

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS

PROJETO DE LEI N° 733 DE 2011

Disciplina o inciso III do art. 19 e o caput do art. 226 da Constituição Federal, que tratam da vedação do Poder Público de criar distinções e preferências entre brasileiros e da especial proteção do Estado à família.

Autores: Deputados Marcelo Aguiar, Lauriete e Acelino Popó

Relator: Deputado Jean Wyllys

I – RELATÓRIO

Trata-se de Projeto de Lei que objetiva proibir o Poder Público de “praticar qualquer ato, legal ou administrativo” que diferencie ou confira preferência entre brasileiros entre si, o que, segundo a redação da proposta, estaria de acordo com o artigo 19, inciso III, da Constituição da República. Visa, ainda, a conferir proteção à família, a qual é tratada pela proposição como “unidade primordial e indispensável da sociedade brasileira na consecução dos seus objetivos fundamentais”, embasando tal redação no artigo 226 da Constituição (art. 1º, incisos I e II).

O PL veda que o Poder Público apóie, mediante ações diversas, qualquer segmento específico que não tenha expressa proteção constitucional. Dispõe, por fim, que importa em improbidade administrativa e

em afronta aos princípios da administração pública a violação da lei proposta (arts. 2º e 3º).

A proposição é justificada na preocupação dos autores com aquilo que consideram “erosão dos valores familiares”, considerando a religião um antídoto para tanto. Conclama-se, no texto, a “harmonia social”, que é ameaçada por “ações que dividem a sociedade em categorias especiais de pessoas em desfavor da grande maioria da sociedade brasileira”. Brada-se ainda contra o “laxismo moral” na formação infantil.

É o relato.

II – VOTO DO RELATOR

i. Em primeiro lugar, há de se assentar que do ponto de vista formal o artigo 1º, inciso I, do Projeto de Lei, padece de inconstitucionalidade. É que tal dispositivo veda que o Poder Público pratique qualquer dos atos enunciados, sejam estes legais ou administrativos. Ora, “ato legal” significa lei. E o legislador não pode se autolimitar para o futuro, senão por Emenda à Constituição. Trata-se de contradição lógica. O legislador ordinário futuro não pode ficar vinculado ao legislador ordinário passado, exatamente porque é livre para elaborar as leis, adstrito apenas à Constituição, aos tratados de direitos humanos aprovados de acordo com o §3º do artigo 5º e, segundo ao contemporâneo entendimento, aos tratados de direitos humanos que ingressaram no ordenamento jurídico antes da Emenda Constitucional nº 45, os quais têm status supralegal. Portanto, a expressão “legal” constante do artigo 1º, I, do PL, não pode prevalecer.

ii. Em que pese tal filigrana técnica, em seu mérito o projeto de lei deve ser **integralmente rejeitado**, por ser flagrantemente desfavorável aos direitos humanos de minorias e por ser inconstitucional, conforme os motivos expostos a seguir.

iii. O PL em comento é inconstitucional porque, pelo teor de sua justificativa, sugere uma discriminação baseada em sexo, que viola a dignidade da pessoa humana.

O texto da proposta de lei é aberto em relação aos que pretende excluir. Porém, ainda que não mencione nenhum grupo específico, pelo teor religioso da sua justificação podemos imaginar o caso das lésbicas,

dos gays, dos bissexuais, dos transexuais e dos travestis, público ao qual seria vedada a realização de políticas públicas e leis que os contemplem especificamente, caso fosse aprovada a proposição.

Se, mediante o projeto, as medidas estatais favoráveis aos grupos LGBT são vedadas, este é inconstitucional. É que a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero é uma discriminação por motivo de sexo, violando o *caput* do artigo 5º da Constituição da República¹.

A discriminação de pessoas por sua orientação sexual ou por sua identidade de gênero viola também o **direito ao reconhecimento**, que é um dos postulados da dignidade humana². Todos têm o direito de ser respeitados e reconhecidos em suas peculiaridades individuais, mesmo porque não há sequer um ser humano igual ao outro. A característica plural é exatamente uma das mais bonitas da humanidade.

Bem ensina o Procurador Regional da República Daniel Sarmiento³ que viola a dignidade humana o indivíduo ser forçado a servir de meio para fins de que não partilha ou ser obrigado a concordar com o engessamento de valores estruturados em uma base arcaica, dedicados apenas à procriação da prole. O Estado não pode promover essa indução de comportamentos nem mesmo pela via oblíqua, como através da discriminação negativa em políticas públicas.

Como se sabe, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CRFB). Não se pode, portanto, aceitar uma proposição legislativa em confronto com norma tão importante.

iv. O PL também merece ser rejeitado porque viola a cláusula de abertura de proteção de direitos constante na Constituição.

O artigo 2º da proposição, que sintetiza todo o Projeto de Lei, afirma que é vedado ao Estado apoiar “segmentos específicos da sociedade brasileira que não gozem de expressa proteção constitucional”.

¹ RIOS, Roger Raupp Rios. *O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual*. São Paulo: RT, 2002, p. 133.

² SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 145.

³ *Idem*.

Trata-se de proposta de norma em confronto com a cláusula de abertura inscrita no § 2º do artigo 5º da CRFB, que diz:

“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.”

Como se vê, a Constituição recebe os direitos humanos advindos de tratados internacionais. Ora, tanto o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (artigo 2.1) quanto o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 2.2), dos quais o Brasil é signatário, afirmam que é vedada qualquer discriminação, de qualquer natureza, com base em raça, cor, religião, sexo, língua, etc., ou qualquer **outro status**.

Tais convenções de direitos humanos, que ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro antes da EC 45, têm *status* supralegal, consoante orientação cristalizada pelo STF⁴. Ou seja: a legislação ordinária deve-se adequar aos tratados de direitos humanos. Portanto, não pode criar um fator de distinção negativa (“grupos não gozem de expressa proteção constitucional”), em contrário a normas supralegais que expressamente vedam **qualquer discriminação**. A lei introduziria um fator de exclusão não permitido pelos Pactos mencionados.

De acordo com o juiz Ingo Wolfgang Sarlet⁵, o § 2º do artigo 5º da CRFB indica que o rol de direitos da Constituição, embora seja analítico, não tem cunho taxativo e exclusivo. E, mais. Significa que “na Constituição também está incluído o que não foi expressamente previsto, mas que implícita e indiretamente pode ser deduzido, doutrina esta que se encontra perfeitamente sedimentada em toda a história do constitucionalismo republicano”.

Desta forma, não pode pretender o legislador fechar o que a Constituição abriu. É vedado ao legislador excluir determinados grupos identitários que não violam princípios constitucionais (como, por exemplo, os grupos armados contra o Estado de Direito e os que visem a promover o racismo – CRFB, artigo 5º, incisos XLIV, XLII). Não pode a lei enclausurar a

⁴ STF, RE 466343/SP.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 91.

Administração Pública no cumprimento do seu dever de proteger os direitos fundamentais dos grupos enunciados na Constituição e de todos os outros grupos que precisam ter sua identidade reconhecida e suas necessidades especiais atendidas.

v. O PL também viola o princípio da igualdade.

É objetivo fundamental da República Federativa do Brasil reduzir as desigualdades sociais (artigo 3º, inciso III). Entre os brasileiros é garantida a plena igualdade (artigo 5º, *caput*).

Ocorre que a igualdade não é concebida apenas do ponto de vista formal, senão também do ponto de vista material. Já vem de Aristóteles a idéia de igualdade associada à de justiça. Por isso, ensina o jurista José Afonso da Silva⁶, a equidade só é concebida junto com a outra desigualdade que lhe é e que deve lhe ser complementar: aquela que só será **“satisfeita se o legislador tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais”**. Por isso se diferencia a igualdade formal, segundo a qual os seres da mesma categoria devem ser tratados da mesma forma, da igualdade material, que significa que cada um deve ser tratado de acordo com suas necessidades, méritos e peculiaridades. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal⁷ veda a discriminação baseada em critérios arbitrários, mas considera legítimo e necessário o tratamento desigual dos desiguais.

Assim, na medida em que está proibida a discriminação negativa, a discriminação positiva é devida, para se alcançar a igualdade material, ou seja, a **equalização de condições desiguais**. Para tanto, além de superar as injustiças socioeconômicas entre as diferentes classes sociais, é necessário romper com estigmas que pesam contra determinados grupos culturais e de identidade que compõem a sociedade brasileira, que por vezes padecem de exclusão simbólica. Como tal desiderato demanda políticas públicas para sua efetivação, a proposição em comento não pode ser aceita.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 213.

⁷ ADI 1276-2 (1995), ADI 1283-5 (1995), ADI 3128-7 (2004), ADI 467-1 (1991), ADI 3070-1 (2007), RE 115.770-4 (1991), RE 165.305-1 (1994), RE 186.589 (1995), RE AgRg 441767/2005, ADI 2620?2007, ADI 3660-2 (2008), em levantamento feito por Roger Raupp Rios, em “O Princípio da Igualdade da Jurisprudência do STF”, em SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011. P. 289-339.

O sistema global de proteção dos direitos humanos corrobora a necessidade de proteção específica a grupos peculiares.

A primeira fase do desenvolvimento desse sistema foi a da afirmação da igualdade entre todos os indivíduos. Foi marcada pela promulgação do que se chama de Carta Internacional de Direitos Humanos, composta pela Declaração Universal de 1948, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966. Pesava aqui o trauma da experiência de diferenciação do nazismo.

A segunda fase foi aquela da “multiplicação dos direitos”, na expressão do filósofo do direito Norberto Bobbio⁸. Trata-se de um processo em que a noção abstrata de indivíduo dá lugar aos indivíduos concretos, de carne e osso, com posições sociais, identidades e necessidades específicas. Por isso se construiu o sistema especial de proteção dos direitos humanos, que dá tutelas especiais aos diferentes grupos econômicos, sociais e identitários, que culminou nas convenções dos direitos das mulheres, das crianças, contra a discriminação racial, etc..

Na expressão da internacionalista Flávia Piovesan⁹, o reconhecimento e a proteção do indivíduo social e historicamente situado faz com que, ao lado do direito à igualdade, nasça o **direito à diferença**: importa “**assegurar igualdade com respeito à diversidade**”. A igualdade material, assim, passa pela busca de justiça social e distributiva, orientada por critérios socioeconômicos, e também pelo reconhecimento de identidades, tratando-se, nesse último caso, de igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia, etc.

Não é por outro motivo que o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou, em 15 de junho deste ano, Resolução¹⁰ sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero. O Conselho, na Resolução, recorda que a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos, **sem distinção de qualquer natureza**, como raça, cor, sexo, língua, religião,

⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 68-69.

⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10 .ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 187.

¹⁰ A/HRC/17/L.9/Rev.1.

política, nascimento ou outro status. **A Resolução expressou, ainda, grave preocupação com atos de violência e discriminação contra indivíduos devido à sua orientação sexual e identidade de gênero.**

Diante de tal conjuntura internacional, qual não seria o retrocesso brasileiro em aprovar o projeto em questão!

vi. A proposta também merece rejeição pelo princípio democrático (artigo 1º da CRFB).

A democracia não é só respeito à maioria. Por força das normas constitucionais que são a cláusula de abertura (art. 5º, § 2º) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), e também dos Pactos Internacionais de 1966, é de se extrair que democracia implica em respeito às minorias. A maioria não pode ser de tal forma esmagadora a ponto de sufocar os grupos minoritários.

De fato, o artigo 19, inciso III, da CRFB, não deixa dúvida de que é vedado ao Poder Público criar distinção entre brasileiros ou preferências entre si. Ocorre que o Poder Público, com as ações que o projeto de lei pretende vetar, não *cria* distinção, senão apenas *reconhece* as diferenças que existem na sociedade e busca ações para atender necessidades especiais e superar preconceitos.

A harmonia social, almejada pelos autores da proposta, não se pode dar com exclusão e intolerância; pelo contrário, deve atender aos mais diversos grupos identitários, desde que sua existência não seja vedada pela Constituição. É preciso contemplar os mais diferentes interesses, de modo que nenhum pode querer prevalecer sobre outro.

O interesse geral da nação, apontado na justificativa da proposta, é exatamente aquele de todos os que a compõem, e não o de alguns setores. A proposição reclama de grupos minoritários que querem impor visão à coletividade. Mas se pode perceber, na verdade, que os autores do PL é que querem impor sua visão fragmentada a todos. Os conceitos dos propositores são válidos, mas para si e para quem compartilha das mesmas crenças. Não podem ser cominados a toda a sociedade, sob pena de aniquilamento da democracia.

A justificativa do projeto em tela demonstra preocupação com a doutrinação de crianças. Mas quem pretende doutrinar quem aqui?

Afirmam ser perturbador o ensino das crianças nas escolas, no “verdor de sua formação intelectual, moral e sexual, em direção a um laxismo moral que inclui a exaltação de comportamento sexual contrário aos bons costumes”. Mas que laxismo moral é esse? Qual é essa exaltação? É importante, pelo contrário, que as crianças, em sua formação, tenham o contato com a diversidade que existe na sociedade. Que aprendam a tolerância e o respeito em lugar do ódio.

E, mais. Os “bons costumes” não são uma noção estanque. Sua compreensão depende dos valores correspondentes a cada arcabouço filosófico, sociológico e político, de modo que tal idéia vaga não pode servir de sustentação a um Projeto de Lei.

Os argumentos religiosos para a formulação das leis são, como é óbvio e como propugna Daniel Sarmiento¹¹, “francamente incompatíveis com os princípios da liberdade religiosa e da laicidade do Estado” (artigos 5º, inciso VI e 19, inciso I, CRFB). É de se sublinhar, aliás, que o projeto se fundamenta no artigo 19, inciso III, da Constituição, mas esquece o inciso I do mesmo artigo, que afirma que o estado brasileiro é laico.

As normas religiosas, na medida em que não são compartilhadas por todos, e na medida em que o Brasil é permeado por diversas religiões com diferentes doutrinas, não podem ser heteronomamente impostas. Não podem ser generalizadas pelas leis do Estado, sob pena de grave violação do princípio democrático.

vii. O projeto deve ser rejeitado, ainda, porque não confere proteção à família adequada constitucionalmente.

A Constituição efetivamente e felizmente tutela a entidade familiar. Mas é importante ressaltar que o modelo da Lei Maior de 1988 é o do afeto e da equidade. A nossa ordem constitucional protege, igualmente, as formas de família diferentes daquela tradicional, constituída apenas pelo casamento, a saber: a união estável homoafetiva; união estável entre pessoas de sexos diferentes; a monoparental; etc. Desta forma, como bem observa Daniel Sarmiento¹², as novas formas de família – dentre elas as de pessoas do mesmo sexo – não enfraquecem a instituição familiar, mas antes a fortalecem.

¹¹ SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 141.

¹² *Idem*. p. 143.

Os autores do PL reclamam da erosão dos valores familiares. Mas não é isso que se vê. O que se percebe, sim, são as pessoas querendo constituir famílias e que suas uniões sejam reconhecidas como tal. A família continua sendo um objetivo almejado, pelas pessoas das diferentes orientações sexuais e identidades de gênero. A comunhão de vida estável, que representa as escolhas mais íntimas e profundas de cada ser humano, segue valorizada, e cada vez mais, tal o anseio de que ela, em suas diferentes formas, seja respeitada e promovida.

A família, conforme mencionam os autores do projeto, é realmente o sustentáculo de uma nação que tem como “objetivo fundamental assegurar a felicidade de todos”. Exatamente. A felicidade de todos é que se busca, e não a de apenas um grupo, com a exclusão de outros. Por isso é que esta justificativa não conduz à aprovação da proposta. A religião pode ser e pode não ser o bastião da defesa da família. Isso depende do credo de cada um e não pode ser imposto normativamente.

O projeto de lei considera a “família como unidade primordial e indispensável” (artigo 1º, II), baseando-se no artigo 226 da Constituição para afirmá-lo. Observe-se que esta não é a redação do dispositivo constitucional mencionado. De acordo com este, a família é “base da sociedade” e merece “especial proteção do Estado”. Ou seja, a expressão “indispensável” não pode ser tomada no sentido de “obrigatória”. É livre a Constituição ou não de família. A família não é compulsória. Cabe a cada ser humano decidir se quer constituí-la ou não.

A diversidade está plenamente de acordo com os postulados constitucionais de proteção e defesa da unidade familiar, a qual deve ser protegida para todas as pessoas, de todos os credos, e não apenas para alguns, como a proposta pretende.

É o que reconheceu, aliás, o Supremo Tribunal Federal, em marcante decisão que declarou a constitucionalidade das uniões familiares homoafetivas¹³. Na letra do voto do Ministro Ayres Britto,

“a partir do momento em que a Constituição Federal reconheceu o amor como o principal elemento formador da entidade familiar não-matrimonializada, alçou a afetividade amorosa à condição de princípio constitucional

¹³ ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ.

implícito, que pode ser extraído em função do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988, que permite o reconhecimento de princípios implícitos por decorrentes dos demais princípios e do sistema constitucional (além dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte). Essa evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto (...).”

viii. Por sim, o projeto de lei merece ser rejeitado por violar a **proibição de retrocesso**. As políticas públicas já realizadas pela Administração não podem ser extintas sem nenhum mecanismo de compensação, sob pena de desrespeito ao princípio mencionado.

Trata-se de um princípio constitucional implícito, aceito por juristas importantes como José Afonso da Silva¹⁴, Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁵, Luis Roberto Barroso¹⁶, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷, etc., segundo o qual um direito incorporado no patrimônio jurídico dos cidadãos não pode ser deles retirado. Tal princípio implícito deriva da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia dos direitos fundamentais disposta no artigo 5º § 1º da Constituição e no princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CRFB). Tal princípio alcança o legislador, a administração e o judiciário.

ix. É claro que, sendo inconstitucional a parte propositiva do Projeto de Lei, merecendo ser integralmente rejeitado, não cabe nenhuma sanção correspondente, nem mesmo as enunciadas no artigo 3º da proposta.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 147 e 156.

¹⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, p. 131.

¹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.

Mesmo assim, vale ressaltar que a realização de políticas públicas voltadas para grupos que sofrem opressões específicas não viola nenhum a dos princípios da administração pública, conforme pretende o artigo 3º do PL.

Os princípios da administração pública, consoante o artigo 37 da Constituição, são a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. É claro que o não cumprimento da lei pela administração viola o princípio da legalidade. Tratar-se-ia de mera redundância tal menção. Já os princípios da publicidade e da eficiência não têm qualquer vinculação com o objeto da lei. E a moralidade? O administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸ explica que tal enunciado significa lealdade, boa-fé e probidade. Ora, jamais se poderia dizer que efetivar políticas públicas de inclusão violaria a probidade e a boa fé. Por fim, a impessoalidade, para o renomado publicista, significa tratar todos os administrados de maneira igualitária, sem discriminação. Significa respeito ao postulado de que todos são iguais perante a lei, o que nos remete às considerações sobre a igualdade material feitas acima.

x. Diante de todo o exposto, propugno pela **rejeição integral** do Projeto de Lei nº 733 de 2011, por ser altamente violador dos direitos humanos de minorias que compõem a sociedade brasileira, e por afronta ao artigo 1º, *caput* e inciso III, artigo 3º, inciso III, artigo 5º, *caput*, inciso VI e §§ 1º e 2º, artigo 19, inciso I, todos da Constituição da República.

Sala da Comissão, em de de 2011.

Deputado Jean Wyllys

Relator

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 114, 119-120.