

Direito fundamental individual à liberdade sexual e às formas plurais de constituição da família no Brasil: validade jurídica da família multiafetiva a partir de uma análise constitucional humanística na obra e voto do Ministro Ayres Britto na ADI 4277 e ADF 132

Georges Louis Hage Humbert, advogado, pós-doutorando em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, é doutor e mestre em direito pela PUC-SP, professor titular do Centro Universitário Jorge Amado e professor associado ao Brasil Jurídico.

1. Introdução

Nos últimos anos, o Brasil e o mundo, especialmente o ocidental, vêm aplicando, com maior densidade e através de regras objetivas, positivadas, por vezes, mediante ou plebiscito, ou mesmo via precedentes judiciais, o direito humano à liberdade sexual para se unir a uma pessoa do mesmo sexo, enquanto, também, direito fundamental posto e, nesta condição, dever jurídico do estado de reconhecer, proteger e da sociedade de aceitar e tolerar, gerando aos indivíduos o direito subjetivo de pleitear, para todos os fins, o direito ao casamento ou outra forma de constituição de uma família homoafetiva, pena de responsabilidade civil, penal e administrativa daqueles que lhes obstar.

Sob esta ótica e, partindo de premissas similares ao supra narrado, cujo marco mais relevante foi a decisão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o presente artigo propõe um avanço à outros pontos da questão, para ampliar o enfoque em relação ao direito de constituir uma família multiafetiva, não apenas formada por um casal. A questão se apresenta oportuna, não somente por envolver algo ínsito a vida humana, em toda a sua história, mas, notadamente, em face da resistência que a matéria ainda enfrenta, até mesmo entre alguns cientistas do direito, da recente discussão, desentendimento e desinformação

legal sobre a possibilidade jurídica da concessão de direitos a “amante”, bem como de projetos de lei que, no Brasil, visam disciplinar a questão.

Diante deste quadro, o presente trabalho visa responder ao seguinte problema: há, no Brasil, o direito a liberdade sexual ao poliamor e à formação de uma família multiafetiva?

2. A liberdade sexual e de formação da família como expressão dos fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil

Está positivado no art. 1º da Constituição brasileira que a República Federativa do Brasil, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, entre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Consoante lição de Canotilho¹, a estrutura do Estado Democrático de Direito passa por uma ordem de domínio legitimada pelo povo. Segundo o constitucionalista português, “a articulação do direito e do poder no estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos”, sendo esta uma das traves mestras do Estado Constitucional Democrático de Direito. Daí porque “o poder político deriva dos cidadãos” que, completa-se, exerce-o, direta ou indiretamente, mediante a cidadania e todos direitos e garantias que lhes são inerentes.

Neste passo, sendo a família, instituição berço da sociedade e dos valores constitucionais expostos supra, é nesta, enquanto estrutura social juridicamente tutelada, que, em larga medida, concretizam-se a solidariedade, dignidade, fraternidade, amor, cidadania e o estado democrático de direito, na exata medida em que protegendo e preservando a instituição de toda e qualquer família, a partir da igualdade, cumprir-se-á, através desta, a sua principal função que a associa diretamente à noção constitucional

¹ Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 98.

brasileira mais elementar: a de formar uma sociedade livre, justa, igualitária e solidária, de cidadania e em um estado democrático de direito.

Com efeito, quanto à dignidade da pessoa humana, incontroverso que engloba um valor supremo que, a um só tempo, determina a positividade e atrai para a sua essência o conteúdo dos direitos humanos, inclusos nas ordens jurídicas sob o manto dos denominados direitos fundamentais individuais, desde o direito à vida, passando pela igualdade, liberdade, segurança, propriedade e, notadamente, pelos direitos sociais.

Alinhado a José Afonso da Silva, não se pode olvidar que

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido de dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação o desenvolvimento da pessoa e o seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, externa Konrad Hesse que “A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social”².

² HESSE. A força normativa da Constituição, p. 24. Luís Roberto Barroso é de opinião contrária. Comenta: "Dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana. O princípio, no entanto, não se presta à tutela de nenhuma dessas situações. Por ter significativo ético, mas não se prestar à apreensão jurídica, a dignidade da pessoa humana merece referência no preâmbulo, não no corpo da Constituição, onde desempenha papel decorativo, quando não mistificador". BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 296.

A partir destas premissas, nota-se igualmente quanto à matéria, a nítida ligação entre a noção de família e a dignidade da pessoa humana, mesmo porque aquela se encontra umbilicalmente relacionada à condição humana de cada indivíduo, que a exercitam no âmbito das relações familiares, cujo bem-estar se encontra condicionado pelas prescrições impostas pelos já citados valores convertido, pela Constituição de 1988, em norma jurídica fundamenta, via princípios, regras e atos jurídicos diversos plasmados por todo o ordenamento jurídico brasileiro³.

Exatamente por isso, pode se definir que o princípio jurídico fundamental da dignidade da pessoa humana incide sobre as relações e a própria formação das famílias no Brasil, já que representa, juridicamente,

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir 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 humanos⁴

Trata-se, conseqüentemente, de fundamento da comunidade estatal, na acepção de Häberle⁵. Pelo exposto, forçoso concluir, com Vidal Serrano, que a interpretação de todos e quaisquer direitos e deveres de cunho social, como é o caso do direito de e à família, deve ser feita à luz do princípio em causa, em como se parte integrante deste

³SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

⁴SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 62.

⁵Häberle, Peter. A dignidade da pessoa humana como fundamento da comunidade estatal. *In Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional / Béatrice Maurer ... [et. al.] org. Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. P. 45-103. Assevera o autor que “merece aplausos a irradiação da dignidade humana em relação a outros princípios, âmbitos e instituições constitucionais, assim como também os direitos fundamentais, a democracia liberal ou o direito penal”. Op. cit. p. 57.

fosse, indicando-lhe um mínimo irreduzível, bem como posição preponderante ante as demais normas⁶.

Ainda quanto ao tema, o art. 3º do mesmo diploma legal constitui objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a marginalização, e reduzir as desigualdades, promovendo o bem de todos.

Como anota Cármen Lúcia Antunes Rocha, “O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte na elaboração do texto constitucional”⁷.

Na esteira do quanto assevera José Afonso da Silva, “não se trata de objetivos de governo, mas do Estado Brasileiro... Cada governo pode ter metas próprias de sua ação, mas tem que se harmonizar com os objetivos fundamentais aí indicados. Se apontarem em outro sentido, serão inconstitucionais”⁸.

E, referindo-se sistematicamente à Norma Suprema, remata:

Este artigo correlaciona-se com as promessas do Preâmbulo, pois ‘construir uma sociedade justa, livre e solidária’ corresponde a forma uma sociedade dotada de valores supremos dos direitos sociais e individuais, tais a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça – que é aquela sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social. Mas também se vincula de alguma maneira com as normas que contemplam a Seguridade Social (arts. 194 e ss.) como instrumentos de erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades e se desdobra em normas precisas e de eficácia plena como as que definem o princípio da igualdade (arts. 5º caput e inciso I, e 7, XXXI, XXXI, XXXII), de modo que só na aparência é que as disposições do art. 3º têm sentido

⁶ Nunes Júnior, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988 – estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 114-115.

⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 15, p. 85-99, 1996

⁸ Silva, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 46.

programático. São, em verdade, normas dirigentes ou teleológicas, porque apontam fins positivos a serem alcançados pela aplicação de preceitos concretos definidos em outras partes da Constituição.⁹

Diante do quanto apresentado, forçoso concluir que a multifamília, o poliafeto, isto é, o casamento entre mais de duas pessoas, do mesmo sexo ou não, é juridicamente protegido no Brasil, pois que adere e se condiciona pela dignidade da pessoa humana, mesmo porque a família, além de ser concretizada, interpretada, aplicada e protegida sob a ótica de todos estes preceitos constitucionais, é, ou melhor, exerce, por dever jurídico e metajurídico, uma função social,¹⁰ sendo, nesse passo, condição de possibilidade da dignidade da pessoa humana, passando a aceitação e tutela das suas mais diversas formas a constituir o “indicador constitucional parametrizante do mínimo existencial”¹¹.

Destarte, trata-se de um pressuposto mínimo para a garantia dos princípios e objetivos fundamentais da República. Estando diretamente relacionado a estas, configurando o seu conteúdo e sendo estas normas consideradas supraprincípios¹²,

⁹ Silva, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 46.

¹⁰ Sarlet, apoiado em Neumann, sustenta que “o desempenho das funções sociais em geral encontra-se vinculado a uma recíproca sujeição, de tal sorte que a dignidade da pessoa humana, compreendida como vedação a instrumentalização humana, em princípio proíbe a completa e egoística disponibilização do outro, no sentido de que se estar a utilizar outra pessoa apenas como meio para alcançar determinada finalidade, de tal sorte que o critério decisivo para a identificação da violação a dignidade passa a ser (pelo menos em muitas situações convém acrescer) o do objetivo da conduta, isto é, da intenção de instrumentalizar, coisificar o outro”. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional / Béatrice Maurer ... [et. al.] org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 36.

¹¹ LEAL, Rogério. A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional. Revista Trimestral de Direito Público, 51-52, p. 26-39. São Paulo: Malheiros Editores, p. 27.

¹² Para Carlos Ayres Britto a Constituição apresenta formas de “autodivisão” de suas normas em principiologicas e comuns, tenham ou não a rotulagem de “princípio(s)”, pelo que confere, igualmente, a alguns dos seus dispositivos um papel de liderança ou de proeminência sistemática, na medida em que: a) faz da materialidade deles a própria razão de ser de algumas regras comuns, ou o primeiro critério racional de interpretação dessas regras comuns; b) reage mais drasticamente à violação dos comandos neles encartados. Dentre os princípios, qualifica-os em princípios fundamentais e simples princípios ou princípios constitucionais maiores e princípios constitucionais menores, sendo os primeiros dispostos nos dois primeiros títulos da Constituição e os demais dispersos pelos títulos subsequentes. Para este autor, isto é relevante, do mesmo modo como as normas principiologicas contêm ou recobrem valores de maior densidade ético-política do que os embutidos nas regras comuns, as normas principiologicas fundamentais contêm ou recobrem valores de maior expressividade ainda, no referido plano ético-político quando comparadas com as normas simplesmente principiologicas. Britto, Carlos Ayres. As cláusulas pétreas e sua função de revelar e garantir a identidade da constituição. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (coord.)

normas que, diga-se, importam em fundamentos e objetivos fundamentais do Brasil, ou seja, as bases sobre as quais este Estado Democrático de Direito¹³ se assenta, violar uma destas disposições é aviltar o próprio Estado de Direito¹⁴ e o seu regime Democrático¹⁵.

Sustenta-se que tal qual as normas princípios e objetivos aos quais se integra e se conecta substancialmente, o direito a multifamília ou ao poliafeto é da maior relevância, primazia, fazendo parte do que se pode rotular como topo da hierarquia normativa constitucional pátria.

Em outros termos: defende-se a tese de que a multifamília é mais que um direito de cada indivíduo, porque, para além de direito subjetivo, materializam e conferem densidade aos valores abarcados pelos princípios e objetivos fundamentais da república, em determinado plexo de sujeições – atuação e aplicações do poder público, dos institutos, dos instrumentos jurídicos e diversas relações humanas familiares - diretamente ligado a estes, ou melhor, enquanto desdobramento destes. Significa que assume posição hierárquica de proeminência no sistema, com reflexo na interpretação e na aplicação das normas, especialmente quando da hipótese de aparente conflito, pois

Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey. 1995, p. 178 -180.

¹³ Segundo Ayres Brito, “É do nosso pensar que o ser das Constituições ocidentais, ao menos daquelas nascidas do ventre de uma Assembleia Nacional Constituinte, **esteja na Democracia**. Tanto na democracia formal quanto na material; isto é, assim no Estado Democrático de Direito como no Estado de Direito Democrático, de cujo casamento por amor resulta o ansiado Estado de Justiça. Ou o caráter holístico de tais Constituições.” BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, p. 183

¹⁴ O conceito de Estado de Direito apresenta utilidade se for entendido no sentido formal da limitação do Estado por meio do direito. Nessa perspectiva, o conceito permite avaliar se a atuação dos aparelhos estatais se mantém dentro do quadro traçado pelas normas em vigor. Isso não garante o caráter justo do ordenamento jurídico, mas preserva a segurança jurídica, isto é, a previsibilidade das decisões estatais. O conceito do Estado de direito material é, ao contrário, problemático. As tentativas de "enriquecimento" do conceito, no intuito de considerar como Estado de direito somente o ordenamento que satisfaz os requisitos da justiça, estão fadadas ao fracasso, já que não parece possível definir o que é um Estado justo. DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.155.

¹⁵ Para Elías Díaz, sendo a democracia modo de exercício do poder, é processo, o que significa que a técnica pela qual o poder, advindo da vontade popular, é exercido, deve coadunar-se aos procedimentos preestabelecidos mediante leis elaboradas por representantes eleitos, isto é, deve obedecer ao princípio da legalidade na execução do poder, pelo que o ato de autoridade tem validade segundo sua conformação legal, o que liga toda a execução da lei à origem, que é a vontade popular. (...) Enfim, é o Estado Democrático de Direito que se apresenta como organização político-estatal possibilitadora de uma legalidade legítima, que se funda nos direitos fundamentais criados soberanamente pelo próprio povo, destinatário e co-autor da ordem jurídica, É nesse Estado que a autonomia política atua contra a arbitrariedade de um poder mediante sua domesticação pelo jurídico. DIAZ, Elias. **Legalidad-legitimidade en el socialismo democrático**. Espanha: Editorial Civitas S.A., 1978, p. 129

descumprir as prescrições advindas de funções sociais da cidade é violar, ainda que indiretamente, normas que exteriorizam as bases, os preceitos, aquilo que é mais caro e essencial ao ordenamento jurídico brasileiro.

Primeira conclusão: a multifamília é direito individual subjetivo, fundado em e, ainda, parte dos fundamentos do Brasil, sendo que sua aceitação, respeito e concretização é um direito, mas também forma do estado de cumprir seus deveres de promoção e defesa da dignidade da pessoa humana e da autodeterminação das pessoas e dos povos.

3. Da liberdade sexual e de formação de cada família como um direito fundamental inerente ao estado social posto pelo Brasil

Ainda transitando pela Constituição da República, vislumbra-se, em seu art. 5º, a indicação expressa de direitos fundamentais individuais, para, logo em seguida, dispor as garantias e mecanismos de materialização destes, a partir dos direitos sociais, consubstanciados, entre outros, pelo art. 6º e 193 e seguintes.

Destes dispositivos, pode-se extrair a seguinte conclusão: o direito a constituir livremente e de ter tratamento jurídico igualitário a toda e qualquer família, constituída e formada para além de um casal, é direito individual fundamental, porque parte essencial dos direitos à vida, igualdade, liberdade, propriedade e segurança, já que, para que estes sejam efetivados, de rigor reconhecer todas as formas de família em que haja consensualidade, aceitação, amor mútuo e acordo de vontades entre pessoas capazes, sem vícios de consentimento.

Isto porque, com Ferdinand Lassale¹⁶, para justificar a qualidade de norma fundamental será necessário possuir a qualidade de uma norma básica, ou seja, ser mais do que as outras comuns, como indica o próprio termo “fundamental”, a fim de “que constitua fundamento de outras normas; que se regem pela *necessidade*. (...) A idéia de

¹⁶ Lassale, Ferdinand. O que é uma constituição? Campinas: Servanda, 2010, p. 13.

fundamento traz, implicitamente, a noção de uma *necessidade ativa*, de uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia, *fazendo-a assim e não de outro modo*".¹⁷ E não reconhecer juridicamente no Brasil a multifamília ou o poliafeto é ir de encontro a tudo isto.

Segunda conclusão: porque diretamente ligadas à vida, igualdade, segurança, liberdade e propriedade, porquanto substancial à noção de bem-estar, de solidariedade, de dignidade, de justiça social, e dos demais direitos sociais daí decorrentes, as multifamílias se configuram como parte integrante do núcleo de direitos fundamentais.

E frise-se: a origem dessa específica proteção advém do mais fundamental dos direitos já assegurados pela legislação (do qual, aliás, decorrem todos os demais): a vida humana.

Direitos à vida e à boa saúde, entre outros, aparecem como consequência imediata da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil o qual, por sua vez, conforme defendido no tópico anterior, remete à proteção de toda e qualquer família fraterna, para a defesa e prestação de direitos individuais mínimos e basilares no âmbito de um dado da realidade juridicamente protegido, a saber, a família, em todas as suas formas, por força mesmo destas serem a base de formação das pessoas e início, elementar mesmo às demais relações sociais do estado democrático de direito brasileiro.

Desta forma, o direito a uma multifamília, com poliamor, poliafeto encontra fundamento não apenas nas normas constitucionais que tratam especificamente sobre o direito de família, nem mesmo apenas naqueles dispositivos constitucionais já externados alhures, mas inclusive nos dispositivos que versam sobre os direitos fundamentais individuais previstos pelo art. 5º da Constituição.

¹⁷ GARCIA. Mas, quais são os direitos fundamentais?. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 121.

Ademais, não resta dúvida de que os direitos sociais encontram guarida nos princípios e direitos fundamentais da Carta Constitucional. Evidente que a cidadania, a dignidade da pessoa humana, uma sociedade justa e solidária, o fim da pobreza e das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, bem como a manutenção da vida, da igualdade, da propriedade, da segurança e da liberdade, são conteúdos jurídicos determinantes e integrantes do regime jurídico constitucional da família, como instituição jurídica de transposição e materialização, sede destes valores inculcados pela norma brasileira fundamental, postos mesmos pela ordem suprema vigente, ínsitas ao exercício do direito à cidadania em toda a sua plenitude, não podendo ser negado, não reconhecido, vítima de preconceito ou ausência de formalização pelo estado brasileiro¹⁸.

De efeito, o teor essencial da família, como demonstrado, representa um limite que se impõe à possibilidade de conformação e restrição dos direitos fundamentais, representando o seu mínimo intangível, indisponível ao Poder Público quanto à gestão das cidades. Mesmo porque, sem liberdade de escolha familiar não se prepara qualquer tipo de cidadania¹⁹.

4. O direito à multifamília ou ao poliafeto familiar como uma categoria constitucional humanística a partir de uma análise constitucional humanística na obra e no voto do Ministro Ayres Britto na ADI 4277 e ADF 132²⁰

Além da formação de uma multifamília ser uma instituição assegurada e protegida pelos princípios e direitos fundamentais, na forma acima descrita, há que se

¹⁸ ROCHA, Júlio Cesar de Sá. Direito da Saúde. Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: Atlas S.A., 2011, p. 04.

¹⁹ LOPES, José Ronaldo de Lima. Direitos sociais – teoria e prática. São Paulo: Método, 2006, p. 64.

²⁰ Tópico fundamentado integralmente em: BRASIL. ADI 4277. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator: Ayres Brito. 14 out. 2011. BRITTO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

sustentar, ademais, que são uma categoria constitucional, na forma da obra e voto de Ayres Britto, senão veja-se.

Com efeito, ao relatar em voto na ADI 4277 e ADF 132 que a Constituição Federal (ou as normas em geral) não definiu de forma expressa de que maneira as pessoas podem e/ou devem fazer uso de seu aparelho sexual, entregando a escolha ao livre arbítrio, instinto e subjetividade, estando aí inclusos a “preferência” e “orientação”, Ayres Britto também sinaliza que o mesmo vale para como, com quem e com quantos parceiros se construir juridicamente uma família.

Portanto, nesta leitura e análise que aqui se perfaz, tem-se, com o jurista sergipano, que o ser humano é livre para, caso deseje, ser homossexual, heterossexual ou assexuado; trata-se de um direito subjetivo, da autonomia e autodeterminação individuais, vivendo com um, dois, ou mais parceiros. Isso é mais do que natural, considerando que a Lei Maior consagra o constitucionalismo fraternal, que visa à integração das pessoas do ponto de vista civil-moral, com plena aceitação do pluralismo sócio, político e cultural, assim como ao respeito aos contrários.

Essa proteção é imprescindível e coaduna-se aos preceitos maiores da Constituição Federal, como dignidade da pessoa humana e direitos de personalidade (intimidade, identidade, privacidade, liberdade).

Ora, ao afirmar que a sexualidade das pessoas é indissociável das mesmas, “pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles” (Min. Ayres Brito – BRASIL, 2011, p. 29), entende-se, ao menos para efeitos deste trabalho, que o mesmo vale para formação e opção por uma multifamília. Nessa esteira, ainda com o Ministro, todos estes direitos são líquidos e certos, possuem imperatividade de cláusulas pétreas e aplicabilidade imediata por advirem de normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, §1º)

Digno de mencionar, ademais, que a para Ayres Britto o tema envolve não apenas técnica jurídica, mas sentimentos e significação sócio-cultural. Seriam os casais homoafetivos, e, acrescente-se, as multifâmias capazes de união “com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais”? (Min. Ayres Brito – BRASIL, 2011, p. 23)

Para afastar qualquer dúvida quanto a possibilidade jurídica de se constituir uma multifâmia formada por vários parceiros consensuais no Brasil, cite-se mais um trecho do citado Acórdão da lavra de Ayres Britto, no qual, em síntese, sustenta que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (art. 226, caput, da CF/1988), a qual não se refere a um tipo de família ou outro, mas à acepção cultural do termo, referindo-se à entidade ou grupo familiar unido por laços afetivos e espirituais (não necessariamente biológicos). Vale dizer que, para Ayres Britto, embora a CF mencione apenas dois tipos (parental e monoparental), há diversas espécies de família, o que deixa claro que a menção do legislador não foi, de maneira nenhuma, *numerus clausus*.

No voto em estudo, insiste Ayres Britto que a sagração dessa instituição se explica por ser ali o primeiro lócus de concreção dos direitos fundamentais, da apreensão da cidadania, da dignidade, dos valores sociais do trabalho, da própria humanidade em si. Nas suas palavras, “vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica” (Min. Ayres Brito – BRASIL, 2011, p. 38).

Na análise que se coloca neste trabalho, ao assim se posicionar, Ayres Britto demonstra que estão abarcados pela tutela jurídica constitucional todos os tipos de família, a da mãe viúva, a dos tios e sobrinhos, a dos avós e netos, a que conta apenas com irmãos, a de casais hetero ou homoafetivos, entre tantas outras formas que hoje o “Direito das Famílias” sói trazer à voga, pelo que, ainda nas suas construções teóricas e pragmáticas, a interpretação dessa instituição não pode ser reducionista, pois o contrário

significaria dizer que a Lei Maior incorre em disposições preconceituosas e homofóbicas, excluindo algum tipo específico de família.

Extensivamente, ainda com as lições do voto do Ministro, o que define uma união estável, no seio de uma família, não a forma de casal, mas o caráter afetivo, íntimo, prolongado, carinhoso, estável e confiável da relação, razão pela qual não se pode reduzir a uma leitura literal da norma, considerando que a apenas CF traz textualmente que “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar” (art. 226, §3º; e também art. 183, § 1º), pois a intenção do legislador ao mencionar em alguns dispositivos a dicotomia homem/mulher em relação ao casal. Segundo Ayres Britto, partindo da análise da conjuntura histórico-axiológica da Constituição, a norma do art. 226 não quis e nem poderia determinar que apenas um tipo de família receberia proteção do Estado, ou que a única família, união estável ou casamento aceitáveis seriam os constituídos apenas por um homem e uma mulher.

Daí porque, aqui se conjectura, com base nas lições de Ayres Britto: a norma em debate não se trata de uma norma positiva, no sentido de proibir a constituição de união homoafetiva ou mesmo as multifamílias, mas de dispositivo construído em outro contexto: o da afirmação da participação da mulher na sociedade, da equiparação jurídica de homem e mulher, pós-Estatuto da Mulher Casada, pós-Lei do Divórcio e pós-revolução sexual de 1960. A intenção era romper com esse modelo preconceituoso, que subjugava a mulher; impensável cogitar que a intenção era impedir que casais homoafetivos e as multifamílias pudessem ter seus direitos assegurados, não obstante a homossexualidade e as famílias formadas por uma pluralidade de parceiros já exista desde os primórdios e seja um fato social de há muito, nada tendo a ver com a dicotomia casal e poliafeto (Min. Ayres Brito – BRASIL, 2011, p. 45-46).

Neste sentido, sustenta-se aqui que a multifamília se enquadra em categoria humanística constitucional brasileira, pois, não bastasse a positivação da dignidade da pessoa humana na Constituição “O princípio jurídico da dignidade da pessoa humana decola do pressuposto de que todo ser humano é um microcosmo. Um universo em si mesmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é

também um todo à parte; isto é, se toda pessoa natural é parte de algo (corpo social), é ao mesmo tempo um algo à parte. A exibir pela lapela da própria alma o botão de uma originalidade que ao Direito só compete reconhecer até para se impor como expressão de vida comum civilizada (o próprio Direito a, mais que impor respeito, se impor ao respeito, como diria o juiz-poeta sergipano João Fernandes de Britto).²¹

E arremata²²:

De fato, o desenrolar do tempo tem situado o gênero humano no centro do universo. Da proclamação de que “o homem é a medida de todas as coisas” (Protágoras) ao “cogito” de René Descartes, passando pela máxima teológica de que todos nós fomos feitos à imagem e semelhança de Deus, o certo é que a pessoa humana passou a ser vista como portadora de uma dignidade inata. Por isso que titular do “inalienável” direito de se assumir tal como é: um microcosmo. Devendo-se-lhe assegurar todas as condições de busca da felicidade terrena.

Por estas razões, uma terceira conclusão se impõe: a de que a multifamília deve ser reconhecida por extensão ao proferido no Acórdão de Ayres Britto objeto desta análise e, igualmente, como consequência do humanismo enquanto categoria constitucional brasileira.

5. Conclusão

Pode-se, em síntese, concluir que há o direito, isto é, o reconhecimento jurídico a formação de família homoafetiva. Portanto, a despeito da opinião individual de cada um sobre o tema, a qual também é livre e deve ser respeitada, - desde que exarada com urbanidade de forma lícita – o tema, para fins de estado, não é uma e não pode ser tratado meramente como uma questão de opção religiosa, moral, sociológica, histórica,

²¹ BRITTO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 27.

²² Idem, p. 25-26

filosófica, médica, psicológica, psiquiátrica ou mesmo biológica. É um direito que deve ser assegurado a todos que dele queira fazer uso.

Trata-se de categoria constitucional humanística, na forma do art 1º e do artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor, crença, cultura e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual, já que a forma e a opção das pessoas em como formar uma família, consensual e solidariamente, não se presta para desigualação jurídica, tudo com base nas lições de Ayres Britto, sendo certo que qualquer depreciação da união multifetiva ou do poliamor colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF.

A multifamília ou poliamor a ser preservado e protegido juridicamente é aquele em que há a anuência, consenso, amor, solidariedade e fraternidade entre todos os indivíduos que se propõe a se unir e constituir uma desta forma, gerando direitos e deveres, não se confundindo e nem havendo que equiparar ou fala, na espécie, em consagração do suposto “direito da amante”.

A formação da multifamília, da polifamília ou do denominado poliamor deve ser juridicamente reconhecida, também por efeito de extensão do conteúdo constitucional ao ensejo do voto proferido no Acórdão de Ayres Britto, nos autos da ADI 4277 e ADF 132 e, igualmente, como consequência do humanismo enquanto categoria constitucional brasileira, também sustentada pelo citado jurista em obra doutrinária de sua autoria.

Desta forma, há, no Brasil, positivado constitucionalmente, em caráter fundamental, o direito ao poliamor ou a multifamília, o qual tem por alcance a exigibilidade, o dever de e o direito a uma cidade socialmente justa, que deve buscar a inclusão das comunidades através da dignidade, solidariedade, igualdade, fraternidade, 1º, 3º, 5º, 6º, 7º, 201 (destacando o inciso IV do art. 3º, o inciso XLVIII do art. 5º; inciso XXX do art. 7º e o inciso II do § 7º do art. 201).

Afirma-se, de modo direto: o direito posto brasileiro admite formas plurais de família, todas elas merecedoras de tratamento jurídico igualitário, em direitos e obrigações, as quais podem ser formadas por duas ou mais pessoas, casais, do sexo oposto ou do mesmo sexo.

Tudo isso, vale reiterar, imposto por normas fundamentais, intangíveis e irreduzíveis, inclusas, por interpretação lógico-sistemática, objeto de proteção por garantias especiais arroladas nos incisos do art. 5º e cujo fundamento de validade se situa no topo da hierarquia normativa constitucional brasileira.