorre da dignidade humana, sem ter critérios, sob pena de banalizar o instituto.

Assim, Sarlet demonstra a importância de se conceituar a dignidade da pessoa humana, a fim de poder protegê-la.¹² Embora haja divergências na doutrina quanto a isso, não parece ser possível se falar em um direito à dignidade. Isso porque a dignidade é qualidade intrínseca ao ser humano, que este possui independentemente de posituação jurídica. Dessa forma, o fim do princípio da dignidade humana não é conceder tal dignidade ao ser humano, que já a possui e dela não pode renunciar, mas sim protegê-la e viabilizar seu exercício.

A dignidade está atrelada ao conceito de liberdade, embora não sejam sinônimos. Desde a filosofia kantiana já se relaciona a dignidade à autonomia. É essencial que seja respeitado o direito do indivíduo de se autodeterminar, desde que não esteja invadindo a esfera dos direitos alheios. Destarte, a proteção da dignidade da pessoa humana requer que o Estado não apenas abstenha-se de violar a autonomia do indivíduo, como também impeça que os indivíduos violem a autonomia (e demais direitos) uns dos outros.

Outro conceito relacionado à dignidade humana é o mínimo existencial. Para ter uma existência digna, que não consista apenas em subsistência, o ser humano precisa ter um mínimo de direitos assegurados, não apenas formalmente, mas também materialmente. É por isso que a proteção da dignidade da pessoa humana requer também ação positiva por parte do Estado, não apenas para assegurar em normas constitucionais e infraconstitucionais os direitos fundamentais decorrentes da dignidade, como também executar políticas públicas no sentido de possibilitar a efetivação desses direitos.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. Dos princípios constitucionais : Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição / George Salomão Leite (coordenação) – 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Método, 2008.

¹² *Ibidem*

Tendo em vista o seu caráter de fundamento da ordem jurídica, assim como a necessidade de interpretar as normas infraconstitucionais conforme a Constituição, a dignidade da pessoa humana acaba adquirindo a condição de norma que unifica e centraliza o sistema, sendo o principal referencial de justiça. Nesse sentido, Flávia Piovesan entende que a interpretação deve ser feita sempre levando em consideração o princípio da dignidade, o qual concede uma lógica e unidade a todo o ordenamento.¹³

Piovesan afirma que “é no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa da interpretação normativa”. Assim, todo o ordenamento se justifica com base na necessidade de proteger e promover a dignidade humana, e toda interpretação deve ser feita tendo por fim assegurar tal dignidade.¹⁴

Sarlet associa o conceito de dignidade humana à formulação kantiana no sentido da não-instrumentalização do ser humano.¹⁵ O ser humano não é objeto, mas sim pessoa, que tem como qualidade intrínseca a dignidade. Dessa forma, o ser humano não pode ser usado como meio para algo. O ser humano é um fim em si próprio. Com essa mudança de concepção, decorrente de ser elevado o princípio à condição de fundamento da ordem jurídica, passam a ser todos os institutos interpretados tendo como fim o ser humano. Passa-se a entender que o ser humano não é meio para Estado, mas sim o Estado é meio para a realização do indivíduo.

Nesse contexto, também mudou a relação entre o indivíduo e a família. A família não pode ser vista como ente com dignidade, e o indivíduo não pode ter sua dignidade violada em prol da família. Não é o indivíduo instrumento em favor da família, mas sim a família é instrumento para a realização da dignidade dos indivíduos que a compõem. Esse é o entendimento de Maria Berenice Dias, ao discorrer acerca da reformulação do conceito de família. *In verbis*:

¹³ *Ibidem*

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ *Ibidem*

*Ainda que a família continue a ser essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, houve uma completa reformulação do seu conceito. Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo se voltaram à proteção da pessoa humana. A família adquiriu função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes.*¹⁶

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana reconhece a qualidade intrínseca do ser humano da qual decorre a necessidade de respeitar sua autonomia, garantir-lhe os meios para se realizar e, por fim, proteger-lhe de violações de seus direitos fundamentais. Diante da vagueza que persiste acerca do conteúdo da dignidade humana, Sarlet tenta conceituar o instituto de forma a levar em consideração todo o acima exposto:

*A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.*¹⁷

Nesse contexto, entende Rodrigo da Cunha Pereira que o princípio da dignidade da pessoa humana, como vértice do ordenamento jurídico e pressuposto da idéia de justiça, deve estar presente em todo e qualquer julgamento referente ao Direito de Família.¹⁸ Atesta que, especialmente no Direito de Família, tem destaque como macroprincípio que paira sobre os demais princípios. E por decorrer da dignidade humana a necessidade de ver a família como instrumento para a realização dos indivíduos, o referido princípio permitiu o desenvolvimento de um novo conceito de família, para o qual não cabia mais a distinção entre categorias de filhos e de famílias.

¹⁶ *Ibidem*, p. 144

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o Direito de Família. Família e Dignidade Humana / coordenador Rodrigo da Cunha Pereira . – Belo Horizonte : IBDFAM, 2006. ISBN Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família.

A dignidade humana, aplicada ao Direito de Família, resulta no entendimento de que deve ser respeitada a autonomia e a personalidade dos indivíduos. Assim, incompatível com a dignidade humana impedir os indivíduos de constituir família na forma que lhes aprouver, desde que haja responsabilidade e observância aos deveres que decorrem do convívio familiar.

2.3 Princípio da não-discriminação

A Constituição Federal elenca entre seus objetivos fundamentais “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.¹⁹ Assim, é expressamente vedado o tratamento discriminatório em razão do sexo dos indivíduos, seja pelos outros indivíduos ou pelo próprio Estado.

Para Joaquim Barbosa, o constituinte de 1988 fez a opção expressa de vedar a discriminação, para que assim possam ser mitigadas as desigualdades sociais fundadas na raça, gênero, entre outras características inerentes ao indivíduo.²⁰ Assim, visa-se a promover a igualdade material, não apenas formal, protegendo aqueles a quem historicamente a sociedade tem violado direitos e negado o acesso às mesmas oportunidades.

O sexo é característica inata, dado empírico que, por si só, não justifica tratamento diverso. Nesse sentido, Ayres Britto ressalta que “não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem”.²¹ O tratamento diferenciado apenas se justifica se for fundado em efetiva diferença, seja biológica e social, e vier para proteger os direitos fundamentais, e não violá-los. Para além disso, tratar desigualmente constitui discriminação, afrontando os princípios da igualdade e da não-discriminação.

¹⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁰ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL.

²¹ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL.

Da vedação da discriminação fundada no sexo do indivíduo decorre não apenas que homens e mulheres devem ser tratados igualmente – ressalte-se, em condição de igualdade material –, mas também que é incabível discriminar a relação que existe entre duas pessoas, ambas capazes e que consentem, meramente com base no sexo delas. Assim como é incompatível com o artigo 3º a vedação às uniões inter-raciais, também o é a vedação às uniões homoafetivas, pois a não discriminação se refere tanto à raça quanto ao sexo. Nesse sentido, oportuno trazer à baila o entendimento de Carmem Lúcia:

Se a República põe, entre os seus objetivos, que o bem de todos haverá de ser promovido sem preconceito e de qualquer forma de discriminação, como se permitir, paralelamente, seja tida como válida a inteligência de regra legal, que se pretenda aplicada segundo tais princípios, a conduzir ao preconceito e à discriminação? Realça-se, aqui, o princípio da igualdade, porque se tem o direito de ser tratado igualmente no que diz com a própria humanidade e o direito de ser respeitado como diferente em tudo é a individualidade de cada um. A escolha da vida em comum com quem quer que seja é uma eleição que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um.²²

Assim, impor óbice à livre constituição familiar com fundamento no sexo dos indivíduos viola frontalmente o princípio da não-discriminação, que é objetivo fundamental da República, decorrente da dignidade humana e diretamente relacionado à igualdade material e à liberdade. Trata-se de desigualação sem causa, fundada no preconceito e manifestamente incompatível com princípios fundamentais de nosso ordenamento.

²² AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL.

2.4 Princípio da igualdade

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, positivou a igualdade formal: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.²³ Contudo, para que seja concretizado o princípio da igualdade, não basta que a lei trate a todos de forma igual. Deve ser atingida a igualdade material, ou seja, quando for necessário, deve-se também tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, mas sempre a fim de promover a isonomia.

Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira destaca que a igualdade deve pressupor a diferença, trazendo à baila, oportunamente, o entendimento de Boaventura de Souza Santos: “temos o direito de sermos iguais quando as diferenças nos inferiorizam, e temos o direito de sermos diferentes quando as igualdades nos escravizam”.²⁴ Assim, a desigualação deve ser sempre fundada na busca pela igualdade material, e no respeito pela diversidade. Onde não há motivo para desigualar, o tratamento deve ser igual, sob pena de incorrer em discriminação.

No que tange ao conceito de família, temos que deve ser observada a igualdade material, não podendo ser excluídas entidades familiares sem que haja devida justificativa – ou seja, sem que seja necessário tratar de forma desigual, para que possa se concretizar a igualdade. A ausência de previsão legal acerca de determinado tipo de família não pode, por si só, justificar a sua exclusão do âmbito do Direito de Família. Maria Berenice Dias atesta que, diante das lacunas legais, a aplicação da analogia é instrumento que visa à concretização da igualdade material, evitando que sejam levadas a cabo injustiças apenas por omissão do legislador.²⁵

A interpretação das normas infraconstitucionais deve ser feita com base na Constituição, em observância a seus princípios. O juiz não pode deixar de efetivar a tutela dos direitos com base em omissão do legislador. No caso específico do conceito de família, não havendo disposição expressa acerca das famílias

²³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

²⁴ *Ibidem*

²⁵ *Ibidem*, p. 54

homoafetivas, deve o juiz decidir com base na isonomia. Se não há diferença fundamental entre as famílias hetero e homoafetivas, então não há motivo para tratá-las de forma diversa, e diante da lacuna normativa, cabe a aplicação da analogia.

Quanto à ausência de diferença fundamental entre as referidas entidades familiares, cabe ressaltar que foi esse o entendimento unânime dos ministros do STF, quando do julgamento da ADI 4.277, que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, garantindo-lhes os mesmos direitos, por não haver entre elas substancial diferença. Foi reconhecido, portanto, que as uniões homoafetivas integram o âmbito das entidades familiares, e entendimento diverso caracterizaria violação aos princípios constitucionais da igualdade, liberdade, não-discriminação e, em decorrência disso, também do princípio norteador de todo nosso ordenamento, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse íterim, Ayres Britto destaca que, não havendo na Constituição ou em normas infraconstitucionais qualquer referência à possibilidade das famílias homoafetivas, deve-se decidir com base no princípio da igualdade.²⁶ Não havendo distinção substancial entre as uniões homo e heteroafetivas, entende que só se justificaria negar a equiparação aos casais homoafetivos se conceder-lhes esse direito violasse direitos dos casais heteroafetivos, pois “não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem”. Diante disso, conclui que a equiparação jurídica em nada prejudica os casais heteroafetivos, os quais não perderiam seus direitos já garantidos, ressaltando, outrossim, que não há superioridade alguma dos heteroafetivos em relação aos homoafetivos, sendo, portanto, necessária a equiparação, sob pena de violar o princípio da igualdade.

Nesse sentido também o entendimento de Luiz Fux, que não vê qualquer distinção ontológica entre as uniões hetero e homoafetivas, e conclui que, dessa forma, não pode se considerar apenas as primeiras como entidades familiares, devendo ambas ser incluídas no conceito de família sob a perspectiva constitucional,

²⁶ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL.

sendo a ambas garantidos os mesmos direitos. Fux ainda vai além e, de forma enfática, coloca que o único motivo para a diferenciação que se pretende estabelecer entre as uniões hetero e homoafetivas é o preconceito, decorrendo disso que a ausência de equiparação de direitos constitui violação ao princípio da não-discriminação.²⁷

Outrossim, Fux entende que a mera ausência de vedação em relação às uniões homoafetivas não é suficiente para assegurar a igualdade material. Isso porque, sem a expressa proteção jurídica, as uniões homoafetivas continuam sendo, na prática, alvo de discriminação, sendo relegadas à obscuridade. Assim, considera que, para ser garantida a real igualdade, é necessário reconhecer expressamente os direitos dos casais homoafetivos, evitando assim violações fundamentadas na omissão do legislador.²⁸

2.5 Princípio da liberdade

A Constituição Federal, ao estabelecer, em seu artigo 5º, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, conferiu à liberdade a condição de direito fundamental, colocando a necessidade de promovê-la e protegê-la como princípio constitucional que deve ser levado em consideração em toda e qualquer interpretação de norma jurídica, seja constitucional ou infraconstitucional.²⁹

Decorre desse dispositivo que, no silêncio do legislador, não se pode proibir determinada conduta. Evidente que o princípio da liberdade deve ser harmonizado com os demais princípios constitucionais, não podendo servir como pretexto para invadir a esfera jurídica alheia. Não havendo, contudo, previsão legal contrária, nem possibilidade de que a conduta venha a violar direitos fundamentais de outros

²⁷ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL.

²⁸ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL.

²⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

indivíduos, não há justificativa para obrigar ou proibir, sob pena de violar o princípio da liberdade.

O princípio da liberdade está intimamente ligado com o princípio da igualdade. Maria Berenice Dias entende que a igualdade de direitos é pressuposto para a liberdade, pois sem igualdade, não se tem liberdade, mas sim dominação de indivíduos que, injustificadamente, possuem mais direitos – portanto, indivíduos privilegiados – sobre os demais.³⁰ Historicamente já se pôde observar esse fenômeno no que tange, por exemplo, às questões raciais e de gênero. Enquanto os direitos dos negros não eram equiparados aos dos brancos, os primeiros não poderiam ter liberdade, e o mesmo em relação às mulheres, que, até recentemente, não possuíam os mesmos direitos que os homens. O mesmo ocorre ainda hoje, quando se tenta tolher os casais homoafetivos de seus direitos, ao excluí-los do âmbito das famílias.

Não havendo vedação às uniões homoafetivas, não havendo distinção substancial entre estas e as heteroafetivas, e não havendo invasão dos direitos alheios pelo reconhecimento dos direitos dos casais homoafetivos, a tentativa de excluí-los do conceito de família não apenas viola o princípio da igualdade como também, conseqüentemente, o da liberdade. Nesse sentido, Sérgio Resende de Barros afirma que “só existe liberdade de agir juridicamente onde a igualdade de direitos é juridicamente assegurada”.³¹ Vedar a equiparação entre as famílias hetero e homoafetivas, portanto, é violar a liberdade dos indivíduos homoafetivos, que ficam impedidos de constituir família conforme sua vontade, ainda que isso não esteja de forma alguma prejudicando outros indivíduos. É completamente injustificada tal invasão na liberdade desses indivíduos, fundada em nada mais do que a discriminação, por quererem formar uma família que não se encaixa nos padrões impostos pela moral conservadora.

³⁰ *Ibidem*, p. 53

³¹ BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. Família e Dignidade Humana / coordenador Rodrigo da Cunha Pereira . – Belo Horizonte : IBDFAM, 2006. ISBN Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família.

Nesse ínterim, cumpre trazer à baila o entendimento de Ayres Britto, quando do julgamento da ADI 4.277, que equiparou em direitos as uniões homoafetivas às heteroafetivas:

Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa.³²

Assim, conforme se depreende do magistério do ministro, diante da ausência de vedação legal referente à sexualidade, desigualação jurídica entre as uniões hetero e homoafetivas constituiria violação à liberdade dos indivíduos homoafetivos, o que nada mais seria do que discriminação, restando violados, portanto, os princípios da liberdade, igualdade e não-discriminação – e, em decorrência disso, também o princípio da dignidade humana, causa e fim dos referidos princípios.

Nesse sentido, Carmem Lúcia entende que, para que seja respeitada a dignidade humana, é necessário assegurar a liberdade do indivíduo.³³ Conforme se expôs anteriormente, é reconhecida a estreita relação entre autonomia e dignidade. Outrossim, se a Constituição assegurou expressamente a liberdade como garantia fundamental, não faz sentido concluir que ela, em seu próprio texto, iria restringir tal liberdade, sem para isso ter justificativa concreta. Assim, não há como concluir que o silêncio da Constituição no que tange às uniões homoafetivas poderia obstar a sua equiparação em direitos, sob pena de se estar violando o direito do indivíduo de formar sua família conforme lhe aprouver, desde que em observância aos deveres decorrentes disso.

É esse também o entendimento de Gilmar Mendes, que vê a constituição de uniões homoafetivas como “exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.”³⁴ Mendes vê como decorrente do

³² AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL.

³³ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL.

³⁴ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL.

princípio da liberdade a necessidade de dar proteção jurídica as uniões homoafetivas, de modo a assegurar tal garantia fundamental. Ressalta, ainda, que diante do artigo 5º, inciso XLI da Constituição (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”³⁵), não há como negar que devem ser assegurados os direitos dos casais homoafetivos.

Outrossim, Gilmar Mendes, ao concluir seu voto em sede da ADI 4.277, aponta que decorre dos princípios constitucionais a necessidade de proteção jurídica às uniões homoafetivas, conforme trecho que se colaciona a seguir, o qual bem sintetiza o que se tratou no presente capítulo:

*A inexistência de expressa vedação constitucional à formação de uma união homoafetiva, a constatação de sua aproximação às características e finalidades das demais formas de entidades familiares e a sua compatibilidade, a priori, com os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação do desenvolvimento do indivíduo, da segurança jurídica, da igualdade e da vedação à discriminação por sexo e, em sentido mais amplo, por orientação sexual, apontam para a possibilidade de proteção e de reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo no atual estágio de nosso constitucionalismo.*³⁶

Destarte, resta demonstrado que, conforme a doutrina e a jurisprudência, em especial o entendimento dos ministros do STF quando da decisão pela equiparação em direitos entre casais hetero e homoafetivos, a ausência de previsão legal acerca das famílias homoafetivas resulta na necessidade de, por analogia, dar-lhes proteção jurídica, sob pena de violar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da não-discriminação, da igualdade e da liberdade.

Assim, a análise dos preceitos constitucionais incidentes sobre o Direito de Família já aponta para a impossibilidade de considerar válida em nosso

³⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

³⁶ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL.

ordenamento lei que pretenda excluir expressamente do âmbito das famílias as uniões homoafetivas. Além de retrocesso, tratar-se-ia de violação a princípios constitucionais que devem, necessariamente, ser observados tanto pelo legislador quanto pelo intérprete.

A atuação do Estado está vinculada à observância dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Nesse sentido, entende Maria Berenice Dias que “o legislador infraconstitucional precisa ser fiel ao tratamento isonômico assegurado pela Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências”.³⁷

³⁷ Ibidem, p. 58

3 Sobre o Projeto de Lei nº 6.583/2013

3.1 Tramitação

O Projeto de Lei nº 6.583/2013, intitulado Estatuto da Família, foi apresentado diante do Plenário da Câmara dos Deputados pelo deputado Anderson Ferreira em 16 de outubro de 2013. Desde então, apesar das duras críticas de quem a ele se opõe, tem logrado obter grande apoio no Congresso, em especial da ala mais conservadora, que fundamenta esse apoio em suas crenças religiosas ou em moralismo.

Em novembro de 2014, no âmbito da Comissão Especial destinada a proferir parecer referente ao projeto, o relator, deputado Ronaldo Fonseca, entendeu pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa do projeto de lei. Fez isso por meio de longa exposição em que tenta convencer de que a proteção do Estado à família é devida apenas quando há possibilidade de reprodução, o que, para ele, justificaria a exclusão das famílias homoafetivas.

Em dezembro do mesmo ano, a deputada Manuela D'Ávila apresentou voto em separado, no qual demonstrou a inconstitucionalidade do projeto, por violar princípios constitucionais, na mesma esteira do que entenderam os ministros do Supremo Tribunal Federal ao equiparar em direitos os casais homoafetivos aos heteroafetivos, concedendo-lhes proteção jurídica.

Em setembro de 2015, a Comissão Especial aprovou o parecer, apesar das tentativas de alguns deputados de modificar o artigo do projeto que trata do conceito excludente de família. Houve uma tentativa de emenda ao projeto nesse sentido, porém não foi aprovada. Após a aprovação, houve recursos no sentido de não permitir a apreciação conclusiva da Comissão, para que o projeto fosse enviado para votação no Plenário. Consta da página virtual da Câmara dos Deputados que, atualmente, se está aguardando deliberação de recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, e que a Comissão está em funcionamento.

3.2 Apresentação e críticas do conceito de família adotado pelo projeto

O Projeto de Lei nº 6.583/2013, em seu artigo 2º, apresenta seu conceito de família, *in verbis*:

Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Assim, o projeto visa a excluir expressamente as uniões homoafetivas, cujos direitos o Supremo Tribunal Federal já equiparou aos das uniões heteroafetivas, do âmbito do Direito de Família. Parece ser essa a intenção real dos deputados que apoiam esse conceito de família: usam a “proteção” à família como máscara para a sua tentativa de excluir as famílias que não se encaixam no molde de sua visão conservadora, fundada em moralismo ou em questões religiosas.

Ressalte-se que, embora seja resguardado aos indivíduos o livre exercício de suas crenças religiosas, o Brasil é um país laico e, portanto, não podem ser negados direitos às pessoas com fundamento em religião. E no que tange às famílias homoafetivas, não parece haver qualquer argumento que logre desqualificá-las como tal, exceto os fundados em religião, ou em puro preconceito. Nem se argumente que os casais homoafetivos não podem constituir família por não poderem reproduzir – segundo tal argumento, também não poderiam constituir família os casais heterossexuais inférteis, e também não constituiria família o grupo formado por pais heteroafetivos e filhos adotivos, pois eles não são provenientes da reprodução entre seus pais adotivos.

Além de excluir as famílias homoafetivas, o conceito restritivo acaba por excluir outros tipos de família que o nosso ordenamento, ainda que por construções jurisprudenciais ou doutrinárias, já tem reconhecido. Dentre elas podemos citar as famílias monoparentais formadas por avós e netos – isso porque o conceito apenas abrange as famílias monoparentais formadas por um dos genitores –, as famílias “mosaico” – famílias reconstituídas, formadas por pais divorciados que trazem seus

filhos do relacionamento antigo para o âmbito de sua nova união – e as famílias anaparentais – famílias em que não há presença parental, por exemplo, famílias formadas exclusivamente por irmãos.

Entende Flávio Tartuce que acompanhando os debates que têm ocorrido na Câmara dos Deputados, assim como as atuais tendências conservadoras do Congresso, o Projeto de Lei nº 6.583/2013 tem grandes chances de ser aprovado.³⁸ E diante de sua aprovação, para o autor, haveria duas opções: ou reconhecer a sua inconstitucionalidade, por violar princípios constitucionais, ou fazer uma leitura ampliada do artigo 2º, vendo as famílias ali elencadas como um rol exemplificativo, e não taxativo. De qualquer modo, Tartuce considera que se estaria perdendo tempo, pois na primeira hipótese o projeto de lei seria descartado, enquanto que no segundo o conceito ali estabelecido, se exemplificativo, seria desnecessário, pois a nossa Constituição já prevê expressamente a proteção aos tipos de família ali elencados.³⁹

O conceito de família proposto pelo projeto de lei vai de encontro ao que têm entendido os Tribunais Superiores e o Conselho Nacional de Justiça, que inicialmente equipararam em direitos as uniões homoafetivas às heteroafetivas, posteriormente entendendo que decorre daí a possibilidade de converter essas uniões em casamento, e por fim estabelecendo que os cartórios não mais poderiam se negar a realizar casamentos homoafetivos. Vai também de encontro ao entendimento da doutrina majoritária no âmbito do Direito de Família, pois, conforme pontua Flávio Tartuce, na VII Jornada de Direito Civil foi aprovado, por decisão amplamente majoritária, enunciado que dispõe sobre a existência e validade do casamento homoafetivo.⁴⁰

Assim, o artigo 2º do Projeto de Lei nº 6.583/2013, ao restringir o conceito de família, acaba por, injustificadamente, tolher direitos já reconhecidos pela jurisprudência e doutrina majoritária. Não havendo previsão expressa acerca das

³⁸ TARTUCE, Flávio. Estatuto da Família x Estatuto das Famílias. Singular x plural. Exclusão x inclusão. 2015. <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI229110,41046Estatuto+da+Familia+x+Estatuto+das+Familias+Singular+x+plural>

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ *Ibidem*

uniões homoafetivas em nossa Constituição Federal, a interpretação deve ser feita em conformidade com os princípios constitucionais, não sendo cabível que sejam violados sem justificativa válida. O projeto não apresenta qualquer justificativa, exceto sua visão conservadora do casamento, segundo a qual só é família a união entre homem e mulher. Não havendo nada que justifique realmente tal distinção, a mesma se baseia apenas em discriminação, a qual é rechaçada em nosso ordenamento. Não pode norma infraconstitucional injustificadamente restringir direitos que decorrem da Constituição. Nesse ínterim, cumpre trazer à baila o entendimento de Flávio Tartuce, *in verbis*:

Sabe-se, conforme os escritos de vários constitucionalistas nacionais, que a Constituição Federal Brasileira de 1988 é inclusiva, e não exclusiva, afirmação que merece especial atenção quanto tópico que regulamenta as entidades familiares em rol meramente exemplificativo (art. 226). Assim, não pode uma lei infraconstitucional limitar o texto superior na concessão de direitos civis sob pena de flagrante inconstitucionalidade.⁴¹

O conceito de família proposto pelo Projeto de Lei nº 6.583/2013, portanto, não pode prosperar em nosso sistema vigente. A tentativa de um setor do Congresso de impor o retrocesso encontra óbice nos princípios constitucionais e nas recentes decisões dos Tribunais Superiores.

3.3 Contraponto: projeto de lei do Estatuto das Famílias

No mesmo ano em que foi apresentado o Projeto de Lei nº 6.583, surgiu outro projeto, de iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de Família: o Estatuto das Famílias. O que diferencia os dois projetos já se verifica pelo próprio nome – um é no singular, o outro no plural; um propõe um conceito restritivo de família, dentro de um molde engessado, enquanto o outro abriga a diversidade de entidades familiares.

⁴¹ *Ibidem*

A elaboração do referido Estatuto se deu na medida em que o IBDFAM, em especial o presidente do Instituto à época, Rodrigo da Cunha Pereira, viu uma necessidade de atualizar a legislação referente ao Direito de Família, tendo em vista as diversas transformações sociais.⁴² O Código Civil de 2002, que, para o jurista, traduz conceitos morais da década de 1960, não lograva prever as novas situações. Diante disso, muitas vezes o Direito de Família acabava dependendo da jurisprudência e dos princípios constitucionais para verificar a norma a ser aplicada ao caso. Foi nesse sentido que se aplicou a analogia para equiparar os direitos dos casais homoafetivos aos dos heteroafetivos.

Muito se critica a atuação positiva do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, o qual, diante das omissões do Legislativo, acaba tendo que inovar ao decidir, para evitar que sejam tolhidos direitos fundamentais. É verdade que o Judiciário não pode legislar, contudo, ao se deparar com situações não previstas na legislação, não pode se omitir. Não se justifica deixar de assegurar direitos com fundamento na ausência de previsão legal expressa, principalmente em um ordenamento que pretende ter unidade e coerência, o qual possui princípios fundamentais que pairam sobre todas as normas e nos quais deve se basear a interpretação.

Assim, para que o Judiciário não precise atuar positivamente, forçoso que sejam supridas tais omissões legais. É o intuito do Estatuto das Famílias, o qual, trazendo normas de direito material e processual, busca colmatar lacunas, promovendo a atualização do Direito de Família e a sua sistematização em um único diploma legal.

Conforme já se referiu, o Estatuto das Famílias, ao contrário do Estatuto da Família, confere proteção a todas as famílias que efetivamente existem, não estabelecendo um conceito restritivo. Ao conceituar a união estável, não dispõe sobre gênero, de modo que fica implícito que constituirá família independentemente do gênero e orientação sexual dos integrantes. Assim, não há uma invasão na

⁴² IBDFAM. Projeto de Estatuto das Famílias é apresentado no Senado. 2013. <https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/112107149/projeto-de-estatuto-das-familias-e-apresentado-no-senado>

autonomia dos indivíduos, os quais ficam livres para formar família conforme lhes aprouver, desde que observados os deveres disso decorrentes.

Para Flávio Tartuce, o conceito de família do Estatuto das Famílias é inclusivo, enquanto que o do Projeto de Lei nº 6.583/2013 é excludente.⁴³ Pontua o autor que o sentido de nossa Constituição é promover a inclusão, e não excluir injustificadamente, tendo em vista a vedação da discriminação, de modo que o conceito de família que mais se adequa a nosso ordenamento é o do Estatuto das Famílias, o qual, ao proteger a diversidade, garantindo direitos sem discriminar, é compatível com os princípios constitucionais vigentes.

3.4 Inconstitucionalidade do conceito de família proposto pelo Projeto de Lei nº 6.583/2013

A Constituição, ao elencar como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, estabeleceu um parâmetro de justiça conforme o qual todas as normas, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, devem ser interpretadas. Isso porque se trata de princípio que paira sobre todo o ordenamento jurídico, que justifica sua existência e que corresponde a sua finalidade.

Diante disso, não tem validade em nosso ordenamento norma ou interpretação que, injustificadamente, vá de encontro à dignidade da pessoa humana. Essa dignidade está intimamente ligada à autonomia, a capacidade do indivíduo de se autodeterminar e o dever do Estado e dos demais indivíduos de respeitar isso. E nesse sentido, também está ligado ao princípio da dignidade o princípio da liberdade, segundo o qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, exceto em virtude de lei. Assim, é necessário haver segurança jurídica, e não pode o Estado injustificadamente tolher a liberdade das pessoas.

⁴³ *Ibidem*

Assim como para ser digno, há que ser livre, para ser livre, deve haver igualdade. Nesse sentido, afirma Berenice Dias que, não havendo igualdade, o que se tem não é liberdade, mas sim sujeição dos indivíduos aos quais são garantidos menos direitos.⁴⁴ Quando há diferenciação dos direitos das pessoas sem haver justificativa para isso, incorre-se em discriminação. A Constituição expressamente veda a discriminação, de modo que, por óbvio, não são cabíveis em nosso ordenamento normas discriminatórias.

Destarte, todos os princípios de que aqui se tratou decorrem e são pressuposto do princípio da dignidade da pessoa humana, estando todos relacionados com a ideia de justiça. Estando uma norma em conflito com os princípios da liberdade, igualdade e não-discriminação, também o estará em relação ao princípio da dignidade humana, sendo, portanto, manifestamente inconstitucional.

O ministro Luiz Fux, ao decidir acerca da equiparação dos direitos dos casais homoafetivos aos heteroafetivos, tratou da violação dos referidos princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, em que se incorreria ao deixar de reconhecer a existência e a validade das uniões homoafetivas.⁴⁵ Afirma o jurista que, se não fossem concedidos os mesmos direitos às uniões homoafetivas, estar-se-ia diante de injustificada desigualação, tendo em vista que não há diferença substancial entre as uniões hetero e homoafetivas. Assim, haveria violação do princípio da igualdade. Além disso, estaria sendo tolhida a liberdade dos indivíduos de formar sua família conforme lhes aprouver, e de exercer livremente sua orientação sexual, característica inerente à sua personalidade. Isso tudo resultaria em discriminação, pois haveria um tratamento desigual sem qualquer justificativa. Disso decorre a violação à dignidade dos indivíduos, que teriam sua autonomia tolhida. Quando do julgamento da ADI 4277, afirmou o ministro:

O desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida

⁴⁴ Ibidem, p. 53

⁴⁵ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL.

*autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.*⁴⁶

No âmbito do julgamento da referida ADI, também outros ministros se manifestaram no sentido de demonstrar que o não reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar configuraria violação aos princípios constitucionais de que se tem tratado. Joaquim Barbosa entende que, não havendo no texto constitucional qualquer alusão às uniões homoafetivas, a interpretação conforme a dignidade da pessoa humana resulta na necessidade de reconhecer sua legitimidade.⁴⁷ Para o jurista, tal conclusão decorre também dos princípios da igualdade, da não-discriminação e de todas as normas referentes à proteção dos direitos fundamentais. Destaca que a Constituição não limita os direitos fundamentais àqueles que estão expressamente elencados, havendo sempre a possibilidade de surgirem direitos decorrentes da interpretação sistemática, cuja incidência torna-se forçosa para que sejam assegurados outros direitos fundamentais ou sejam respeitados princípios constitucionais. Assim, entende que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana o direito dos casais homoafetivos a serem reconhecidos como famílias.

Ainda no contexto da referida ADI, pontuou o ministro Ricardo Lewandowski que, ao tratar, em seu artigo 226, das entidades familiares, a Constituição estabeleceu conceito amplo e indeterminado de família.⁴⁸ Diante disso, defende o jurista, não se pode entender que o rol apresentado é taxativo, tendo em vista que, havendo a possibilidade de ser feita interpretação exclusiva ou inclusiva, a preferência deve ser sempre pela inclusiva, pois é esse o sentido do princípio da dignidade da pessoa humana – não se pode, injustificadamente, tolher direitos, sem que isso esteja expressamente previsto. Assim, entende que os tipos de família elencados na Constituição são meramente exemplificativos, não impondo óbice ao reconhecimento de outros tipos de entidades familiares.

⁴⁶ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL.

⁴⁷ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL.

⁴⁸ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL.

Destarte, o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, em especial dos Tribunais Superiores, é no sentido de que decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da não-discriminação a necessidade de reconhecer como entidades familiares as uniões homoafetivas. Diante disso, nos últimos anos houve grande avanço no reconhecimento dos direitos dessas famílias, inicialmente havendo equiparação dos direitos, para posteriormente ser possibilitada e garantida a conversão da união estável em casamento. Hoje, para a jurisprudência, já não há mais diferenciação entre as uniões homoafetivas e heteroafetivas.

O Projeto de Lei 6.583/2013, ao trazer conceito de família que claramente visa a excluir as uniões homoafetivas, além de contrariar o entendimento dos Tribunais Superiores no que tange aos princípios constitucionais, não logra trazer fundamentos para isso. Busca diferenciar, mas não traz argumentos que de fato justifiquem tal diferenciação. A única diferença real parece ser a impossibilidade dos casais homoafetivos de gerar descendentes. Quanto a esse argumento, cumpre trazer à baila o entendimento de Paulo Lôbo:

O argumento da impossibilidade de filiação não se sustenta, pelas seguintes razões: a) a família sem filhos é família tutelada constitucionalmente; b) a procriação não é finalidade indeclinável da família constitucionalizada; c) a adoção permitida a qualquer pessoa, independentemente do estado civil (art. 42 do ECA), não impede que a criança se integre à família, ainda que o parentesco civil seja apenas com um dos parceiros.⁴⁹

Assim, tendo em vista que a proteção da família conferida pela Constituição de 1988 não se dá em razão da possibilidade de procriação, mas sim como meio para a realização da dignidade dos indivíduos que a compõem, e são tuteladas pelo direito as famílias heteroafetivas que não podem procriar, ou que decidem adotar, ou mesmo não ter filhos – todas essas, possibilidades também para os casais homoafetivos – não há nada que realmente diferencie as famílias hetero e homoafetivas. Se não há o que as diferencie, então é manifestamente incabível que não lhes sejam garantidos os mesmos direitos, tendo em vista o princípio da

⁴⁹ LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas para além do *numerus clausus*. Publicado em 2002. <https://jus.com.br/artigos/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas/2>

igualdade. A tentativa de desigualar sem para isso ter qualquer justificativa só pode ser baseada em preconceito, tendo em vista que as famílias homoafetivas não se encaixam nos moldes de uma visão conservadora e antiquada da família, que não é compatível com a nossa atual Constituição.

O artigo 2º do Projeto de Lei 6.583/2013, portanto, ao excluir expressamente do conceito de família as uniões homoafetivas, tenta impor o retrocesso, diante da evolução no reconhecimento dos direitos dessas famílias que tem acontecido nos últimos anos, de uma maneira que não pode prosperar em nosso ordenamento, sob pena de violar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da não-discriminação. Evidente que, se esse projeto for aprovado no Congresso – o que, infelizmente, parece ser a tendência – o Supremo Tribunal Federal não poderá mantê-lo em nosso ordenamento, em vista de sua manifesta inconstitucionalidade, e contrariedade ao entendimento do próprio STF.

Assim, verificado que o conceito de família proposto pelo projeto vai de encontro a preceitos constitucionais que pairam sobre todo o ordenamento jurídico, não há argumento que sustente a sua validade. A intenção por trás do projeto parece estar fundada em preconceito, o que de maneira alguma pode servir como fundamento para norma jurídica em um ordenamento que expressamente veda a discriminação.

É, portanto, incompatível com o nosso sistema que os direitos, ressalta-se, já assegurados aos casais homoafetivos, sejam tolhidos meramente com base na vontade do legislador. Por oportuno, traz-se à baila o magistério de Luís Roberto Barroso:

Direito fundamental significa um conjunto de liberdades e situações jurídicas que as pessoas titularizam, que constituem uma reserva mínima de justiça a que cada pessoa tem direito nessa vida. Ele não está subordinado ao legislador, não depende dos outros, decorre diretamente da Constituição ou

do direito natural. Se o legislador atuar contra o direito fundamental, a atuação dele será inválida e ilegítima.⁵⁰

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Palestra A liberdade de ser: Morte vida e escolhas existenciais, evento dentro de ciclo de debates promovido pela Academia Brasileira de Letras (ABL). 2016.

4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é forçoso concluir pela inconstitucionalidade do conceito de família proposto pelo artigo 2º do Projeto de Lei nº 6.583. Conforme se depreende das recentes decisões dos Tribunais Superiores em relação às uniões homoafetivas, é evidente que não pode prosperar um projeto que visa a suprimir direitos que, embora não estejam expressamente previstos, decorrem dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

Interpretação em contrário implicaria violação dos princípios constitucionais, estando em contrariedade com a interpretação unânime das maiores autoridades no assunto, os ministros do Superior Tribunal Federal, que apontaram que da Constituição não pode decorrer exclusão dos casais homoafetivos do âmbito do Direito de Família, sem que haja violação dos princípios constitucionais da não-discriminação, da igualdade, da liberdade e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, o qual instrui todo o nosso sistema, orientando a forma como devem ser interpretadas as normas constitucionais e infraconstitucionais.

A exclusão das uniões homoafetivas do âmbito das famílias constituiria violação ao princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que este está diretamente relacionado à autonomia, à capacidade e o direito do indivíduo de fazer suas próprias escolhas, desde que não esteja interferindo na esfera de direitos alheios. Conferir direitos às uniões homoafetivas em nada afeta os casais heteroafetivos que já possuem tais direitos. Não se está dando privilégios aos casais homoafetivos, mas sim garantindo a igualdade material que até então não tinham. É o entendimento científico atual que a homossexualidade é parte da personalidade do indivíduo, não configurando de forma alguma uma falha de caráter, ou sequer uma escolha consciente. Assim, inviabilizar o livre exercício da sexualidade, desde que não esteja prejudicando os demais, é impedir a realização da personalidade daquelas pessoas, encontrando óbice, portanto, no princípio da dignidade humana.

No que tange à igualdade material, temos que não se pode conferir tratamento desigual a indivíduos em situações análogas, sem que para isso haja uma justificativa coerente com os princípios constitucionais. A igualdade material

permite que se trate os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade, para que se possa equiparar situações que a mera igualdade formal não conseguiria. Contudo, tal desigualação tem por fim obter a efetiva igualdade no plano material; possibilitar que indivíduos a quem, historicamente, se tem negado direitos, possam ter uma reparação, e eventualmente passar a viver em igualdade com os demais.

O argumento por trás da desigualação que pretende o Projeto de Lei nº 6.583 fundamenta-se na ausência de capacidade de reprodução dos casais homoafetivos. Esse argumento, todavia, não pode prosperar, primeiramente tendo em vista que o fundamento para a proteção constitucional da família, em nosso sistema vigente, não está na capacidade reprodutiva, mas sim no papel da família como instrumento de realização da personalidade e das vontades dos indivíduos. Ao estabelecer como fundamento da República o princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição obriga que todas as normas, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, sejam interpretadas de acordo com a dignidade humana. A família, nesse contexto, não mais poderia ser vista como uma instituição com dignidade própria, que só existe dentro de moldes engessados, aos quais os indivíduos têm que se submeter. Tal visão não é compatível com a dignidade humana, que pressupõe que a pessoa é fim, e não meio, vedando assim a instrumentalização do indivíduo. Assim, a pessoa não é meio para o Estado, ou para a família, ou qualquer outra instituição. As instituições é que são um meio para a realização dos indivíduos.

Outrossim, o argumento da incapacidade de reproduzir encontra óbice lógico. Ora, as famílias heteroafetivas incapazes de reproduzir, ou que optam por não reproduzir, não são consideradas menos do que família. A filiação civil – ou seja, a adoção – está em pé de igualdade com a filiação biológica, de modo que a geração de filhos por meio da reprodução entre o casal de forma alguma é pressuposto para o reconhecimento de que se trata de uma entidade familiar. Se esse argumento não serve para as famílias heteroafetivas, então não há motivo para que sirva para as homoafetivas. O real fundamento por trás da tentativa de excluir as uniões homoafetivas do âmbito das famílias, portanto, não pode ser apenas a ausência de

capacidade reprodutiva. E se esse é o “argumento” usado, a conclusão a que se chega é que o motivo, de fato, para essa pretensão de parcela do Congresso, que manifestamente é uma parcela mais conservadora, mais avessa às evoluções sociais, é o preconceito.

A nossa Constituição veda expressamente a discriminação. Não se pode estabelecer diferenciação entre os indivíduos meramente com base em características inerentes ao indivíduo, como o é o sexo. Assim, homens e mulheres não podem receber tratamento diferenciado, a não ser que seja com o intuito de assegurar a igualdade material (tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade). Também é característica inerente ao indivíduo a orientação sexual. O rol exemplificativo de vedações à discriminação pode e deve incluir a vedação à discriminação com base na orientação sexual, que é parte da personalidade do indivíduo. O Supremo Tribunal Federal já logrou demonstrar que a exclusão das uniões homoafetivas do conceito de família esbarra na vedação à discriminação, na medida em que assegurar direitos aos casais homoafetivos em nada afeta os casais heteroafetivos, e não há diferença substancial entre os dois tipos de casais que justifique sua desigualação.

Por fim, evidente que impedir os indivíduos de constituir família como melhor lhes aprouver, desde que observados os deveres daí decorrentes, configura invasão na esfera da liberdade dessas pessoas. A Constituição dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, exceto em virtude de lei. Pois bem, não há em nosso sistema qualquer previsão legal acerca das uniões homoafetivas, seja de sua possibilidade ou de sua exclusão do âmbito das famílias. Destarte, não é possível concluir que está vedada a formação de família homoafetiva, sob pena de violar o princípio da liberdade, na medida em que não há qualquer previsão legal acerca de tal vedação e, inclusive, a jurisprudência já reconhece que decorre da Constituição a necessidade de reconhecer os direitos das famílias homoafetivas.

Assim, por meio da análise da jurisprudência, em especial dos votos dos ministros quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, assim como da doutrina majoritária, a conclusão que necessariamente exsurge é que, por

estar em contrariedade com princípios constitucionais, o conceito de família apresentado pelo Projeto de lei nº 6.583/2013 não pode ser considerado válido em nosso ordenamento jurídico. Ainda que o Congresso decida por aprovar tal projeto, o Supremo Tribunal Federal certamente deverá considerá-lo inválido, diante da incompatibilidade do conceito de família que ele propõe tanto com preceitos constitucionais fundamentais, quanto com o entendimento do próprio Tribunal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL. 2011. RELATOR: MIN. AYRES BRITTO.

BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Palestra A liberdade de ser: Morte vida e escolhas existenciais, evento dentro de ciclo de debates promovido pela Academia Brasileira de Letras (ABL). 2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias / Maria Berenice Dias. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.

IBDFAM. Projeto de Estatuto das Famílias é apresentado no Senado. Publicado por Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2013.
<https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/112107149/projeto-de-estatuto-das-familias-e-apresentado-no-senado>

LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas para além do *numerus clausus*. Publicado em 01/2002. Elaborado em 10/2001.
<https://jus.com.br/artigos/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas/2>

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (coord.). Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (coord.). Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Método, 2008.

TARTUCE, Flávio. Estatuto da Família x Estatuto das Famílias. Singular x plural. Exclusão x inclusão. 2015.
<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI229110,41046-Estatuto+da+Familia+x+Estatuto+das+Familias+Singular+x+plural>

ANEXO

PROJETO DE LEI Nº , DE 2013

(Do Sr. Anderson Ferreira)

Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Família e dispõe sobre os direitos da família, e as diretrizes das políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar.

Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Art. 3º É obrigação do Estado, da sociedade e do Poder Público em todos os níveis assegurar à entidade familiar a efetivação do direito à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania e à convivência comunitária.

Das diretrizes gerais

Art. 4º Os agentes públicos ou privados envolvidos com as políticas públicas voltadas para família devem observar as seguintes diretrizes:

I - desenvolver a intersectorialidade das políticas estruturais, programas e ações;

II - incentivar a participação dos representantes da família na sua formulação, implementação e avaliação;

III - ampliar as alternativas de inserção da família, promovendo programas que priorizem o seu desenvolvimento integral e participação ativa nos espaços decisórios;

IV - proporcionar atendimento de acordo com suas especificidades perante os órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população, visando ao gozo de direitos simultaneamente nos campos da saúde, educacional, político, econômico, social, cultural e ambiental;

V - garantir meios que assegurem o acesso ao atendimento psicossocial da entidade familiar;

VI - fortalecer as relações institucionais com os entes federados e as redes de órgãos, gestores e conselhos da família;

VII - estabelecer mecanismos que ampliem a gestão de informação e produção de conhecimento sobre a família;

VIII - garantir a integração das políticas da família com o Poderes Legislativo e Judiciário, com o Ministério Público e com a Defensoria Pública; e

IX - zelar pelos direitos da entidade familiar.

Dos direitos

Art. 5º É obrigação do Estado, garantir à entidade familiar as condições mínimas para sua sobrevivência, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam a convivência saudável entre os seus membros e em condições de dignidade.

Art. 6º É assegurada a atenção integral à saúde dos membros da entidade familiar, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, e o Programa de Saúde da Família, garantindo-lhes o acesso em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial ao atendimento psicossocial da unidade familiar.

§ 1º A prevenção e a manutenção da saúde dos membros da entidade familiar serão efetivadas por meio de:

I – cadastramento da entidade familiar em base territorial;

II – núcleos de referência, com pessoal especializado na área de psicologia e assistência social;

III – atendimento domiciliar, e em instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público;

IV – reabilitação do convívio familiar orientada por profissionais especializados.

V – assistência prioritária à gravidez na adolescência.

§ 2º Incumbe ao Poder Público assegurar, com absoluta prioridade no atendimento e com a disponibilização de profissionais especializados, o acesso dos membros da entidade familiar a assistentes sociais e psicólogos, sempre que a unidade da entidade familiar estiver sob ameaça.

§ 3º Quando a ameaça a que se refere o parágrafo anterior deste artigo estiver associada ao envolvimento dos membros da entidade familiar com as drogas e o álcool, a atenção a ser prestada pelo sistema público de saúde deve ser conduzida por equipe multidisciplinar e terá preferência no atendimento.

Art. 7º Todas as famílias têm direito de viver em um ambiente seguro, sem violência, com garantia da sua incolumidade física e mental, sendo-lhes asseguradas a

igualdade de oportunidades e facilidades para seu aperfeiçoamento intelectual, cultural e social enquanto núcleo societário.

Art. 8º As políticas de segurança pública voltadas para proteção da família deverão articular ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e ações não governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração com as demais políticas voltadas à família;

II - a prevenção e enfrentamento da violência doméstica;

III - a promoção de estudos e pesquisas e a obtenção de estatísticas e informações relevantes para subsidiar as ações de segurança pública e permitir a avaliação periódica dos impactos das políticas públicas quanto às causas, às

consequências e à frequência da violência entre membros das entidades familiares;

IV - a priorização de ações voltadas para proteção das famílias sem situação de risco, vulnerabilidade social e que tenham em seu núcleo membros considerados dependentes químicos;

V - a promoção do acesso efetivo das famílias à Defensoria Pública, considerando as especificidades da condição da entidade familiar.

Art. 9º É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais, em qualquer instância, em que o interesse versado constitua risco à preservação e sobrevivência da entidade familiar, devendo a parte interessada justificar o risco em petição endereçada à autoridade judiciária.

Art. 10 Os currículos do ensino fundamental e médio devem ter em sua base nacional comum, como componente curricular obrigatório, a disciplina “Educação para família”, a ser especificada, em cada sistema de ensino e estabelecimento escolar, de acordo com as características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e da clientela.

Art. 11 É garantida a participação efetiva do representante dos interesses da família nos conselhos e instâncias deliberativas de gestão democrática das escolas.

Art. 12 As escolas deverão formular e implantar medidas de valorização da família no ambiente escolar, com a divulgação anual de relatório que especifique a relação dos escolares com as suas famílias.

Art. 13 O Dia Nacional de Valorização da Família, que ocorre no dia 21 de outubro de cada ano, nos termos da Lei nº 12.647/2012, deve ser celebrado nas escolas públicas e privadas com a promoção de atividades no âmbito escolar que fomentem as discussões contemporâneas sobre a importância da família no meio social.

§ 1º Na data a que se refere o caput deste artigo, o Ministério Público e as Defensorias Públicas em todos os níveis promoverão ações voltadas ao interesse da família, com a prestação de serviços e orientação à comunidade.

Do conselho da família

Art. 14 Os conselhos da família são órgãos permanentes e autônomos, não jurisdicionais, encarregados de tratar das políticas públicas voltadas à família e da garantia do exercício dos direitos da entidade familiar, com os seguintes objetivos:

I - auxiliar na elaboração de políticas públicas voltadas à família que promovam o amplo exercício dos direitos dos membros da entidade familiar estabelecidos nesta Lei;

II - utilizar instrumentos de forma a buscar que o Estado garanta à família o exercício dos seus direitos;

III - colaborar com os órgãos da administração no planejamento e na implementação das políticas voltadas à família;

IV - estudar, analisar, elaborar, discutir e propor a celebração de instrumentos de cooperação, visando à elaboração de programas, projetos e ações voltados para valorização da família;

V - promover a realização de estudos relativos à família, objetivando subsidiar o planejamento das políticas públicas;

VI - estudar, analisar, elaborar, discutir e propor políticas públicas que permitam e garantam a integração e a participação da família nos processos social, econômico, político e cultural no respectivo ente federado;

VII - propor a criação de formas de participação da família nos órgãos da administração pública;

VIII - promover e participar de seminários, cursos, congressos e eventos correlatos para o debate de temas relativos à família;

IX - desenvolver outras atividades relacionadas às políticas públicas voltadas à valorização da família.

§ 1º A lei, em âmbito federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, disporá sobre a organização, o funcionamento e a composição dos conselhos da família, observada a participação da sociedade civil mediante critério, no mínimo, paritário com os representantes do poder público.

Art. 15 São atribuições dos conselhos da família:

I - encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da família garantidos na legislação;

II - encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência;

III - expedir notificações;

IV - solicitar informações das autoridades públicas;

V - assessorar o Poder Executivo local na elaboração dos planos, programas, projetos, ações e proposta orçamentária das políticas públicas voltadas à família.

Art. 16 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A família num sistema social, funcionando como uma espécie – porque devemos conferir grande importância à família e às mudanças que a têm alterado a sua estrutura no decorrer do tempo.

Não é por outra razão que a Constituição Federal dispensa atenção especial à família, em seu art. 226 da Constituição Federal, ao estabelecer que a família é base da sociedade e deve ter especial proteção do Estado.

Conquanto a própria carta magna tenha previsto que o Estado deve proteger a família, o fato é que não há políticas públicas efetivas voltadas especialmente à valorização da família e ao enfrentamento das questões complexas a que estão submetidas às famílias num contexto contemporâneo.

São diversas essas questões. Desde a grave epidemia das drogas, que dilacera os laços e a harmonia do ambiente familiar, à violência doméstica, à gravidez na adolescência, até mesmo à desconstrução do conceito de família, aspecto que aflige as famílias e repercute na dinâmica psicossocial do indivíduo.

A questão merece aprofundamento e, na minha opinião, disciplinamento legal. O Estado adores têm tarefa central nessa discussão.

A família vem sofrendo com as rápidas mudanças ocorridas em sociedade, cabendo ao Poder Público enfrentar essa realidade, diante dos novos desafios vivenciados pelas famílias brasileiras

Tenho feito do meu mandato e da minha atuação parlamentar instrumentos de valorização da família. Acredito firmemente que a felicidade do cidadão está centrada sobretudo na própria felicidade dos membros da entidade familiar. Uma família equilibrada, de autoestima valorizada e assistida pelo Estado é sinônimo de uma sociedade mais fraterna e também mais feliz.

Por cultivar essa crença, submeto à apreciação dos nobres pares o presente projeto de lei que, em síntese, institui o Estatuto da Família. A proposta que ora ofereço pretende se o ponta pé inicial de uma discussão mais ampla a ser empreendida nesta Casa em favor da promoção de políticas públicas que valorizem a instituição familiar.

O estatuto aborda questões centrais que envolvem a família.

Primeiro propugna duas ideias: o fortalecimento dos laços familiares a partir da união conjugal firmada entre o homem e a mulher, ao estabelecer o conceito de entidade familiar; a proteção e a preservação da unidade familiar, ao estimular a adoção de políticas de assistência que levem às residências e às unidades de saúde públicas profissionais capacitados à orientação das famílias.

Entre outras temas de interesse da família, o projeto propõe ainda: que a família receba assistência especializada para o enfrentamento do problema da droga e do álcool; que o Estado preste apoio efetivo às adolescentes grávidas prematuramente; que seja incluída no currículo escolar a disciplina “Educação para família”; a prioridade na tramitação de processos judiciais e administrativos em demandas que ponham em risco à preservação e sobrevivência da entidade familiar; a criação do conselho da família no âmbito dos entes federados; o aperfeiçoamento e promoção à interdisciplinaridade das políticas voltadas ao combate da violência doméstica.

Em síntese, proposta busca a valorização e o fortalecimento da entidade familiar, por meio da implementação de políticas públicas, razão pela qual peço o inestimável apoio dos nobres pares.

Sala das Sessões, 16 de outubro de 2016.

Deputado ANDERSON FERREIRA

PR-PE