

CASAMENTO HOMOAFETIVO E A INCONSTITUCIONALIDADE DE UMA POSSÍVEL RESTRICÇÃO LEGISLATIVA

SAME-SEX MARRIAGE AND THE INCONSTITUTIONAL POTENTIAL LEGISLATIVE RESTRICTION

Flávio Martins¹
flavio@professorflaviomartins.com.br

SUMÁRIO: 1. Prolegômenos. 2. Constitucionalismo Teocrático. 3. A família e o Direito Constitucional. 4. A inconstitucionalidade da proibição do casamento homoafetivo. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO:

O presente estudo visa a examinar a tentativa legislativa de, por meio da lei infraconstitucional, limitar no Brasil o casamento entre pessoas do mesmo sexo, utilizando-se, dentre outros argumentos, de fundamentação religiosa. Por essa razão, faremos uma análise do Constitucionalismo Teocrático, um fenômeno crescente no Brasil e no exterior, bem como do conceito contemporâneo e constitucional de “família”, culminando com a análise jurídico-constitucional da impossibilidade de limitação do casamento aos casais heterossexuais.

Palavras-chave:

Família, casamento homoafetivo, constitucionalismo teocrático.

ABSTRACT:

The present study aims to examine the legislative attempt to, through infraconstitutional law, limit marriage between people of the same sex in Brazil, using, among other arguments, religious theses. For this reason, we will analyze Theocratic Constitutionalism, a growing phenomenon in Brazil and abroad, as well as the contemporary and constitutional concept of “family”, culminating in the legal-constitutional analysis of the impossibility of limiting marriage to heterosexual couples.

Keywords:

Family, same-sex marriage, theocratic constitutionalism.

Recebido: 10-1-2004
Aprovado: 15-02-2024

DOI: <https://10.5281/zenodo.12044002>

¹ Pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha.

1. PROLEGÔMENOS

Em 2023, a Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família da Câmara dos Deputados aprovou o projeto de lei 580, de 27 de março de 2007, que proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo. O referido projeto, por tratar do mesmo objeto do projeto de lei 5.167/09², foi a ele apensado. Esse último, teve como uma das justificativas: “Deus não criou Adão e um outro Adão. Ele fez uma mulher, Eva, como parceira apropriada para Adão”. O relatório, de responsabilidade do deputado federal Pastor Eurico (PL/PE), aprovado pela maioria da Comissão sobredita, utilizou os seguintes argumentos favoráveis ao projeto de lei: a) o STF, ao reconhecer a união estável e a família homoafetiva, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, “usurpou a competência do Congresso Nacional, exercendo atividade legiferante incompatível com suas funções típicas”; b) a previsão constitucional da proteção estatal à “união estável entre o homem e a mulher” (art. 226, § 3º, CF) impede o reconhecimento legal de uma união estável homoafetiva; c) o Brasil é uma “nação cristã (...) que mantém os valores da família”; c) o casamento homoafetivo não atende “ao anseio social dominante”³.

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

2. CONSTITUCIONALISMO TEOCRÁTICO

Esse fenômeno, identificado e estudado principalmente pelos constitucionalistas Larry Backer (nos Estados Unidos) e Ran Hirschl (no Canadá), decorre da contemporânea reaproximação entre o Estado e a Igreja (da maioria) e consiste na progressiva mudança do sistema jurídico e das instituições do país, distanciando-se paulatinamente da laicidade, aproximando os valores e instituições constitucionais dos valores e instituições religiosas. Como afirma Flávio Martins, em seu *Curso de Direito Constitucional*, no Constitucionalismo Teocrático, “as leis religiosas costumam ser consagradas como a principal fonte de toda legislação e dos métodos de interpretação”⁴. Por exemplo, o Projeto de Lei 5.167/09 teve como justificativa os versículos bíblicos 2:24 (do Gênesis) e 19:6 (do

² O referido projeto de lei tem o escopo de alterar o Código Civil, restringindo o casamento aos casais heterossexuais. O projeto é de autoria dos deputados federais Paes de Lira (PTC/SP) e Capitão Assunção (PSB/ES), e tem como “justificativa”, dentre outras: “o propósito básico de Deus para a Família está descrito na Bíblia. A família começa com o casamento. Quando Deus criou a humanidade, ele revelou seu plano básico para o casamento: ‘Por isso, deixai o homem pai e mãe e se une à sua mulher, tornando-se os dois uma só carne’ (Gênesis, 2:24). Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=653047&filename=PL%205167/2009 (acesso em 12/10/23).

³ Disponível no site

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2320715&filename=PRL%201%20CPASF%20-%203E%20PL%20580/2007 (acesso em 12/10/23)

⁴ p. 64.

Evangelho Segundo Mateus).

Dentre as características do Constitucionalismo Teocrático, nas palavras de Ran Hirschl, está “a consagração constitucional da religião, os seus textos, diretrizes e interpretações como fonte fundamental da legislação e interpretação”⁵. No Brasil, esse fenômeno é crescente, mas não é novo. Por exemplo, a Lei Federal 6.802, de 30 de junho de 1980, declara como “feriado nacional o dia 12 de outubro, para culto público e oficial a Nossa Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil”. Por se tratar de um feriado nacional, nos termos da Lei 662/1949, “só serão permitidas (...) atividades privadas e administrativas absolutamente indispensáveis”⁶.

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

3. A FAMÍLIA E O DIREITO CONSTITUCIONAL

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

A proteção constitucional da família é, segundo a doutrina constitucional, uma garantia constitucional (e, portanto, uma cláusula pétrea), que pode ser denominada de “garantia institucional”: “enquanto as garantias fundamentais referem-se à pessoa, em suas relações particulares, as *garantias institucionais* incidem sobre toda a sociedade. Elas são garantias que têm por objetivo tutelar determinadas instituições de direito público que,

⁵ Martins, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*, p. 64.

⁶ Ao estabelecer um feriado nacional, a legislação federal produz uma restrição à livre iniciativa, um dos fundamentos da ordem econômica (art. 170, CF) e da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF). Como sabido e consabido por todos, as restrições infraconstitucionais às normas constitucionais serão válidas, desde que haja um critério proporcional e razoável de restrição. No caso específico dos feriados religiosos (que, como vimos, restringem o fundamento da “livre iniciativa”), parece-nos que, no seu modelo atual, é constitucional. Isso porque, a potencial criação de feriados está limitada pela Lei Federal 9.093/95, que prevê: “são feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão” (grifamos). Ao estabelecer um limite da restrição infraconstitucional à *livre iniciativa*, o regramento jurídico brasileiro parece ser válido, na medida em que faz uma ponderação razoável entre os valores da livre iniciativa e dos direitos culturais e religiosos.

devido à sua importância, devem ser protegidas contra a ação erosiva do legislador”⁷. Não obstante, embora preveja a proteção constitucional da família, a Constituição não a define. O mesmo ocorre com a proteção constitucional da criança, do adolescente e do jovem. Embora haja inequivocamente a proteção constitucional, a Constituição não estabelece o conceito exato das garantias institucionais sobreditas, como a família.

Essa abertura constitucional é sempre salutar, pois possibilita interpretações progressivas e mais consentâneas com os valores contemporâneos da sociedade. Quanto ao conceito de família, por exemplo, caberá à legislação infraconstitucional⁸, bem como ao intérprete da Constituição Federal extrair o real significado do termo. Farta doutrina brasileira entende a mudança do conceito de *família*, não apenas por força da evolução social, mas também pela mudança constitucional. Em outras palavras, é o que afirma Juliana Maggi Lima, em sua dissertação de mestrado pela Universidade de São Paulo: “na ausência de um conceito legal hermético e diante da impossibilidade, segundo a hipótese que se adota, de trazer conceito definitivo, especialmente diante da posição de destaque da dignidade da pessoa humana na CF, é de grande relevância a identificação dos parâmetros que definem a família após a superação da exclusividade do casamento como sua origem”⁹.

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

Outrossim, por força dos princípios da *força normativa da Constituição* e da *supremacia da Constituição*, o ordenamento jurídico infraconstitucional deve sempre ser interpretado à luz dos valores constitucionais expressos ou implícitos. No Direito de Família, a Constituição de 1988 trouxe profundas alterações, afastando a família do conceito vetusto, patriarcal, em que a mulher era uma mera colaboradora do homem, na sua condução da família: “o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher” (art. 233, do Código Civil, de 1916). Nesse sentido, afirma Nancy Andrichi, Ministra do STJ: “um olhar crítico lançado sobre a legislação infraconstitucional de família

⁷ Martins, Flávio. *Op. Cit.*, p. 567. A professora portuguesa Maria d’Oliveira Martins, em obra específica sobre o tema, afirma que “as garantias institucionais servem, assim, para proteger complexos normativos jurídicos públicos e jurídicos privados desde que tenham como escopo a proteção da dignidade da pessoa humana, quer estejam dentro ou fora da parte relativa aos direitos fundamentais” (*Contributo para a Compreensão da Figura das Garantias Institucionais*, p. 121).

⁸ O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) define como “família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes” (art. 25, *caput*) e como *família extensa ou ampliada* “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive ou mantém vínculos de afinidade e afetividade” (art. 25, parágrafo único).

⁹ *A Família Homoafetiva na Jurisprudência do STF e do STJ e sua contribuição à construção do conceito jurídico de família*, p. 28. A autora também explica a evolução do conceito de família, no cenário internacional: “Após duas Grandes Guerras e diante de conflitos regionais, a família ganhou importância enquanto estrutura da sociedade. (...) Até por essas razões históricas, a família se consolidou no século XX como principal responsável pelos indivíduos, que se devem cuidados mútuos. (...) A família passou a ser sinônimo de cuidados mútuos e desenvolvimento, mas não necessariamente nela se produziam os recursos necessários, em razão da mecanização da produção, da consequente produção em massa e da especialização. A família deixou de ser uma fonte necessária de mão de obra para atender ao chefe da família, até se tornar, após longo processo, o meio de desenvolvimento do indivíduo, como se entende hoje, e fonte de novos consumidores” (p. 47).

deve ter como premissa a ideia de concretização máxima da *dignidade* e dos demais *direitos fundamentais* decorrentes, de modo a permitir que as relações humanas, acima de tudo, prestigiem e fomentem a *felicidade* de seus integrantes no mais profundo e pessoal grau de realização”¹⁰.

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

Portanto, as leis infraconstitucionais existentes devem ser interpretadas à luz dos valores e princípios constitucionais que norteiam a família. Outrossim, novas leis infraconstitucionais que atentarem contra esses valores, serão declaradas inconstitucionais, por serem inválidas. Vários são os argumentos jurídicos possíveis, portanto, para se declarar inconstitucional uma lei que tente vedar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Adiante, veremos alguns desses argumentos.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO

Os projetos de lei 580/07 e 5.167/09, que tentam impedir pela lei infraconstitucional o casamento entre pessoas do mesmo sexo, assim como quaisquer outros projetos de lei que tiverem o mesmo objetivo, são e serão claramente inconstitucionais.

É costumeiro encontrar argumentos de que o conceito mais elástico de família fere o texto constitucional originário (art. 226, CF) e que a única família juridicamente possível seria a heterossexual. Tais argumentos normalmente são acompanhados de uma crítica ao Supremo Tribunal Federal, que, ao ter reconhecido em muitas de suas decisões (como na história ADI 4277) a família (e a união estável) homoafetiva, estaria inovando indevidamente o texto constitucional, que expressamente reconhece “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar” (art. 226, § 3º, CF), praticando uma espécie de “ativismo judicial”, já que estaria supostamente invadindo a competência do Poder Legislativo e do Poder Constituinte originário.

Todavia, esses argumentos não se sustentam. Primeiramente, o texto constitucional, como vimos acima, não define exatamente o que é “família”, cabendo ao intérprete fazê-lo, à luz dos princípios e valores constitucionais, de forma compatível com a evolução social, utilizando-se dos princípios e métodos de interpretação Constitucional. Como afirma a doutrina, a Constituição brasileira é claramente *substancialista*, pois, ao contrário das

¹⁰ *Um Olhar Revisionista sobre a Legislação Infraconstitucional de Família*, p. 3.

procedimentalistas, não se limita a fixar o procedimento democrático de escolha dos valores contemporâneos, mas também fixa os valores que devem nortear a sociedade e, principalmente, os atos do poder público¹¹.

O Supremo Tribunal Federal é um importante intérprete da Constituição, mas não é o único. Aliás, segundo a doutrina, a “Constituição não se resume ao texto constitucional e à respectiva interpretação feita por um grupo reduzidíssimo de pessoas e instituições (um grupo fechado, normalmente de membros do Poder Judiciário). A Constituição é fruto de um processo contínuo de interpretação feito por todos os seus destinatários”. Todos são potenciais intérpretes da Constituição e dessa interpretação nasce o conteúdo real de Constituição¹².

Dessa maneira, o Congresso Nacional não é o único intérprete da Constituição, nem é o titular do *poder constituinte* (pois esse é o povo). Não há que se argumentar que os parlamentares constituintes, conservadores e cristãos, tinham a intenção de limitar a família aos casais heterossexuais. Ora, na hermenêutica constitucional, a vontade da lei (*mens legis*) se desprende da vontade do legislador (*mens legislatoris*), quando nasce, adquirindo vida e evolução autônomas daquelas inicialmente pensadas pelo legislador. Afinal, segundo a Constituição Federal, “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei” (art. 5º, II), e não em virtude “do que o legislador queria dizer, ao fazer essa lei”.

Sobre o conceito de família, não é apenas o Supremo Tribunal Federal que considera a união homoafetiva como entidade familiar. Praticamente toda a doutrina civilista e constitucionalista que trata seriamente do tema também o faz. A interpretação aberta, difusa da Constituição é um dos corolários do regime democrático e a demonstração clara de que o povo é o titular do poder constituinte, numa “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, nas palavras de Peter Häberle.

Muitas já foram as pesquisas feitas junto à população brasileira, para compreender qual o pensamento das pessoas acerca do casamento homoafetivo. Embora os números das pesquisas sejam diversos, há alguns pontos em comum: a rejeição ao casamento homoafetivo diminuiu nas últimas décadas, mas ainda continua muito grande. Por exemplo, uma pesquisa do instituto *Poder Data*, divulgada em 2023, afirma que 46% dos brasileiros são contrários ao casamento homoafetivo no país, sendo que 44% da população é favorável¹³. Essa característica, que decorre dos valores tradicionalmente defendidos no país, aliados ao nível educacional e cultural de nosso povo, também tem como consequência altos níveis de violência contra pessoas LGBTQIA+.

Todavia, ainda que um número considerável da população brasileira (até mesmo a maioria) fosse contrário ao casamento homoafetivo, esse não seria argumento suficiente para impedi-lo. Ora, se a maior parte da população brasileira for a favor da pena de morte ou da redução da idade penal ou do retorno da escravidão, significa que essas medidas serão

¹¹ “Filiamo-nos ao *substancialismo*, máxime no Brasil, cuja Constituição, assim como entendemos, é também um instrumento de defesa dos direitos fundamentais, norteadora das ações do Estado nos anos que se seguirem. Não se deve extrair do texto constitucional apenas as ‘condições procedimentais da democracia’, mas também os valores estabelecidos pelo constituinte originário”. (Flávio Martins. *Curso de Direito Constitucional*, p. 351).

¹² *Op. Cit.*, p. 199.

¹³ Informação obtida no site <https://queer.ig.com.br/2023-02-06/oposicao-ao-casamento-homoafetivo-no-brasil-aumenta--segundo-pesquisa.html?Foto1>, acesso em 12/12/23.

implantadas de imediato? Obviamente, não. Como afirma a doutrina, “se a democracia é o poder exercido pelo povo, por meio de representantes eleitos ou diretamente, em alguns casos é imperioso reforçar que as decisões são tomadas por uma maioria, mas que jamais podem desproteger, excluir do processo decisório ou até mesmo discriminar as minorias. Caso contrário, confundiríamos ‘democracia’, com ‘ditadura da maioria’”¹⁴.

É natural que os membros do Poder Legislativo, em muitos de seus atos, como na elaboração de projetos de lei, tentem responder aos anseios dos grupos que os elegeram. Um deputado eleito com o discurso armamentista, elaborará projetos de lei que ampliam o porte de armas, assim como um parlamentar eleito com discursos religiosos buscará inserir, em projetos de lei, os valores religiosos dos fiéis e eleitores que o elegeram. Como é crescente a aproximação entre o Estado e a Igreja (da maioria), como afirmamos no início desse texto, também crescem no Poder Legislativo as tentativas de se limitar direitos de algumas minorias, com base em argumentos religiosos.

Nesse cenário, em que o Poder Legislativo e o Poder Executivo tentam sempre, por meio de seus atos, atender os anseios da maioria da população (porque seus membros são eleitos periodicamente pelo voto popular), o papel contramajoritário do Poder Judiciário é imprescindível.

Restrições aos direitos fundamentais são possíveis, desde que obedeçam aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Os direitos fundamentais não são absolutos, mas relativos. Como é absolutamente natural que haja um conflito de direitos fundamentais, na análise de um caso concreto, se tivéssemos um direito fundamental absoluto, qualquer outro direito que contra ele se opusesse, seria aprioristicamente afastado. A relatividade dos direitos fundamentais pode ser constatada até mesmo na Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, no seu art. 29: “O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade. No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros...”.

Algumas vezes essas limitações são previstas expressamente na Constituição Federal, como no art. 5º, XIII, que afirma ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Ou seja, a lei pode limitar o acesso a algumas profissões, baseando-se em outros direitos fundamentais.

Até mesmo a vida, que é o maior bem jurídico, não é um direito absoluto. A legislação brasileira infraconstitucional estabelece uma série de hipóteses em que a vida deixa de ser juridicamente tutelada, podendo ser violada, em alguns casos. É o que acontece no aborto “sentimental”, previsto no art. 128, do Código Penal (“Não se pune o aborto praticado por médico: [...] II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”). Da mesma forma, a Lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica) permite a destruição de aeronaves hostis, no art. 303, vulgarmente conhecido como “Lei do Abate” (“esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição”). Como se vê, a própria lei estabeleceu alguns casos em que a lei deixa de ser tutelada juridicamente, para preservação de outros direitos considerados legal e

¹⁴ Martins, Flávio. *Op. Cit.*, p. 386.

aprioristicamente mais relevantes (o bem-estar sentimental e a dignidade da pessoa da gestante que foi estuprada – no caso do “aborto sentimental” e a segurança pública – no caso da “lei do abate”). Todavia, em alguns casos, inexistindo previsão legal em caso de conflito entre princípios juridicamente tutelados, caberá ao juiz fazer a análise do caso concreto, identificando qual princípio deve ser preservado em detrimento de outro.

Inúmeros outros direitos podem ser limitados pela lei ou por outros direitos. A liberdade de manifestação encontra limites na intimidade, na honra alheia, por exemplo. A liberdade de religião igualmente não é absoluta, pois jamais admitiríamos uma seita que adote como prática religiosa o sacrifício humano etc.

As leis infraconstitucionais que restringem as normas constitucionais devem obedecer a três critérios, três limites: a) não podem ferir o núcleo essencial dos direitos fundamentais; b) devem ser razoáveis; c) devem ser proporcionais.

Primeiramente, as normas infraconstitucionais não podem ferir o núcleo essencial dos direitos fundamentais (o núcleo intangível, irreduzível desses direitos). Ao contrário da Constituição de Portugal, de 1976 (art. 18, III), da Constituição da Alemanha, de 1949 (art. 19, II) e da Constituição espanhola de 1978 (art. 53, n. 1), a Constituição brasileira não prevê expressamente a garantia da irreduzibilidade do núcleo essencial dos direitos. Não obstante, como afirmou em seu voto o Min. Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário 511.961: “enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”.

Não se pode confundir núcleo essencial com cláusulas pétreas. Essas últimas são matérias determinadas pelo poder constituinte originário e que não podem ser suprimidas da Constituição. Já o núcleo essencial da norma corresponde a um núcleo intangível, irreduzível (o núcleo sensível da norma que não admite qualquer hipótese de restrição). Cada cláusula pétrea tem seu núcleo essencial. Por exemplo, segundo o art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, são cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. Isso significa que eles não podem ser suprimidos da Constituição. Todavia, podem ser restritos, delimitados pela lei infraconstitucional. Todavia, essa lei não poderá ferir o núcleo essencial de cada direito fundamental.

Todavia, indaga-se: como identificar o núcleo essencial, o núcleo intangível de cada direito fundamental (já que ele não está expresso na Constituição)? Há duas teorias aptas a responder essa pergunta: 1) teoria absoluta (absolute Theorie); 2) teoria relativa (relative Theorie).

Segundo a teoria absoluta, o núcleo essencial do direito fundamental é encontrado através da análise abstrata da norma, sem a utilização de um caso concreto. O intérprete debruça-se sobre a norma constitucional e tenta identificar qual o núcleo irreduzível, intangível dessa norma. Esclarecedor o voto do Min. Gilmar Mendes, no HC 82.959 (que declarou inconstitucional o regime integralmente fechado nos crimes hediondos): “os adeptos da chamada teoria absoluta (‘absolute Theorie’) entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (Wesensgehalt) como unidade substancial autônoma (substantieller wesenskern) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Essa concepção adota uma interpretação material, segundo a

qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação”.

Todavia, prevalece no Brasil a teoria relativa, com a qual concordamos. O núcleo essencial dos direitos fundamentais não é encontrado aprioristicamente, mas na solução de cada caso concreto, através da aplicação do princípio da proporcionalidade. Segundo Gilmar Mendes, no voto sobredito: “os sectários da chamada teoria relativa (‘relative Theorie’) entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (zweck-mittel-prüfung), com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação”.

Como afirmamos acima, embora não previsto expressamente em nossa Constituição, a garantia do núcleo essencial foi acolhida pelo direito brasileiro, como afirma Gilmar Mendes no voto ora em análise: “embora o texto constitucional brasileiro não tenha estabelecido expressamente a ideia de um núcleo essencial, é certo que tal princípio decorre do modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental”.

No Habeas Corpus 82.959/SP, relatado pelo Min. Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Lei n. 8.072/90, ao prever o regime integralmente fechado, restringiu excessivamente o núcleo essencial da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF). Da mesma forma, no Recurso Extraordinário 511.961, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a exigência de diploma de jornalismo para a prática de atividades jornalísticas, sob o argumento de que “a reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial”.

Dessa maneira, a restrição infraconstitucional não pode ser excessiva (princípio da proibição do excesso – *ubermassverbot*). Para verificar se a restrição foi excessiva ou não, deve-se analisar o critério da proporcionalidade (que estudamos mais atentamente no capítulo reservado à Interpretação Constitucional, ao qual remetemos o leitor). O princípio da proporcionalidade deriva da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e estabelece critérios para aferição da constitucionalidade da lei que restringe normas constitucionais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Pelo critério da adequação, verifica-se se a lei restritiva atinge os objetivos por ela estabelecidos; pela necessidade, faz-se uma análise comparativa entre a solução legislativa e outras soluções possíveis; pela proporcionalidade em sentido estrito, faz-se uma ponderação entre o direito tutelado pela lei restritiva e o direito restrito na norma constitucional.

Por fim, a lei restritiva deve ser razoável (remetemos também o leitor ao capítulo destinado à Interpretação Constitucional, no qual falamos sobre o princípio da *razoabilidade*). Razoabilidade, oriunda da jurisprudência norte-americana, do devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*) conclui que será inválido, inconstitucional, o ato do poder público irrazoável. Assim, se a restrição infraconstitucional não for razoável, será inconstitucional.

No Recurso Extraordinário 414.426, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “nem

todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão”.

5. CONCLUSÃO

Enquanto o Poder Judiciário exerce um papel contramajoritário, protegendo direitos constitucionais de minorias, ainda que de forma contrária ao interesse da maioria, o Poder Legislativo comumente reflete os valores da maioria da população, que o elege periodicamente. Por essa razão, na medida em que cresce um fundamentalismo religioso, cresce também a sua influência sobre os poderes estatais, especialmente o Poder Legislativo. O constitucionalismo teocrático, fenômeno crescente no Brasil e em outros países, é um grande risco ao direito das minorias e da laicidade do Estado.

É nesse cenário de retrocessos civilizatórios que surgem periodicamente no Legislativo brasileiro projetos de lei como aqueles que tentam vedar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Como vimos no decorrer desse trabalho, a inconstitucionalidade dessa proibição é clara e, se o Poder Legislativo fizer ouvidos moucos a esse fato, o Judiciário não poderá se calar.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

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

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

COMO CITAR ESSE ARTIGO

MARTINS, Flávio. Casamento Homoafetivo e a Inconstitucionalidade de uma Possível Restrição Legislativa. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, v.21, n.1, p.04-10, COMO jan./jun.2021 (publicada em 2024).
DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.12044002>

Flávio Martins

flavio@professorflaviomartins.com.br

UNIFIEO

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0514828645251247>

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0009-4316-9803>