



UnB

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

Victória Albuquerque Camara

**O PARADIGMA RELIGIOSO E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS
BRASILEIRO**

Brasília

2015

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Victória Albuquerque Camara

**O PARADIGMA RELIGIOSO E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS
BRASILEIRO**

Monografia apresentada na Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília, como
Trabalho de Conclusão de Curso, sob orientação
do professor Thiago Luís Santos Sombra.

Brasília
2015

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Victória Albuquerque Camara

**O PARADIGMA RELIGIOSO E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS
BRASILEIRO**

Banca Examinadora:

Professor
(Orientador)

Professor(a)

Professor(a)

Professor(a)

Brasília, 10 de dezembro de 2015.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida e por todo dom perfeito e boa dádiva que Ele me concedeu (Tiago 1: 17).

À toda minha família, que em todo momento me deu força, incentivo e subsídios para concluir a graduação e este trabalho.

Às amigas e aos amigos que, em especial durante este último ano, foram mais chegados que uma irmã ou irmão (Provérbios 18:24).

Às professoras e aos professores que, ao demonstrarem apreço e zelo pela tarefa da magistratura, contribuíram ricamente com minha graduação; destes, agradeço especialmente, ao meu orientador, pelos valiosos conselhos, pela atenção, por todo incentivo e confiança.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar o arcabouço religioso existente no Direito das Famílias estabelecido, principalmente pelo Código Civil de 2002 e pela Constituição Federal de 1988, e seus efeitos sociais. Nesse sentido, busca traçar um histórico sobre como direito, religião e família já se relacionaram; posteriormente, considerando os processos ocidentais de secularização e privatização da religião, busca estabelecer como aquelas primeiras relações entre direito, família e religião permanecem atualmente, por meio da codificação de costumes e tradições pautados na moral religiosa que vige predominantemente no Brasil.

Palavras chaves: Direito das Famílias. Religião. Secularização e Laicidade. Conceito de família.

ABSTRACT

This paper aims at analyzing the presence of religious outlines in Brazilian Family Law, which is mainly established by Civil Code of 2002 and Federal Constitution of 1988, besides the social effects of this presence. Therefore, it drafts an historical map of how Law, Religion and Family have been connected; then, considering the secularization process in occidental societies, it intends to clarify how the mentioned connection between Law, Religion and Family remains nowadays, through the codification of customs and traditions based on the religious moral that is predominantly onwards on Brazil.

Key words: Family Law. Religion. Secularism. Definition of Family.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	2
1. INTERAÇÕES ENTRE DIREITO E RELIGIÃO	4
1.1 <i>Moral e costume na formação de normas jurídicas</i>	4
1.2 <i>Práticas religiosas como fonte de moral para elaboração de normas jurídicas.</i>	6
1.2.1 <i>Sociedades primitivas</i>	7
1.2.2 <i>Direito Canônico</i>	8
1.2.3 <i>Direito Islâmico</i>	11
1.3 <i>O perigo do vácuo axiológico.....</i>	14
1.4 <i>Religião e a construção do conceito de família na sociedade ocidental</i>	15
2. SECULARIZAÇÃO E LAICIDADE DO ESTADO	21
2.1 <i>A secularização e a resiliência da religião no meio social.....</i>	25
2.2 <i>Caso BURWELL V. HOBBY LOBBY na Suprema Corte dos Estados Unidos.....</i>	27
2.2.1 <i>O discurso religioso e a aplicação dos direitos fundamentais.....</i>	29
2.2.2 <i>Uma resposta secular definitiva para uma questão de ordem religiosa e moral?....</i>	32
3. O LUGAR DA RELIGIÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS NO BRASIL	34
3.1 <i>Histórico: religião e o ordenamento jurídico brasileiro</i>	34
3.2 <i>Ordenamento jurídico brasileiro e o Direito das Famílias contemporâneo</i>	40
3.2.1 <i>Conceitos de família em dispositivos internacionais.....</i>	46
3.3 <i>O paradoxo do artigo 1.513 do Código Civil de 2002</i>	47
3.4 <i>Estatuto da Família – conclusões sobre o lugar da religião e da não religião no Direito das Famílias.....</i>	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

A entidade familiar é, sem dúvidas, o tipo de agrupamento humano que precede os demais, não apenas como fenômeno biológico, mas igualmente, pelo fenômeno social que constitui (ROSENVOLD, 2014, p. 34). Esse grupo, local de afetos, de crescimento, desenvolvimento emocional e subsistência pode ter seu arranjo fluido conforme as circunstâncias que o envolvem. Dentre vários fatores culturais que contribuíram para delimitar as entidades familiares, a religião mostra-se aquele cujo peso foi essencial para a estruturação da família nos moldes mais conhecidos atualmente, de sorte que, igualmente as convenções sociais a esse respeito, já imbuídas de valores religiosos, foram acolhidas pelo mundo jurídico.

Para os fins aos quais se destina esse trabalho, entender-se-á religião como um sistema de normas e valores humanos que se baseia na crença em uma ordem sobre-humana (HARARI, 2015, p. 218). O Cristianismo e o Islamismo, por exemplo, são doutrinas que podem ser consideradas como religiões, dentro do conceito proposto e ambas possuem seus próprios históricos de relacionamento com o mundo jurídico, isto é, momentos em que suas morais foram fundamentos determinantes para a construção da ordem jurídica do contexto em que estavam inseridas.

Com os processos de secularização que mundo ocidental experimentou a partir do fim da Idade Média, a religião gradualmente se separou do sistema do direito e a forma de produção normativa passou a ter fundamentos racionais, em detrimento de fundamentos de ordem transcendentais. Não obstante, a religião não se ausentou da vivência social, de maneira que se entende que a secularização propiciou, na verdade, uma privatização da religião. Ou seja, a religião não desapareceu, mas à medida que foi separada da esfera pública, ficou limitada apenas à vida privada da sociedade.

Destarte, conflitos que envolvem a liberdade de consciência e crença não deixaram de ser ainda levados à esfera pública e desafiam as sociedades modernas a encontrarem formas de promover uma coexistência harmoniosa entre a garantia do direito à liberdade religiosa e a garantia de liberdades individuais e de direitos fundamentais. O caso Hobby Lobby, que tramitou na Suprema Corte dos Estados Unidos entre 2013 e 2014, possui elementos que exemplificam bem esse conflito.

No Brasil, a influência do secularismo europeu, bem como da separação entre Estado e religião, aportou de maneira tardia, isto é, apenas na transição entre os séculos XIX e XX. Se, por um lado, com o transcorrer do último século, a esfera pública brasileira alcançou uma

separação efetiva da religião em diversos setores, por outro, na área das prescrições do Direito das Famílias, ainda percebe-se que tal desvinculação não foi integral.

Nessa esteira, o estudo do Direito das Famílias contido no Código Civil de 2002 e na Constituição Federal de 1988 permite que se conclua que ele foi estabelecido sobre um arcabouço de valores religiosos, mas especificamente, valores cristãos; essa construção, na prática, permite que o Estado cerceie liberdades individuais e religiosas, quando da formação de um núcleo familiar. Percebe-se que a inclusão de valores que expressam crenças particulares no mundo do direito corrobora com a segregação e marginalização de famílias que não se enquadram nas prescrições normativas do ordenamento jurídico e afasta o Direito do eixo que deve direcionar suas ações em todo momento: os interesses da realidade social, em toda sua complexidade.

A atual legislação brasileira que versa sobre Direito das Famílias já avançou no sentido de desagregar o conceito de família de certos padrões cristãos (reconhecimento da união estável, dos direitos da mulher e da família monoparental, entre outros); no entanto outros padrões cristãos permanecem inertes nos dispositivos brasileiros e a esse respeito os atores do poder judiciário já têm se posicionado, a fim de suprir lacunas legais, permitindo que cada vez mais o tema das famílias se afaste de visões de mundo espiritualizadas e aproxime-se da realidade dos grupos familiares encontrados, de fato, no corpo social. Mesmo com tamanho esforço, a resiliência da religião no meio social tem dado lugar a pressões legislativas que buscam sedimentar ainda mais no ordenamento jurídico conceitos de família e outras prescrições influenciados por morais religiosas, como é o caso do Estatuto da Família.

Dessa forma, não obstante a religião faça parte da cultura da sociedade brasileira, é preciso questionar sua influência na construção do direito das famílias e da criação de políticas públicas, bem como se deve questionar a forma como o Estado brasileiro tutela a instituição social da família e como essa tutela poderia se dar, a fim de se tornar mais plural e inclusiva, abrangendo e recepcionando os diferentes tipos de família passíveis de serem encontrados na sociedade.

1. INTERAÇÕES ENTRE DIREITO E RELIGIÃO

1.1 Moral e costume na formação de normas jurídicas

A máxima “*ubi societas, ibi jus*”, muito presente nos estudos das ciências jurídicas, reflete com exatidão o constante desafio do Direito em manter-se alinhado às demandas do corpo social de onde advém e, igualmente, às suas possíveis mudanças. Assumir que o Direito é apenas um conjunto de normas proveniente da autoridade do Estado e de seu poder coercitivo seria reducionista e afastaria o direito dos aspectos da sociedade que foram fundamentais, em um primeiro momento, para lhe dar forma.

De acordo com a teoria da estrutura tridimensional do Direito, consolidada no Brasil por Miguel Reale (2002), a existência de um fenômeno jurídico é devida à existência anterior de fato subjacente e de um valor que atribui significado a este fato, de maneira a inclinar ou pré-determinar a conduta de um sujeito. A norma jurídica é, portanto, a representação da relação que integra fato e valor (REALE, 2002, p. 65). Com efeito, é possível atribuir o surgimento de uma norma jurídica à existência de fatos anteriores, em especial costumes, sendo esses costumes frutos da cultura, da moral e das convenções sociais de determinada comunidade. Esta, por sinal, a origem das normas que “não criam deveres, mas simplesmente descrevem valores [...]” (DIAS, 2013, p.25).

A observação de uma organização social permite a observação de sua moral (valores e princípios), sendo este um dos eixos para a elaboração de uma norma. Dentro de uma sociedade, as condutas consideradas aceitáveis, isto é, as convenções sociais, são um reflexo dos valores e princípios ali vigentes. Entretanto, tais regras, quando restritas apenas ao campo da moral, mostram-se providas de pouca coercibilidade ou atributividade¹. A mudança de status de uma convenção social dá-se quando uma instituição que exercita o monopólio da força utiliza a soberania que lhe foi outorgada para conferir heteronomamente coercibilidade e atributividade àquela norma social (REALE, 2002). A esse respeito, Kelsen faz clara a distinção entre moral e direito:

A Moral diferencia-se do Direito pelo fato de que a reação por aquela prescrita, suas sanções, não tem como as do Direito o caráter de atos de coação, quer dizer: – como a sanção do Direito – não são executáveis com o emprego da força física, quando elas enfrentam a resistência, e porque as sanções da Moral não são como as do Direito, não representam apenas

¹ “(...) atribuição garantida de uma pretensão ou ação, que podem se limitar aos sujeitos da relação ou estender-se a terceiros”. REALE, 2002, p. 51).

reações a uma conduta contrária à norma, como também reações a uma conduta conforme à norma. Assim como a conduta contrária à moral deve ser desaprovada pelos membros da coletividade, a conduta conforme à Moral deve ser por eles aprovada através de atos de louvor, divulgação e honra e outros semelhantes (KELSEN, 1986, pp. 30-31)

Segundo Miguel Reale (2002, p. 29),

É com base nas apreciações ou valorações econômicas, sociológicas, históricas, demográficas etc. que o *legislador* (ou, mais genericamente, o *político*) projeta normas, sancionando as que considera devam ser obedecidas.

Quando, pois, uma lei cultural envolve uma tomada de posição perante a realidade, *implicando o reconhecimento da obrigatoriedade de um comportamento*, temos propriamente o que se denomina *regra* ou *norma*.

Nesse sentido, torna-se importante para a compreensão do processo de elaboração normativa a ser realizado pelo Estado, não apenas a observação dos aspectos fáticos, mas igualmente de aspectos axiológicos, sem os quais os fatos *per se* estariam desprovidos de um significado dentro de seu contexto. Se, por um lado, a verificação da ocorrência de um fato é atividade tanto mais simples de se desenvolver, por outro, a identificação e compreensão de um valor moral é tanto mais abstrata e menos objetiva; entretanto, não é possível conceber uma análise completa de um fenômeno jurídico sem a exploração do elemento axiológico.

Passa-se então a examinar de maneira mais pormenorizada a questão dos valores e princípios. Tal exame mostra-se relevante em razão de que, a partir de um mesmo fato, é possível obter normas jurídicas com conteúdos diversos, ou até mesmo divergentes, a depender do valor atribuído a ele. Ou seja, em sociedades diferentes, um mesmo fato pode ser interpretado de acordo com morais completamente distintas, recebendo acepções particulares e, finalmente, sendo objeto de leis que em nada se comunicam, a não ser pelo fato gerador (DWORKIN, 2002, p. 89). Percebe-se que o Estado necessariamente interage com a moral proveniente da comunidade e, a fim de assegurar o bem comum, por meio de seus agentes políticos, institucionaliza essa moral previamente reconhecida no meio social, aplicando-a a acontecimentos cotidianos para geração de um ordenamento dotado de legitimidade.

Cumpra aqui fazer a seguinte ressalva: toda norma baseada em referidos valores e princípios é fundamentada sobre a expectativa de consenso, ou seja, “na *suposição* bem sucedida de que todos concordam, o que pressupõe, na verdade, uma capacidade social limitada para conceder atenção a tudo o que ocorre” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 242). Isto quer dizer que, tendo em vista a diferença entre sujeitos dentro de uma comunidade, mesmo um valor moral amplamente reconhecido ou aceito o bastante para ser transposto para o

mundo jurídico (ainda que essa aceitação seja tácita), pode não ser objeto da aquiescência de todos os indivíduos. E, ao fim, um sujeito pode encontrar-se contra a lei, em espírito, porém obrigado a obedecê-la a despeito disso.

De qualquer forma, é possível perceber que Direito emana das estruturas que detêm autoridade e poder para exercer controle social, mas isso apenas é possível depois que tais estruturas absorvem da coletividade seus costumes já consolidados, sua moral, seus valores e princípios legitimados pela prática da comunidade. Dworkin, ao explicar o positivismo jurídico de H. A. L. Hart, enumera como uma das fontes de autoridade de uma norma a sua aceitação em uma comunidade:

uma regra pode tornar-se obrigatória para um grupo de pessoas porque, através de suas práticas, esse grupo aceita a regra como um padrão de condutas. [...] uma prática contém a aceitação de uma regra como sendo obrigatória e como uma razão para criticar o comportamento daqueles que não a obedecem (DWORKIN, 2002, p. 32).

Nessa esteira, cabe destaque à forma como as estruturas que exercem poder coercitivo sobre uma comunidade (noção atual de Estado) institucionalizam, por intermédio do Direito, a moral e os costumes de referida comunidade.

1.2 Práticas religiosas como fonte de moral para elaboração de normas jurídicas.

Uma das fontes mais relevantes de onde uma comunidade pode extrair seus valores morais e costumes é das suas práticas místicas e religiosas. Para Jung, “o papel dos símbolos religiosos é dar significação à vida do homem”; ou seja, na tentativa de buscar sentidos para a vida e ressignificar sua história e demais experiências, cada comunidade apega-se a seus mitos fundantes, e partir deles abstrai sua ética espiritual, sua sabedoria de vida própria (CAMPBELL, 1990). Jung acredita que "o homem realmente necessita de ideias gerais e convicções que lhe deem um sentido à vida e lhe permitam encontrar seu próprio lugar no mundo." (JUNG, 1964, p. 89). Não obstante a aparência do mito e de suas personagens sejam diferentes em cada civilização, em todas elas sua função é a mesma, qual seja, ser a base dessa civilização e destinar-se à instrução espiritual daqueles que fazem parte da comunidade. Joseph Campbell (1990, p. 17) adota como premissa o fato de que os mitos são pistas para as potencialidades espirituais da vida humana. Destarte, as práticas e costumes de uma sociedade são definidas e valoradas, em sua maioria, pela interpretação religiosa, mística ou filosófica dos mitos fundantes desse grupo.

Apesar de intensos processos de secularização em inúmeras sociedades ocidentais e orientais, a perspectiva religiosa de fatos cotidianos continua ocupando espaço significativo em debates de ordem política, processos legislativos ou mesmo procedimentos judiciais. A influência de um arcabouço religioso na prática jurídica possui um longo histórico, sem ter, contudo, encontrado um fim.

1.2.1 *Sociedades primitivas*

Assim, a relação entre Direito, costumes e moral pode ser verificada quando observadas as primeiras expressões jurídicas em sociedades tradicionais. Apesar da dificuldade em se apontar uma causa certa e única para o surgimento das primeiras expressões do direito, é possível interpretá-las por meio da compreensão da sociedade da qual tais manifestações jurídicas advém. Segundo Wolkmer (2006, p.1), nessas sociedades tradicionais “a lei expressa a presença de um direito ordenado na tradição e nas práticas costumeiras que mantêm a coesão do grupo social”.

A sociedade ocidental primitiva teve como fundamento os laços familiares, de sorte que é plausível deduzir que a partir da instituição familiar derivaram as primeiras tradições e costumes que embasariam o direito da época. As famílias, por sua vez, de acordo com Fustel de Coulanges (2011), estavam absolutamente alicerçadas na religião doméstica, qual seja, o culto aos antepassados mortos. Em *A Cidade Antiga*, o historiador expõe como os principais costumes e instituições jurídicas relativas ao patrimônio, à propriedade, ao casamento, ao contrato, entre outros, estavam conectados a elementos de ordem religiosa.

De maneira geral, qualquer perspectiva escolhida para se analisar o direito antigo, mesmo aquela cuja ênfase não seja na família, permite a mesma conclusão de que “todo o Direito primitivo está impregnado desse espírito religioso, por um sentimento mágico” (REALE, 2002, p.147). Os legisladores antigos eram os próprios sacerdotes, aqueles que recebiam a lei diretamente dos deuses aos quais serviam. A coercitividade desta lei era proveniente do receio da vingança dos deuses em razão do desrespeito a algum de seus ordenamentos, e “o ilícito se confundia com a quebra da tradição e com a infração ao que a divindade havia proclamado” (WOLKMER, 2006, p. 3).

Wolkmer (2006) reconhece igualmente que o direito arcaico está profundamente contaminado pela prática religiosa.

“Tal é a influência da religião sobre a sociedade e sobre as leis, que se toma intento pouco fácil estabelecer uma distinção entre o preceito sobrenatural e o preceito de natureza jurídica. Na verdade, o direito estava totalmente subordinado à imposição de crenças dos antepassados, ao ritualismo simbólico e à força das divindades. Um secretismo nebuloso mesclava e integrava, no religioso, as regras de cunho social, moral e jurídico” (WOLKMER, 2006, p. 5).

Esse quadro torna evidente que a religião se destaca entre as fontes do arcabouço axiológico da matriz jurídica das primeiras sociedades. Wolkmer descreve que esse direito sagrado e ritualizado logo avança historicamente em direção a práticas normativas consuetudinárias, sem que, entretanto, o caráter sacro fosse abandonado:

“O costume aparece como expressão da legalidade, de forma lenta e espontânea, instrumentalizada pela repetição de atos, usos e práticas. Por ser objeto de respeito e veneração, e ser assegurado por sanções sobrenaturais, dificilmente o homem primitivo questionava sua validade e sua aplicabilidade.

[...] Esse direito antigo, tanto no Oriente quanto no Ocidente, na explicação de H. Summer Maine, não diferenciava, na essência, a mescla de prescrições civis, religiosas e morais. Somente em tempos mais avançados da civilização é que se começa a distinguir o direito da moral e a religião do direito.” (WOLKMER, 2006, p. 5).

Passadas as duas primeiras fases da evolução do direito antigo, segundo H. Summer Maine (1893) quais sejam, a do direito que provém dos deuses e a do direito confundido com os costumes, tem-se finalmente a fase do direito identificado com a lei. Essa fase ganha maiores contornos com a evolução da escrita e, conseqüentemente, com a codificação dos costumes.

1.2.2 *Direito Canônico*

Outro momento em que a religião e sua moral ganham evidência para a experiência jurídica é durante o medievo. Certamente a religião estava presente nesse momento histórico, por meio da Igreja Romana; para Grossi (2014), a civilização medieval é em boa parte, criação da própria Igreja.

Uma união de fatores como ausência da figura de um poder estatal centralizador (o conceito de “Estado Nacional” só seria conhecido mais tarde) somada ao vigor econômico da Igreja, sua participação sociopolítica e cultural e sua organização paroquial articulada e bem difundida, contribuíram para ascensão da Igreja e para sua imersão cada vez mais profunda na

sociedade civil, de maneira a possibilitar uma fusão entre as dimensões civil e religiosa (GROSSI, 2014, p. 135). O autor explica que:

“Um primeiro significado dessa presença específica poderia consistir na enorme influência por parte da Igreja e de seu patrimônio religioso e moral na vida do direito, na configuração de muitas estruturas jurídicas da convivência cotidiana. Intimamente inserida no costume popular, orientadora e modificadora desse costume, é previsível uma influência relevante numa ordem jurídica que gosta de se reconhecer em raízes consuetudinárias” (GROSSI, 2014, p. 136).

Conforme a influência da Igreja Romana cresceu no contexto medieval, os tribunais seculares passaram a ser pressionados para julgarem seus litígios a partir do direito canônico e até mesmo para transmitir seu poder de decisão aos tribunais canônicos, de sorte que as questões relativas ao casamento e ao direito de família, entre outros litígios, tornaram-se competência da jurisdição eclesiástica (WOLKMER, 2006, p. 178).

O direito canônico não provém de um direito estatal, mas dele diferencia-se em diversos aspectos; na verdade, nota-se uma relação de subordinação da dimensão jurídica à religiosa. Isso não quer dizer absolutamente que o direito foi menosprezado pela eclesia; pelo contrário, Grossi (2014) bem observa que a Igreja Romana recebeu de Roma um sentimento de apreço pelo direito, dando-lhe a devida relevância, sendo o direito reconhecido como instrumento de consolidação social, de garantia de incisividade na história e, inclusive, como instrumento de poder. Assim, a Igreja apropria-se das ferramentas jurídicas e passa a ser produtora de seu próprio direito; esse direito é meio, e seu fim é auxiliar referida instituição em sua missão na Terra, isto é, conduzir o fiel em seu esforço cotidiano para conquistar a vida eterna.

Nessa perspectiva, tem-se que a lei canônica desenvolvia-se em duas direções: a primeira, em um plano superior, era proveniente da própria lei divina, sendo, portanto, de teor imutável, imóvel e até intocável, mesmo por membros da eclesia. Dos Santos (2006, p. 179) descreve:

“Os cânones são regras jurídico-sagradas que determinam de que modo devem ser interpretados e resolvidos os vários litígios. Mais que regras, são leis, isto é, são verdades reveladas por um ser superior, onipotente, e a desobediência, muito mais que uma infração, é um pecado. Os cânones são os desígnios de Deus, transformados em regras a serem seguidas sem questionamento pelos homens.”(WOLKMER, 2006, p. 179)

A segunda direção, em um plano inferior, era mais elástica e móvel, proveniente das considerações realizadas pelos membros do clero, a partir de casos concretos e da utilização da equidade como princípio auxiliador no preenchimento das lacunas do direito positivo; ou seja, “um conjunto enorme de regras acumuladas na vida histórica da Igreja em decorrência dos cuidados pastorais da sagrada hierarquia para ajudar os fiéis no caminho da salvação. Sem dúvida, este último constitui a maior parte do direito canônico, [...]” (GROSSI, 2014, p.151).

Nessa esteira, o canonista francês Yves, bispo de Chartres, descreve o seguinte quadro:

“Entre os comandos que se impõem ou vetam um comportamento, alguns são móveis; outros, imóveis. É imóvel o que é sancionado pela lei eterna: cuja observância (ou inobservância) confere (ou tolhe) a salvação. É móvel o que a lei eterna não sancionou, mas no decorrer da história humana foi sucessivamente identificado como instrumento de salvação – embora nem imediato nem direto – porém útil a fim de garantir um acesso mais seguro a esta.”²

Graciano, um monge professor de Teologia em Bolonha, além de pronunciar-se em sentido convergente, elevou ainda mais o papel da Igreja dentro da ordem jurídica medieval:

“A Santa Igreja Romana pode reservar um tratamento especial a pessoas e avaliar alguns fatos de modo particular para além das normas gerais positivas; isto não por arbítrio, mas pela atenção que dedica às razões de equidade, de tal modo que ela – que é mãe da justiça – desta não se afasta por nada.”³

Desdobra-se então o direito canônico, por meio dos institutos que criou e de sua jurisprudência, estando a Igreja na firme posição de mãe da justiça e garantidora da equidade, no trabalho de condução dos fiéis à vida eterna.

O papel exercido pela Igreja Romana foi além de suas funções de legislar e aplicar o Direito aos litígios civis. O espaço existente em razão da inexistência de uma instituição estatal foi igualmente ocupado pela Igreja, sendo que, nos termos propostos por Hannah Arendt (2002), esta foi a instituição que exercia o monopólio do uso legítimo da violência. A

² “*Praeceptiones itaque et prohibitiones, aliae sunt mobiles, aliae immobiles. Praeceptiones immobile sunt, quae lex aeterna sanxit: quae observatae salutem conferunt, non observatae eadem auferunt... Mobiles vero sunt, quas lex aeterna non sanxit sed posterorum diligentia ratione utilitatis invenit non ad salutem principaliter . obtinendam, sed ad eam tutius muniendam.*” Yves de Chartres, *Prologus in Decretum*, op. cit., col. 50 A. (GROSSI, 2014, p. 150)

³ “*Valet ergo [...] Sancta Romana Ecclesia quoslibet suis privilegiis munire et extra generalia decreta quedam speciali beneficio indulgere, considera tamen rationis equitate, ut que mater iustitiae est in nullo ab ea dissentire inveniatur.*” *Decretum magistri Gratiani*, ed. Friedberg, secunda pars, causa XXV, quaestio I, can XVI-dictum, § 4. (GROSSI, 2014, p. 259)

Santa Inquisição é exemplo muito claro. Dos Santos (2006, p. 181) sustenta que a Igreja, não admitindo questionamentos, tinha de mobilizar toda uma tecnologia repressiva para controlar os possíveis revoltosos, e essa tecnologia era seu próprio discurso jurídico canônico materializado na Santa Inquisição, com seu sistema de construção aflitiva da verdade.

A Inquisição, pode-se dizer, constituiu a dimensão penal do Direito canônico e foi a união entre poder espiritual e poder temporal a fim de combater qualquer atividade ou manifestação que se desse em sentido contrário àquele definido pela Igreja em matéria de fé. Dentro dessa organização inquisitorial os membros do clero, bem como os Tribunais Eclesiásticos e Tribunais Seculares eram os responsáveis por identificar, julgar e condenar os suspeitos de quaisquer práticas contra a religião vigente, tais quais, heresia, apostasia, simonia, sacrilégio, bruxaria e outras, como usura e adultério. (NASPOLINI, 2006, pp. 187-189).

Percebe-se destarte, como no medievo, a religiosidade cristã relacionou-se de maneira intensa com a ordem jurídica. A Igreja Romana e toda sua influência, ao exercer funções que hoje são atribuídas ao Estado, encontrou no direito um instrumento útil para sua dita missão de conduzir fiéis à vida eterna, bem como um instrumento de disciplina, sujeição social e, em determinados momentos, até mesmo de alienação ou manipulação da verdade.

1.2.3 *Direito Islâmico*

Em uma perspectiva mais contemporânea, é possível notar também a relação entre Direito, costumes e moral em civilizações orientais, por exemplo, naquelas de tradição islâmica. Sem dúvida, a presença de elementos de ordem religiosa são mais evidentes no contexto social, cultural, econômico e político do oriente islâmico. Com efeito, a influência da religião no ordenamento jurídico, como fonte de moral e como doutrina determinadora de costumes, é tal que nas sociedades que professam o islamismo é possível se falar de um Direito Islâmico (sendo que este é, inclusive, um dos grandes sistemas jurídicos conhecidos atualmente, ao lado do Civil Law e Common Law).

Uma das principais fontes do Direito Islâmico é a Shariaa (ou Al-Shariaa, significa “caminho correto, boa via”), que é o código sagrado de condutas do islã. A Shariaa é fonte do próprio islã, ao lado do Hadith (ditos do profeta Muhammad), Fikh

(jurisprudência/interpretação) e da Sunna (conduta do profeta). A respeito da Shariaa, Salem H. Nasser (2005, pp. 40-41) descreve:

“A Sharia deve ser entendida como a Lei islâmica, Lei cuja inicial maiúscula deve indicar ao mesmo tempo seu caráter e origem divinos, e a sua tendência a ser uma ordem normativa total. A Lei não se reduz ao direito, mas sim é constituída pelo conjunto de normas e prescrições reveladas e que indicam ao muçulmano e à sua comunidade a via, o caminho a ser seguido.[...]”

As fontes de que emanam e em que devem ser buscadas as normas da *Sharia* são o Alcorão, livro sagrado que contem as revelações de Deus ao profeta Mohamad, e a *sunna*, ou a tradição, conjunto dos dizeres (*ahadith*) e comportamento do profeta que, naturalmente, agia inspirado divinamente e era imune ao erro.”

Outro ponto destacável é a aceitação da Shariaa como fonte para o direito. Nasser (2005, p.51) continua:

“a inclusão da *Sharia* entre as fontes e a aplicação de boa parte de suas normas explica-se porque se certo modo, estas são vistas como as mais aptas a regularem alguma extensão das relações sociais, por serem mais condizentes com os seus valores, e também porque, em certa medida, não podem simplesmente ser eliminadas em razão do equilíbrio das forças em ação na sociedade.”

Diferentemente dos sistemas jurídicos ocidentais, não existe, na percepção islâmica a ideia de um homem legislador, isto é, não se concebe a figura de homens com legitimidade para legislar a respeito de comportamentos e condutas sociais já previstas pelos textos sagrados, pois se compreende que se tem a revelação da Lei realizada pelo próprio Deus Allah, quando este diz aos homens o que espera deles (CAMARA; JASCKSTET, 2015). Para a crença islâmica a própria autoria do Corão não pode ser atribuída ao profeta Muhammad, uma vez que sua autoria tem origem divina. Nesse contexto, o profeta é considerado o melhor seguidor das prescrições de Allah, bem como o primeiro e melhor intérprete da lei (QURAIISHI, 2006, pp. 82–83).

Não obstante, tem-se uma exceção a esse arranjo legislativo ao se falar da *Siyasa* (administração, política, gerência), isto é, as normas provenientes da atividade do Estado, quando este legisla sobre questões de ordem pública e administração da justiça e que envolvem a manutenção do bem-estar social. Tais normas não precisam obrigatoriamente derivar da Shariaa, porém não podem absolutamente estar em conflito com nada já previsto por ela. Se, por um lado, a Shariaa e demais escritos sagrados do Islã são atemporais e não

passíveis de ressignificação ao longo do tempo, por outro lado, a *Siyasa* é temporal e baseia-se nas necessidades político-administrativas de cada sociedade (QURAIISHI, 2006, p. 67).

Enquanto se observa que todas as questões de esfera privada, já reguladas pelos valores religiosos, foram transmitidas para a tutela das respectivas autoridades estatais, devidamente influenciada por referidos valores. Igualmente, até mesmo questões de ordem pública devem estar em consonância com esses valores.

“Assim, todas as questões relativas à personalidade jurídica e à capacidade de realizar atos jurídicos, casamento, divórcio, filiação, guarda dos filhos, regime de bens, sucessões, tendem a continuar regidas pela *Sharia*. [...] É igualmente possível que fique determinado nos ordenamentos jurídicos a aplicação direta da *Sharia* ao estatuto pessoal dos cidadãos pelas autoridades judiciárias do Estado ou religiosas. Essa permanência da *Sharia* no espaço específico do estatuto pessoal e do direito de família merece certamente alguma investigação mais detida a respeito de suas razões profundas, mas ela certamente parece indicar uma conexão mais automática e evidente nesses domínios, que se estabelece nas mentes das pessoas e traduz-se nos ordenamentos jurídicos, entre as normas chamadas a regular a vida e os valores sociais. O religioso, nessas sociedades, parece ganhar força e aparecer como essencial na medida em que se aproxima dos indivíduos e das famílias e ganha com isso maior legitimidade e sua pretensão a reger as situações e as relações” (NASSER, 2005, p. 53)

A análise de comunidades que professam a fé islâmica demonstra claramente como, desde a revelação da lei ao profeta Muhammad, a religião não apenas alimenta a moral que valora fatos, que se tornarão normas, mas ela mesma, *per se*, valora os fatos que serão absorvidos pelo poder político em forma de normas jurídicas (QURAIISHI, 2006, p. 72). Apesar dos processos de laicização que têm ocorrido em Estados que possuem o islamismo como religião predominante e, ainda, das outras fontes do direito nesses Estados, é possível notar o espaço que o arcabouço religioso segue ocupando na resolução dos litígios, em especial nas questões de âmbito privado.

Todos os quadros apresentados são exemplos que mostram como o aspecto religioso exerceu ou exerce influência na forma como se pensa o processo de produção normativa e de aplicação do direito. Essa perspectiva histórica segue mantendo seus requíscios na contemporaneidade, o que se passa a estudar mais adiante.

1.3 O perigo do vácuo axiológico

O papel ocupado pela moral dentro do processo de elaboração normativa é, sem dúvidas, essencial; conforme proposto anteriormente, não é possível conceber que uma norma tenha sido formulada, sem que antes se tenha atribuído um valor moral a um fato. Os valores e morais presentes uma sociedade fazem com que certas condutas tornem-se desejáveis em detrimento de outras; logo, com a intenção de tornar padrões de comportamento previsíveis, é que uma sociedade lança mão de normas jurídicas, utilizando a coercibilidade e atributividade imanescentes ao direito, para incentivar ou sancionar tais condutas. Seria ilógico imaginar uma norma jurídica que não expressa, de alguma forma, a visão que se tem a respeito de um fato. Essa perspectiva apenas demonstra como o Direito precisa de uma referência, que possibilite sua aceitação, isto é, sua legitimidade dentro do meio social que pretende regular.

Nesse contexto, é importante compreender que a religiosidade, bem como os mitos e símbolos místicos de uma civilização foram determinantes para dar norte a um ordenamento jurídico em momentos pontuais na história, tanto em relação aos objetivos que se pretendia alcançar com uma lei, como também em relação aos meios que seriam utilizados para tal. Assim, uma sociedade, cujos mitos ou doutrinas religiosas tenham como valores absolutos a caridade e o altruísmo, terá um sistema jurídico que refletirá quão esperados são os atos baseados nesses valores e, ao contrário, quão inconvenientes e passíveis de sanção são os atos que os contrariam. Enquanto uma comunidade regida por uma mística que valore a guerra como ato de grandeza produzirá uma ordem jurídica compatível com práticas bélicas, uma outra comunidade em que a mística eleve a busca pela paz a uma virtude suprema produzirá leis de conteúdo diplomático e pacifista, e que reprovam, certamente, práticas combativas.

A classificação de comportamentos como lícitos e ilícitos, por exemplo, reflete os conceitos que uma sociedade estabelece a respeito deles. Nesse sentido, DaMatta descreve que palavras como “preconceitos”, “delitos” e “chacinas” estariam desprovidas de um sentido não fosse pela existência de códigos, leis, credos e mandamentos que governam e classificam o comportamento: “Sem classificações não haveria tabus, pecado, crime e ideias (pré)concebidas - preconceitos” (DAMATTA, 2015).

Em suma, o que se pretende destacar aqui é que compreensível que o Direito se aproprie da ética social, a fim de que se evite a formação de vácuo axiológico, isto é, um quadro em que a ausência absoluta de valores na prática normativa venha a imobilizar as possíveis ações do direito frente à sociedade. Ocorre que em alguns casos, conforme descrito

anteriormente, a ética que supre um possível vácuo axiológico é a ética da religiosidade vigente, haja vista a importância que o elemento místico pode ocupar em grupo social.

1.4 Religião e a construção do conceito de família na sociedade ocidental

A família é uma das mais antigas instituições sociais conhecidas, sendo considerada a unidade básica de toda sociedade (Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, 2014). É o primeiro agente socializador do ser humano (PEREIRA, T., 2003, p. 151) e também a entidade responsável pela perpetuação da sociedade, seja pela procriação, seja pela transmissão dos patrimônios imaterial (valores, princípios, cultura) e material (herança). Para o autor Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 10), “de todos os grupos humanos é a família que desempenha o papel primordial na transmissão de cultura.” No mesmo sentido afirma Lacan (1990, p. 13):

“Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada de materna. Com isso, ela preside os processos fundamentais do desenvolvimento psíquico, preside esta organização das emoções segundo tipos condicionados pelo meio ambiente, que é a base dos sentimentos segundo Shand; mais amplamente, ela transmite estruturas de comportamento e de representação cujo jogo ultrapassa os limite da consciência.”

A instituição familiar, antes de receber a tutela do Estado, se encontra primordialmente como objeto de tutela tanto de costumes, como da religião. Essa compreensão é possível a partir da premissa de que o direito surge espontaneamente da comunidade quando esta se auto-organiza. (GROSSI, 2014. p 26) Nesse sentido, jamais seria cabível conceber que qualquer organização familiar fosse prevista pelo direito, sem que antes fosse fruto natural da própria organização social, com base em um arcabouço de valores e princípios, sendo estes provenientes ou não de uma ou de mais religiões. “O casamento é uma instituição natural, anterior ao Estado. Não se trata de uma anterioridade no tempo apenas, mas de uma prioridade institucional: a pessoa, a família, a tribo e a nação são anteriores ao Estado de Direito.” (RESTIFFE NETO; ALONSO, 2003, p. 36) Como consequência disso, independentemente de como os Estados se relacionam com a questão religiosa, é perceptível que existem traços, valores e aspectos morais provenientes de determinados conjunto de

crenças que são incorporados pelo Estado como arcabouço para produção de normas, e permanecem até hoje, mesmo implicitamente, em seus respectivos ordenamentos jurídicos.

As formações familiares mais relevantes para uma análise inicial são aquelas que surgem nas chamadas sociedades tradicionais, isto é, sociedades que se estruturam a partir de fundamentos absolutos da existência e do pertencimento humano, sendo praticamente impossível, nesses meios, o pensar o mundo de uma forma diferente. O modelo familiar que pode ser entendido como tradicional, além de uma construção histórica, é também uma construção religiosa, em especial no contexto da cultura ocidental.

Uma das principais fontes de tradição nessas sociedades foram as religiões e, a partir das doutrinas provenientes destas, conceberam-se diversas diretrizes morais e orientações de vida, inclusive no que tange à organização familiar.

Em uma abordagem mais profunda, Fustel de Coulanges, em “A Cidade Antiga”, eleva a religião ao ponto de convergência da existência familiar, sendo que, para o autor, “a família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural.” (COULANGES, 2011, p. 58). Ademais, esclarece:

“Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas foi certamente a religião que lhe deu regras, resultando daí que a família antiga recebeu uma constituição muito diferente da que teria tido se houvesse sido constituída baseando-se apenas nos sentimentos naturais.” (COULANGES, 2011, p. 59)

Um dos traços que marcam a família nas sociedades tradicionais descritas por Fustel de Coulanges é o patriarcalismo, uma vez que os cultos religiosos eram basicamente cultos familiares aos mortos, realizados por aqueles que assumiam o papel sacerdotal na condição de pai da família:

"O pai, único intérprete e pontífice dessa religião, era o único que tinha poder de ensiná-la, e não o podia fazer senão a seu filho. Os ritos, as palavras da oração, os cantos, que faziam parte essencial dessa religião doméstica, eram patrimônio ou propriedade sagrada, que a família não participava a ninguém, e que era até proibido revelar a estranhos." (COULANGES, 2011, pp. 52-53)

Descreve o autor que religião doméstica propagava-se apenas de homem para homem, sendo que a participação da mulher no culto doméstico ocorria somente por intermédio de seu pai ou de seu marido, uma vez que ela jamais tomava frente em qualquer

parte da execução dos ritos sagrados. Nesse sentido conclui: a autoridade do pai e do marido origina-se na religião e por ela foi estabelecida.

Ponto destacável na descrição do historiador é a relação da instituição do casamento e o culto doméstico, isto é, "a primeira instituição que a religião doméstica estabeleceu foi, na verdade, o casamento." (COULANGES, 2011, p. 59) Assim, o matrimônio era tutelado pela religião e a realização da cerimônia que oficializava a união não era em outro lugar senão dentro de casa e sendo presidida pelos deuses do lar do varão. Os principais efeitos dessa cerimônia eram o desligamento da mulher da religião de seu pai e sua aderência ao culto familiar de seu marido. Porquanto a finalidade do casamento era a perpetuação do culto doméstico, torna-se a observar a presença do sexismo, quando do nascimento dos filhos, uma vez que o nascimento do filho homem era preferível ao nascimento de uma filha mulher, já que esta não era legitimada a transmitir os ritos do culto familiar de seu pai; ao contrário, desligava-se desse e passava a dar continuidade à religião doméstica de seu cônjuge ao invés de dar seguimento ao culto de seus antepassados.

Ademais, salientam-se outras importantes normas desse contexto familiar. Tamanha era a importância dos cultos domésticos e da solenidade do casamento que não era concebível aos homens a possibilidade de unir-se a mais de uma mulher. Com efeito, a poligamia não era admitida por essa prática religiosa. Nessa mesma esteira, aos filhos nascidos fora do casamento era vedada a participação no culto aos ancestrais de seu pai, bem como negados quaisquer direitos sucessórios. Esse quadro é evidência de que os laços de sangue ou de afeto não eram os que constituíam a família, mas sim os laços de culto.

Por fim, ao matrimônio era atribuído caráter de indissolubilidade e o divórcio raramente era concedido. Quando inevitável, o divórcio ocorria, igualmente, por meio de cerimônia religiosa, similar à cerimônia de casamento.

O intercâmbio de valores e normas de cunho religioso na formação de entidades familiares também é notável quando do advento do cristianismo, sua absorção pelo Império Romano, sua consolidação por meio da Igreja Católica Apostólica Romana e sua expansão pelo continente europeu e mais tarde, nos territórios do Novo Mundo. A doutrina cristã católica foi responsável por consolidar a relação entre a formação familiar e o casamento, ao estabelecer esse sacramento como a única forma legítima a partir da qual se pode formar um núcleo familiar. Essa ideia foi fortemente difundida, de sorte que até os dias mais atuais é possível perceber os reflexos dessa concepção no campo do Direito de Família. PEREIRA, R. (2012, p. 2) nota como

“É interessante observar que o estudo da família, em Direito, sempre esteve ligado ao casamento, que a tornava legítima ou ilegítima, segundo os vínculos da oficialidade dados pelo Estado, ou mesmo pela religião. Grande parte dos juristas confundiu o conceito de família com o de casamento.”

Nessa mesma esteira, o autor Orlando Gomes (1994, p.13) considerava que “somente o grupo oriundo do casamento deve ser denominado família, por ser o único que apresenta os caracteres de moralidade e estabilidade necessários ao preenchimento de sua função social”.

Uma vez que o casamento é um dos sacramentos da Igreja Romana⁴, é possível entendimento de que o matrimônio (e conseqüentemente, a família) é uma instituição tutelada pela religião. De acordo com o Código Canônico, em seu Cânone 840, os sacramentos

“[...] constituem sinais e meios com que se exprime e fortalece a fé, se presta culto a Deus e se opera a santificação dos homens e, portanto, contribuem sumamente para fomentar, confirmar e manifestar a comunhão eclesial; por isso, os ministros sagrados e os demais fiéis devem celebrá-los com suma veneração e a devida diligência.”

Além disso, o Cânone 841 deixa clara a tutela da religião sobre os atos considerados sacramentos da Igreja: “Sendo os Sacramentos os mesmos para toda a Igreja, e pertencendo ao depósito divino, compete exclusivamente à autoridade suprema da Igreja aprovar e determinar o que se requer para a sua validade; [...]”. O Cânone 1108 dispõe:

“§ 1. Somente são válidos os matrimônios contraídos perante o Ordinário do lugar ou o pároco, ou o sacerdote ou o diácono delegado por um deles, e ainda perante duas testemunhas, segundo as regras expressas nos cânones seguintes e salvas as exceções referidas nos cân. 144, 1112, § 1, 1116 e 1127, §§ 1-2.” (p. 194)

Ainda a respeito do sacramento do matrimônio, cumpre destacar algumas diretrizes prescritas pelo Código de Direito Canônico, as quais estabelecem a união como indissolúvel e heteroafetiva:

“Cân. 1055 — § 1. O pacto matrimonial, pelo qual **o homem e a mulher** constituem entre si o consórcio íntimo **de toda a vida**, ordenado por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole, entre os batizados foi elevado por Cristo Nosso Senhor à dignidade de sacramento.

[...]

⁴ IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA, 2007

Cân. 1056 — As propriedades essenciais do matrimónio são **a unidade e a indissolubilidade**, as quais, em razão do sacramento, adquirem particular firmeza no matrimónio cristão.

Cân. 1057 — [...] § 2. O consentimento matrimonial é o acto da vontade pelo qual **o homem e a mulher, por pacto irrevogável**, se entregam e recebem mutuamente, a fim de constituírem o matrimónio.

[...]

Cân. 1134 — Do matrimónio válido origina-se entre os cônjuges um **vínculo de sua natureza perpétuo e exclusivo**; no matrimónio cristão, além disso, são os cônjuges robustecidos e como que consagrados por um sacramento peculiar para os deveres e dignidade do seu estado.

[...]

Cân. 1141 — O matrimónio rato e consumado **não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa além da morte.**” (*grifos nossos*) (p. 186-199)

No que tange às disposições gerais sobre a entidade familiar, o Código de Direito Canônico manifesta-se principalmente a respeito da função da família na comunidade, qual seja, procriação e educação dos filhos nascidos na constância do casamento (Cânone 1055, transcrito acima) e edificação do povo de Deus, conforme disposição do Cânone 226 — § 1. “Os que vivem no estado conjugal, segundo a própria vocação, têm o dever peculiar de trabalhar na edificação do povo de Deus por meio do matrimónio e da família.”

Por fim, em relação à prole, o Código é claro ao definir como legítimos apenas os filhos concebidos durante casamento válido, isto é, de acordo com as condições de validade já declaradas pela Igreja em outros Cânones. Não obstante, prevê o Código hipóteses de legitimação de filhos nascidos fora do matrimônio:

“Cân. 1137 — São legítimos os filhos concebidos ou nascidos de matrimónio válido ou putativo.

[...]

Cân. 1139 — Os filhos ilegítimos legitimam-se por matrimónio subsequente dos pais, tanto válido como putativo, ou ainda por rescrito da Santa Sé.” (p.199)

Também no âmbito das doutrinas cristãs, pode-se dizer que as reformas protestantes trouxeram poucas modificações a respeito da configuração da entidade familiar, a exceção da Reforma Anglicana. Foram vários os motivos que deram razão a tal acontecimento histórico, principalmente razões de ordem política; entretanto, elencar-se-ão aqui os motivos religiosos que culminaram na ruptura entre a coroa inglesa e Roma. Entre estes, cita-se a decadência da

religiosidade medieval, o crescimento de uma doutrina laica articulada, o impacto dinâmico do protestantismo e, principalmente, o conflito de interesses entre Henrique VIII e a Igreja Romana.

Este último fator conjugou o aspecto religioso com uma questão de família, isto é, a negativa do Papa Clemente, em 1527, em conceder ao rei Henrique VIII a anulação de seu casamento com Catarina de Aragão (que não havia lhe dado um herdeiro do sexo masculino). Conquanto o rei Henrique VIII fosse reconhecido como um católico fervoroso, a soma dessa negativa a outros motivos, desgastes tanto em âmbito religioso como no âmbito político, levaram à ruptura entre a igreja inglesa e Roma. A partir de então, o rei se autoproclamou o Chefe Supremo da Igreja da Inglaterra na Terra. Com efeito, uma das várias consequências da Reforma Anglicana foi, destarte, a relativização do caráter indissolúvel antes atribuído à união matrimonial pela Igreja Católica.

No contexto do Ocidente, as possíveis configurações da entidade familiar permaneceram as mesmas definidas pelo cristianismo desde o medievo, em que a Igreja compilou ensinamentos bíblicos e proveu fortes diretrizes para a entidade familiar por meio do Direito Canônico, até os séculos XIX e XX, quando a instituição familiar e os papéis nela definidos começaram a ser questionados. E isso se deu porque, “com a Modernidade, a união matrimonial ganha outros elementos, além da mera transmissão de bens e do interesse social, que marcavam as relações matrimoniais monogâmicas até o fim da Idade Média.” (LEGNANI, p.1.)

2. SECULARIZAÇÃO E LAICIDADE DO ESTADO

A história das civilizações humanas acompanhou, entre outros aspectos, as diversas abordagens que já foram dadas, por diferentes comunidades, à questão da religiosidade. Quanto ao ocidente, as mudanças mais notáveis a esse respeito deram-se na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, a partir do progresso das ciências naturais e da filosofia, tendo em vista que a produção de conhecimento proporcionada por esses dois campos apresentaram propostas diferentes à forma de se compreender a existência humana até então.

No final do medievo, as reformas protestantes que se desenrolaram diminuíram a unidade da autoridade religiosa e propiciaram espaço para o desenvolvimento das novas ciências (GORSKI, 2000, p. 143); com o desdobramento das ideias do Iluminismo, a razão ganhou novos espaços na compreensão que o homem possuía a seu respeito e a respeito do lugar que ocupava na ordem social e, por que não dizer, no cosmos. "Os filósofos humanitaristas do século XVIII pregavam o despotismo esclarecido e a ditadura da razão." (SCHMITT, 1924, 31). Já nos períodos conhecidos como Idade Moderna, autores como Comte, Durkheim e Weber, por exemplo, contribuíram largamente com a produção de teorias secularistas.

No ocidente tomado pelo racionalismo, a visão de mundo proposta pelas tradições religiosas passou a ser questionada. Naquele tipo anterior de sociedade tradicional, o campo de valores morais era muito claro, bem estabelecido e aceito tacitamente. Na transição para a modernidade, o silêncio que dava sentido para os valores morais vigentes é rompido e os conceitos tácitos tornaram-se passíveis de tematização.

"Em quase toda discussão pode-se observar o quanto a metodologia das ciências técnico-naturais domina o pensamento contemporâneo. Por exemplo, o Deus da evidência teológica tradicional, o Deus que rege o mundo como o rei governa o Estado, torna-se subconscientemente o motor propulsor da máquina cósmica. A quimera dos moradores das grandes cidades modernas é preenchida até o seu último átomo por concepções tecnológicas e industriais, que são projetadas nos domínios cosmológico e metafísico." (SCHMITT 1924, p. 11)

Para Casanova (2011, pp. 5-7), o processo de secularização pode ser entendido por meio de três conotações diferentes: i) pelo declínio de práticas e crenças religiosas nas sociedades modernas; ii) pela privatização da religião; e iii) pela diferenciação de esferas seculares (estado, economia, ciências, cultura), isto é, a emancipação dessas esferas do

domínio das instituições e das normas religiosas. Esta última conotação é que mais está presente nas teorias sobre secularização.

A separação entre o Estado (política e direito) das matrizes religiosas presentes no corpo social tornou-se conhecido como laicização e foi marcada pela busca da garantia de liberdade de consciência no espaço público, desagregando o pensamento religioso predominante da tomada de decisões políticas e das instâncias jurídicas e legislativas, permitindo com isso igual direito de expressão religiosa ou agnóstica na sociedade (DINIZ, 2010, p. 25). Essa separação foi processual e ocorreu de formas e em momentos diversos na modernidade; na transição do modelo feudal do medievo para os Estados Nacionais absolutistas, observa-se que alguns desses estados eram inicialmente confessionais, como a Inglaterra e a Europa ibérica. Apenas mais tarde, esses estados assumiriam o caráter laico, que em outros países, como a França, já estava consolidado.

Quanto às consequências da secularização e da laicização para o Direito, se até a Idade Média a experiência religiosa teve forte influência no campo jurídico, com a chegada da modernidade, busca-se uma alternativa para que ele esteja baseado na concepção iluminista de razão (MODAK-TRURAN, 2008, p. 159). Nesse sentido, nota-se uma transição na forma como se conferia legitimidade às leis. Antes o caráter de legitimidade de uma norma era conferido pela religiosidade vigente, quando a lei encontrava-se de acordo com sua moral. Na modernidade, os fatores que tornam legítima uma norma jurídica são revistos, tornando-se dissociados da ética da religião e, conseqüentemente, mais objetivos e racionais. Para Weber, dentre as quatro possíveis formas de legitimação de uma norma, quais sejam, a tradicional, o valor emocional [affectual (emotional) faith], o valor racional (incluindo a questão ética) [value-rational (including ethical)], e a legal (positivação), apenas a última não foi minimizada pelo racionalismo. A norma positivada e concebida dentro da legalidade⁵ é a que passa a ser reconhecida como legítima. Destarte, no paradigma da modernidade, a lei apresenta-se autônoma da religião (MODAK-TRURAN, 2008, p. 190).

Niklas Luhmann explica esse fruto da modernidade por meio da teoria da autonomização dos códigos de comunicação relativos a cada sistema social. Podem ser citados, como exemplos de sistema social, a política, o direito, a economia e a religião. Nesta perspectiva, cada sistema social torna-se livre e autônomo para determinar suas

⁵ O conceito de legalidade proposto por Weber, neste contexto, constitui a legitimidade da norma tanto porque a legalidade deriva de um acordo voluntário entre as partes interessadas (Contrato Social), como porque a imposição da norma é realizada por uma autoridade competente para praticar tal ato (MODAK-TRURAN, 2008, p. 189).

condicionantes e sua estrutura, por meio de uma operação autopoietica, na qual o próprio sistema se desenvolve estabelecendo seus elementos intrínsecos e seus limites.

Por meio do raciocínio luhmanniano entende-se, portanto, o seguinte: um sistema social, por exemplo, a política, define seu próprio código fundamental, isto é, o que é poder (identidade – 1) e o que não é poder (não identidade – 0). A combinação dessas duas variantes gera comunicação nesse sistema, e conseqüentemente sua estruturação (autopoiese). Nessa óptica, cada sistema possui seu complexo linguístico e dele não se afasta. A produção linguística produzida por um sistema não se aplica aos demais sistemas sociais, ou seja, o que um sistema produz é incômodo para os demais sistemas, a não ser que seja possível uma tradução desse complexo linguístico, o que Luhmann denominou de acoplamento estrutural. São exemplos de mecanismos de acoplamento estrutural a Constituição, ora posto que, nela, o direito confere a legitimidade do uso da violência à política, ao mesmo tempo em que a força impositiva do direito é proveniente dessa coercitividade política, e o contrato, instrumento que conjuga elementos de direito e economia, conferindo validade jurídica a atividades econômicas (LUHMANN, 2005, p. 312).

A proposta de autonomização de sistemas revela que, na modernidade, os sistemas sociais não se confundem em sua estruturação; isto quer dizer que a política não pode se estruturar utilizando códigos de comunicação do direito (jurídico e não jurídico) nem da religião (sagrado e profano). No mesmo sentido, uma pergunta formulada no sistema do direito não pode ser respondida, conseqüentemente, com argumentos advindos do sistema político (“porque isso é poder” ou “porque isso não é poder”), tampouco do sistema religioso (“porque isso é sagrado” ou “porque isso é profano”).

Enquanto no mundo medieval (e demais sociedades tradicionais) não havia separação estrita entre religião, direito e moral, mas ao contrário, essas esferas faziam parte de um mesmo contexto de interpretação, e logo, assuntos da religião tornavam-se questões jurídicas e poderiam ser discutidos com esse fundamento, na modernidade esse vínculo é rompido (LUHMAN, 2005, p. 294). Isso não quer dizer, de acordo com o autor, que os sistemas, em razão de encontrarem-se separados, deixem de se relacionar; na verdade, esclarece ser necessário que entre os sistemas sociais haja uma relação em que fique clara a diferença existente entre eles. Ao tempo em que se diferencia, um sistema de comunicação mantém relação como os demais sistemas sociais ao seu entorno por meio dos mecanismos de acoplamento estrutural, quando possíveis.

Considerando as proposta de Luhmann e o aspecto da secularização que privatiza a religião, observa-se que a possibilidade de uma interação entre o sistema religioso e o sistema de comunicação do direito torna-se de difícil realização. Quanto mais se entende que a religiosidade é parte do domínio privado dos indivíduos, tanto menor interesse público em buscar interagir com esse sistema, a não ser com a eventual finalidade de manter a ordem pública, por exemplo. Em sentido oposto, as possíveis relações entre política, direito e economia mostram-se mais presentes no domínio público, de sorte que o interesse do Estado na comunicação desses sistemas é maior e logicamente mais previsível.

Weber (2003, p. 85), igualmente, trata da segregação dos sistemas da política e da religião, por meio da diferenciação das suas éticas, julgando como ingenuidade a crença de que seria possível usar a ética religiosa como fundamento para tomada de decisões no campo político:

“Também os primeiros cristãos sabiam muito bem que o mundo é governado pelos demônios e quem se dedica à política, ou seja, ao poder e força como um meio, faz um contrato com as potências diabólicas, e pela sua ação se sabe que não é certo que o bem só pode vir do bem e o mal só pode vir do mal, mas que com frequência ocorre o inverso. Quem deixar de perceber isso é, na realidade, um ingênuo em política.”

Conquanto já seja possível perceber na contemporaneidade inúmeros avanços no sentido de desagregar os argumentos místicos e transcendentais do campo de atuação do Estado, a resiliência da religião no meio social ainda exerce forte pressão em direção oposta a esta separação. Não apenas isso, mas quando essa pressão do sistema social da religião é exercida, tende a ocorrer em favor de crenças determinadas, provavelmente aquelas que já possuem forte presença, expressão e apelo em uma comunidade, e com isso, essa pressão também corrobora para mitigar o espaço plural de expressão de outras crenças e religiões.

Esse confronto entre a secularização e laicidade do Estado em face da resiliência da religião tem sido objeto de inúmeros debates na atualidade e evidencia como a secularização não foi um ponto fixo na modernidade, mas é um processo contínuo que tem levado diversas comunidades ao redor do mundo a ressignificarem conceitos e valores que antes eram considerados absolutos, tais como a vida e o afeto. Ademais, esse confronto problematiza o lugar ocupado pela religião na vida em sociedade e como a abordagem dada pelo Estado a este sistema social pode afetar a vida de seus cidadãos, seja pela garantia de um espaço plural para o exercício da liberdade de consciência e de crença (ou de não crença) e outras possíveis liberdades individuais decorrentes do exercício dessa, seja pela criação de um espaço

coibitivo, onde se observa a supressão ou mitigação de direitos individuais em razão do favorecimento de uma visão de mundo específica quando da formação de normas jurídicas e criação de políticas públicas.

2.1 A secularização e a resiliência da religião no meio social

Não obstante a chegada da modernidade, todas essas novas perspectivas sobre a existência e o pertencimento humano não foram capazes de afastar a necessidade nutrida pelo indivíduo de relacionar-se a algum fator transcendental. Nesse sentido, Llosa (2013, p. 143) descreve com precisão que “ao contrário do que imaginavam os livres-pensadores, agnósticos e ateus dos séculos XIX e XX, na era pós-moderna a religião não está morta e enterrada, nem foi posta no desvão das coisas imprestáveis: está viva e ativa, ocupando um lugar central na atualidade.” (LLOSA, 2013. p. 143) Para Philip S. Gorski (2000, p. 138), é provável que a sociedade ocidental tenha se tornado mais secular, entretanto, sem ter se tornado menos religiosa; além disso, explica o autor que conquanto os movimentos reformistas no final da Idade Média tenham reduzido a unidade da autoridade da igreja, não necessariamente reduziram a intensidade com a qual tal autoridade era exercida.

A razão pela qual a experiência religiosa segue resiliente é ainda fonte de muitos debates filosóficos. De certa maneira, pode-se falar em uma necessidade intrínseca ao indivíduo de buscar um elemento transcendental, que funcione, nas palavras de Marx, como ópio que permita a abstração da realidade que se tem ao redor e como anestésico para as agruras do cotidiano. Para Weber, a sede do ser humano pela metafísica dá-se em razão de que algumas pessoas não conseguem enfrentar o destino dos tempos, e para essas pessoas, os braços da igreja estão completamente abertos e cheios de compaixão (WEBER, 1946. p. 51).

No mesmo sentido, para De Botton (2011, p. 12), a presença das religiões na sociedade atende a duas necessidades centrais que a sociedade secular não foi capaz de satisfazer *per se*:

“[...] primeiro, a necessidade de viver juntos em comunidades e em harmonia apesar dos nossos impulsos egoístas e violentos profundamente enraizados. E segundo, a necessidade de lidar com aterrorizantes graus de dor, que surgem da nossa vulnerabilidade ao fracasso profissional, a relacionamentos problemáticos, à morte de entes queridos e a nossa decadência e morte. Deus pode estar morto, mas as questões urgentes que nos impulsionaram a inventá-lo ainda nos sensibilizam e exigem resoluções que não desaparecem quando somos instados a perceber algumas imprecisões científicas na narrativa sobre o milagre da multiplicação dos pães e peixes.”

Em “Por que a religião é importante: o destino do espírito humano num tempo de Descrença”, Huston Smith (2001, p. 16) expõe que a experiência cotidiana não é capaz de satisfazer os anseios humanos por um algo a mais, sendo que para o autor, “A realidade que estimula e satisfaz o anseio da alma é Deus, qualquer qual seja for o nome que se lhe dê”. O autor crítica a obsessão dos ocidentais modernos pelos suportes materiais da vida e o “cheque em branco” entregue à ciência para ser preenchido com as pretensões científicas relacionadas com o que constitui conhecimento e crença justificada. (SMITH, 2001, p. 17)

Outro fator que possivelmente contribuiu para a resiliência da religião nos contextos sociais é que, tanto as reformas protestantes, como o Iluminismo, ascensão do racionalismo e desenvolvimento das demais correntes filosóficas secularistas não tolheram, na verdade, a necessidade de transcender imanente ao ser humano, mas proveu um espaço plural para a consolidação de outras correntes religiosas (além do cristianismo) e não religiosas (ateísmo e agnosticismo, por exemplo) dentro do corpo social (GORSKI, 2000, pp. 138-167).

Além da resiliência do caráter metafísico da religião, Carl Schmitt trabalha a resiliência da religião quanto ao seu aspecto político. Em "Catolicismo romano e forma política" o autor discorre, entre outras questões, como a Igreja Católica, agindo muitas vezes de maneira contraditória, aliava-se politicamente ora aos grupos hegemônicos, ora aos revolucionários. A soma desse comportamento a outros fatores como proximidade das formas católicas a formas jurídicas teve como resultado a preservação da instituição, mesmo frente ao crescimento de tantos humanismos, racionalismos e outras correntes filosóficas. "Diante de toda mutabilidade da situação política, todos os princípios parecem mudar, menos um, o poder do catolicismo [...]", expõe Schmitt.

Igualmente pode-se falar do aspecto resiliente da religião, quando da proposta de alguns autores sobre uma religião política ou civil. Para Durkheim (1968, pp. 427-428), conquanto as religiões tradicionais possam encontrar-se em declínio, a sociedade não poderia viver sem a religião; logo, Durkheim acreditava que novas religiões, de caráter cívico, eventualmente tomariam o lugar das doutrinas tradicionais. Nessa mesma esteira, Schmitt, considerando a transição para a modernidade e o processo de secularização e observando os naturalismos que ganham espaço nesse contexto, propõe uma teologia política em que o Estado estabelece sua normatividade e espera submissão e devoção por parte daqueles que seriam seus fiéis, em especial, dos servidores públicos.

2.2 Caso *BURWELL V. HOBBY LOBBY* na Suprema Corte dos Estados Unidos

O confronto entre os resilientes aspectos transcendentais na sociedade e a tentativa do Estado em manter uma produção normativa, jurisprudencial e até uma formulação de políticas públicas isenta de fundamentos de ordem mística é facilmente encontrado na modernidade/pós-modernidade, inclusive em casos tutelados pelo Direito.

O Caso *Burwell v. Hobby Lobby*, que tramitou na Suprema Corte estadunidense entre 2013 e 2014⁶ foi emblemático para a discussão acerca da liberdade de crença e consciência. Constitui excelente exemplo de como o exercício de uma religião pode alcançar não apenas aqueles que a professam, mas também terceiros e, ainda, pode gerar importantes precedentes acerca de como o Estado deve se posicionar diante do garantia constitucional do direito a crer e a não crer.

A *Hobby Lobby* é uma rede de trabalhos artesanais, criada em Oklahoma (EUA), em 1972, pela família Green. O negócio familiar é administrado de acordo com as preferências religiosas da família que administra os negócios. As lojas não abrem aos domingos e nelas ouve-se música cristã. 10% dos lucros da companhia são doados para obras de caridade. O presidente da rede, Steve Green, criou um museu da Bíblia em 2007, em Washington, que abriga uma coleção de textos religiosos.

Como toda empresa americana com fins lucrativos, a *Hobby Lobby* submete-se ao *Patient Protection and Affordable Care Act* (PPACA), frequentemente chamado de *Affordable Care Act* (ACA), ou “*Obamacare*”, que regula, entre outros, a cobertura de plano de saúde que deve ser prestada por essas empresas a seus funcionários.

O ACA é o estatuto legal de 23 de março de 2010 que, junto ao *Health Care and Education Reconciliation Act*, representa o mais amplo programa do sistema de atenção à saúde dos Estados Unidos. Nos termos desse programa, como forma de promover a saúde pública e assegurar a igualdade de acesso das mulheres aos serviços de saúde, devem estar incluídas no plano de saúde pelo menos quatro espécies de medicamentos e ou dispositivos contraceptivos.

Diante do programa, a *Hobby Lobby* decidiu ajuizar demanda na justiça americana, desafiando a ordem federal de fornecimento de dispositivos contraceptivos. De acordo com os Green, o uso de tais medicamentos destoaria de seus princípios de fé, de sorte que a família

⁶ *The Hobby Lobby Case*. Disponível em: <<http://www.hobbylobbycase.com/>> Acesso em: 30/06/2015.

não estaria disposta a arcar com o custo de fornecer tais medicamento às mulheres. Uma vez que a crença religiosa da família Green não seria compatível com o uso de medicamentos e/ou dispositivos “com potencial para extinguir a vida”, a família entendia que a obrigação estabelecida pelo ACA seria um atentado ao livre exercício de sua fé.

Nos termos do “*ObamaCare*”, a recusa da empresa em fornecer os medicamentos e dispositivos contraceptivos seria fato gerador da imposição de altas multas ao negócio dos Green. Segundo a família, esse tipo de imposição contrariava o *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA), lei federal estadunidense de 1993, cujo objetivo seria a proteção do livre exercício da religião e dos interesses da liberdade religiosa (entretanto derrubada pela Suprema Corte em 1997, com a justificativa de que, ao aprová-lo, o Congresso havia extrapolado sua autoridade constitucional) (SMITH, 2001, p 106).

Uma vez definido o objeto da lide, o caso foi levado inicialmente ao *U.S. District Court for the Western District of Oklahoma* em setembro de 2012. Em novembro do mesmo ano, referido tribunal negou o pedido liminar da *Hobby Lobby* para suspender a execução de dispositivo legal federal (ACA); no mesmo mês, a empresa apelou para o *U.S. Court of Appeals for the Tenth Circuit*. Em dezembro, o Tribunal de Apelações igualmente negou provimento ao pedido da empresa.

Em 2013, diante da notoriedade do caso, a empresa administrada pela família Green passou a receber apoio de senadores, da Procuradoria-Geral de Oklahoma, e de outras pessoas e grupos de influência. O caso foi reconsiderado pelo *U.S. Court of Appeals*, e após reapreciação neste tribunal e ainda no *U.S. District Court for the Western District of Oklahoma*, foi concedida liminar para suspender a execução do mandado federal.

Em setembro de 2013, o Governo Federal dos Estados Unidos da América decide levar o caso para apreciação da Suprema Corte. Em novembro daquele ano, a Suprema Corte dos EUA concorda em assumir o caso *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.* (anteriormente *Sebelius v. Hobby Lobby Stores*), considerando tratar-se de um caso histórico, por abordar os direitos que concernem aos proprietários de empresas para operarem suas empresas familiares sem violar suas convicções religiosas.

Em 25 de março de 2013, a Suprema Corte ouviu as sustentações orais arguidas pelas partes do processo, a fim de apreciar se o Governo Federal possuía ou não autoridade para exigir que os donos de uma empresa familiar agissem contra a sua fé, usando como critério dessa exigência unicamente a forma de organização dessas empresas (empresa com fins lucrativos). Por fim, em junho de 2014, a Suprema Corte exarou decisão, por cinco votos a quatro, em favor da *Hobby Lobby*.

A decisão emitida gerou grande satisfação à comunidade religiosa e aos demais grupos que ajudaram a empresa. Nas palavras dos Green, “A decisão da Corte é uma vitória, não apenas para os negócios familiares, mas também para todos aqueles que buscam viver de maneira livre suas convicções religiosas. Somos gratos a Deus e a todos aqueles que nos prestaram apoio nessa difícil jornada”⁷.

2.2.1 O discurso religioso e a aplicação dos direitos fundamentais

O caso *Caso Burwell v. Hobby Lobby* levou à justiça americana, a princípio, a discussão acerca da liberdade do exercício religioso. A demanda da família Green deu-se no sentido de assegurar tal direito, constitucionalmente garantido e, ainda, garantido pela lei federal *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA). O propósito de referido Ato seria impedir que qualquer tipo de ônus pudesse ser imposto ao livre exercício da religião, fornecendo assim um meio para proteção e defesa de qualquer indivíduo cujo exercício religioso fosse substancialmente onerado pelo governo. As exceções previstas em lei à restrição da imposição de ônus ao livre exercício de fé seriam os casos em que a aplicação desse ônus atendesse um interesse compulsório do Estado, ou que este fosse o meio menos restritivo ou prejudicial para se atender a esse interesse estatal. Dessa forma, de acordo com dispositivo legal em tela, qualquer pessoa que se percebesse de alguma maneira onerada pelo governo quanto a suas práticas religiosas, teria legitimidade para invocar o seu direito de defesa na justiça, a fim de garantir o abrandamento ou liberação daquele ônus.

O discurso da família Green desvela que suas práticas religiosas não são compatíveis com o uso de métodos com potencial pra interromper a vida humana; a partir desse entendimento, a família administradora da rede *Hobby Lobby* aduziu ser também incompatível com o livre exercício de sua fé o financiamento de plano de saúde aos seus funcionários que incluísse os custos de fornecimento de pelo menos quatro medicamentos e/ou dispositivos contraceptivos. Para a família, tal atitude denotaria sua conviência com práticas contraceptivas ou potencialmente abortivas.

A sentença proferida pela Suprema Corte que desobriga a companhia *Hobby Lobby* do atendimento compulsório das demandas por contraceptivos, apesar da decisão acirrada de cinco votos em favor da pretensão da companhia contra quatro votos em desfavor, foi

⁷ *The Hobby Lobby Case*. Disponível em: <<http://www.hobbylobbycase.com/>> Acesso em: 30/06/2015. Tradução nossa.

importante precedente para a compreensão acerca da liberdade do exercício da religiosidade, em especial, no que tange à forma de administração de negócios particulares.

Não obstante a discussão acerca da liberdade do exercício da fé ter sido levantada pela empresa *Hobby Lobby*, em seu próprio favor, não se pode deixar de observar que a análise do exercício livre da crença religiosa deve abranger também o interesse de terceiros, isto é das mulheres e das famílias que seriam alcançadas pelo fornecimento dos dispositivos contraceptivos. Nesse sentido, por exemplo, se pronunciou a juíza Ruth Bader Ginsburg, que citou pesquisa realizada pelo Instituto Guttmacher, que indicou que muitas mulheres não possuíam condições para assumir os meios mais efetivos de controle da natalidade e que o questionamento ao ACA apenas acentuaria os casos de gravidez indesejada e de abortos. (MELLO, 2014)

Com efeito, a garantia do livre exercício de crença religiosa, bem como a liberdade de não alinhamento com qualquer espécie de religião, deveria ter sua aplicação estendida às mulheres e famílias, as quais, em seu espaço privado possuem direito de escolher livremente utilizar ou não alguma espécie de método contraceptivo, de acordo com suas próprias crenças, e inclusive, com base em outros critérios de cunho não religioso, se for o caso. Decerto, a liberdade da escolha sobre o uso ou não de métodos contraceptivos, bem como a liberdade de atribuir quaisquer valores morais ou religiosos a essa prática, por parte das funcionárias e funcionários da companhia, restou prejudicada quando da decisão da Suprema Corte americana.

As considerações levadas a termo a respeito de liberdades religiosas demonstram que tais liberdades possuem caráter de uma “via de mão dupla”. A apreciação do caso em tela, no fim, conquanto tenha assegurado os direitos da família Green, cerceou em o direito à liberdade do exercício de crer e de não crer, uma vez que o uso de dispositivo contraceptivo deixou de estar condicionado aos juízos de valor de mulheres e famílias, passando a estar sujeito ao entendimento restritivo dos administradores da empresa *Hobby Lobby*. Conforme se manifestou a juíza Barbara Rothstein, no caso *Compassion in Dying v. State of Washington* (03 de maio de 1994, Seattle), “no próprio coração da liberdade reside o direito de cada pessoa definir o seu próprio conceito da existência, do sentido da vida, do universo e do mistério da vida humana” (HITTINGER, 1994).

Ainda, é possível aprofundar as dimensões desse caso com base em questionamento apresentado na sustentação oral do Procurador Verrilli (em nome do Governo Federal), acerca do que seria considerada uma oneração ou uma opressão substancial do direito ao livre exercício religioso. Com efeito, aduziu o procurador que tal opressão substancial ocorre

quando alguém, imbuído de sincera devoção religiosa, está sujeito à lei que impõe penalidade significativa ou outra medida coercitiva a fim de pressionar certo comportamento por parte dessa pessoa, comportamento esse incompatível com seus princípios religiosos.

Com base na perspectiva do Procurador, a família Green, em si, não estaria absolutamente obrigada a realizar uso de dispositivos contraceptivos ou potencialmente abortivos, prática não conciliável com suas crenças religiosas. Por outro lado, a assunção da responsabilidade de financiar plano de saúde que incluía o fornecimento de métodos contraceptivos, por parte da pessoa jurídica *Hobby Lobby*, tratava-se da garantia ao direito de acesso à saúde e do direito ao livre exercício de crer ou não crer, ambos assegurados aos funcionários da companhia. Não se confunde a responsabilidade da empresa para com seus funcionários com o exercício privado das escolhas religiosas dos administradores da empresa. Igualmente, não seria lógico imaginar que a decisão acerca do uso de métodos contraceptivos por funcionários de uma empresa devesse estar condicionada às escolhas individuais de seus empregadores.

Por fim, a partir do mesmo texto legal utilizado para legitimar o discurso dos Green, qual seja, o *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) é possível realizar análise em favor dos interesses do Estado e dos direitos dos funcionários da *Hobby Lobby*. Repise-se que as exceções previstas pelo RFRA ao impedimento de imposição de ônus ao livre exercício de práticas religiosas são claramente relacionadas aos interesses compulsórios do Estado.

A amplitude do programa Patient Protection and Affordable Care Act (ACA) evidenciava o interesse do Estado em garantir o acesso à saúde a todos os seus cidadãos, de maneira igualitária e não discriminatória. Certamente, o acesso a métodos e/ou dispositivos contraceptivos é uma importante chave para garantir às mulheres acesso adequado aos serviços de saúde e autonomia sobre seu próprio corpo, bem como garantir a diversas famílias a possibilidade de realizar um planejamento familiar efetivo.

Nessa esteira, é possível a compreensão de que, os interesses do Estado ao estabelecer o ACA são compulsórios, havendo possibilidade, portanto, de que esses interesses sejam utilizados como fundamento político para permitir imposição de ônus ao que se considera o livre exercício da fé dos administradores da *Hobby Lobby*, tendo em vista a importância que o fornecimento de métodos contraceptivos possuem para toda a sociedade e, por conseguinte, para o Estado.

2.2.2 *Uma resposta secular definitiva para uma questão de ordem religiosa e moral?*

Dentre muitos trechos de destaque constantes das sustentações orais do caso *Caso Burwell v. Hobby Lobby*, salienta-se a indagação do juiz Alito ao Procurador Verrilli acerca das tentativas de se dar uma resposta ao caso: “*It is a religious question and it's a moral question. And you want us to provide a definitive secular answer to it?*”.

É possível observar que a superação dos modelos de sociedade tradicional promoveu a abertura de espaços para a autonomização de sistemas sociais e de seus códigos fundamentais, de forma que argumentos religiosos não são mais capazes de legitimar *per se* decisões políticas ou jurídicas e vice-versa. Entretanto, observa-se também que a modernidade e suas rupturas com estamentos sociais rígidos não promoveram uma ruptura definitiva com a religiosidade, a qual permanece nos campos de domínio privado mesmo na modernidade. Ao tempo que a modernidade rompe com as respostas prontamente fornecidas pelas tradições, não existe qualquer compromisso com novas respostas fixas, certas ou erradas; ao contrário, os fundamentos de uma sociedade moderna/pós-moderna são flexíveis, passíveis de ressignificação.

A provocação do juiz Alito, conquanto transmitida em uma breve pergunta, compreende consideração de diversos pontos a respeito de processos da secularização que foram abordados anteriormente. Inicialmente porque a provocação evidencia a dificuldade existente em se utilizar o código de comunicação de um sistema social (religião) para construir argumentos semanticamente apropriados em outro sistema social (direito). Em segundo lugar, porque é notável a forma como questões de cunho religioso permanecem presentes em situações diversas do cotidiano, mesmo em uma sociedade tida como moderna/pós-moderna, conforme se depreende do caso narrado; a provocação indica que superação de questões ligadas à religiosidade não são resolvidas simplesmente pela secularização da sociedade, com argumentos racionais ou humanistas, como alguns pensam.

Finalmente, em resposta à indagação do juiz Alito, o Procurador Verrilli é rápido ao afirmar que não, não se trata de dar uma resposta secular a um problema de ordem religiosa e moral. Trata-se de entender que, uma vez reconhecida pela Suprema Corte a sincera devoção de um indivíduo a uma religião, deve-se buscar reconhecer quando a imposição de uma medida pelo Estado constitui ou não ofensa ao seu livre exercício dessa fé.

O Caso *Burwell v. Hobby Lobby* evidencia como conflitos relacionados à religião permanecem constituindo desafio à racionalidade humana e, igualmente, às instâncias do direito; provavelmente, por causa do argumento exposto pelo juiz Alito, isto é, a dificuldade em se resolver por meio seculares, questões cujas dimensões transcendem.

3. O LUGAR DA RELIGIÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS NO BRASIL

3.1 Histórico: religião e o ordenamento jurídico brasileiro

A relação do Brasil com a fé cristã deu-se desde os primeiros momentos de seu “achamento” e colonização, sendo que certos pontos da história brasileira destacam bem essa primeira relação inicial, tais como a Primeira Missa realizada na chegada dos portugueses no novo território, a ocupação das terras recém-encontradas por portugueses que já professavam a fé católica e as missões jesuíticas enviadas para evangelização dos nativos, como um dos efeitos da Contrarreforma da Igreja Católica, consequência indireta do contexto das Reformas Protestantes.

Mesmo após o Brasil ter deixado de ser colônia portuguesa, isto é, com a declaração de independência em 1822, permaneceram as relações existentes entre monarquia e Igreja. Por meio da Carta Brasileira de 1824, o Brasil foi constituído Estado confessional; referido texto de caráter constitucional, ao mesmo tempo em que reconhecia a religião católica como religião oficial do Império, incluía entre os direitos individuais dos brasileiros a liberdade de consciência, permitindo assim o culto doméstico ou particular de outros credos, porém, vedando a publicidade desses outros cultos. A manutenção do aspecto religioso, por parte dos constituintes da época deu-se em razão de que eles viam na religião “fundamento moral da sociedade” (NEVES, 2009, p. 388).

Ainda, conquanto a Constituição vigente prescrevia que ninguém poderia ser perseguido por motivo de religião, desde que respeitasse o credo do Estado e não ofendesse a moral pública, a confissão da religião católica era requisito para fundamentar a concessão de certos direitos políticos, como por exemplo, direito de se candidatar a um cargo representativo de deputado e direito de assumir o cargo de Conselheiro de Estado; além disso os Estatutos das Faculdades exigiam o juramento católico e o casamento entre não católicos era considerado inexistente (OBEID, 2013, p. 44).

Ademais, a Constituição do Império conservou o sistema do padroado adotado pela coroa portuguesa, por meio do qual o Estado era protetor “da Igreja Católica e cumpriria uma missão evangelizadora nas terras descobertas, com a obrigação de construir e manter os prédios das igrejas e remunerar o clero”, entre outras funções. Nesse sistema, o dízimo tinha

natureza de imposto administrado pela coroa e sua arrecadação era responsabilidade dos monarcas (OBEID, 2013, p. 45).

As interações entre o Estado e Igreja eram tais que esta fazia parte do aparelho burocrático estatal, de tal sorte que os juristas da época viram a necessidade de regulação desse ramo. “As relações entre o Estado e a Igreja tornaram-se, assim, objeto de estudo do Direito Eclesiástico, disciplina considerada ramo do Direito Público e ensinada no segundo ano dos cursos jurídicos do Império.” (OBEID, 2013, p. 59) Essa área abarcava normas de direito público, lições de direito canônico ou eclesiástico privado.

Cumprе ressaltar que essa interação entre o sagrado e o secular na administração do Império também sofreu desgastes e a maneira como era realizada não era fruto do consenso, ora posto que, por um lado incomodava a Santa Sé em razão de dispositivos que permitiam a interferência do Estado ou do Imperador em assuntos eclesiásticos, bem como a dependência econômica do Estado deixava a Igreja rendida a suas decisões; por outro, incomodava os homens da política que entendiam que negócios de crença deveriam estar fora do alcance político.

Além desses desgastes, com o aumento populacional e com o aumento das imigrações para o Brasil, para substituir a mão de obra escrava a partir da segunda metade do século XIX, em especial de imigrantes que professavam credos distintos da fé católica, as discussões sobre a liberdade religiosa passaram a ganhar mais espaço na esfera pública. Nesse novo contexto, questões antes restritas ao domínio eclesiástico passaram a carecer de maior atenção por parte do Estado, como registros civis, o casamento como sacramento em face do casamento civil, e o registro de propriedades.

A soma desses fatores, juntamente ao movimento de outros países ao encontro da laicização, contribuiu para que, quando da Proclamação da República, o Estado brasileiro também se tornasse laico. Nesse contexto, a secularização do Estado e de seu ordenamento jurídico encontrou seu principal marco legal com o Decreto 119-A de 1890, que extinguiu o padroado e proibiu o estabelecimento de qualquer religião pelo Estado federal e pelos estados federados recém-criados, declarando, ainda, a plena liberdade de cultos. (OBEID, 2013, p 114)

A Constituição de 1891 aprofundou o caráter laico do Estado, e inovou nos seguintes dispositivos: a República brasileira passou a reconhecer apenas o casamento civil (art. 72, § 4º); os cemitérios tornaram-se seculares, passando a ser administrados pelos municípios,

ficando admitidos todos os rituais religiosos nos enterros, desde que não ofendessem a moral pública ou algum dispositivo legal (art. 72, § 5º) e o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos deveria ser leigo (art. 72, § 6º) (SANTOS, 2003). Além disso, ao tempo em que ficou vedada pela Constituição a privação de direitos civis e políticos por motivo de crença religiosa, ficou estabelecido que a religião não isentaria ninguém do cumprimento de qualquer dever cívico.

Todas essas mudanças foram significativas para a esfera pública e para a liberdade de crença e consciência, bem como para possibilitar o pluralismo de crenças. Não obstante, tais medidas tomadas no âmbito do legal e político não dissociaram certos valores notadamente católicos da elaboração de normas jurídicas, tampouco não foram capazes (e jamais seriam, *per se*) de afastar a religiosidade católica das esferas da vida privada, conforme se depreende das próximas análises.

O Brasil, enquanto país de tradição notadamente cristã desde sua colonização, viu evidente inserção da matriz religiosa em seu ordenamento jurídico, especialmente no que tange ao direito das famílias. Durante o Império, por exemplo, seguindo a lógica da família confundida com o casamento, tem-se que as legislações produzidas a esse respeito apenas reiteravam o caráter de sacramento da união matrimonial, razão pela qual permaneceu regulada por normas de direito eclesiástico (OBEID, 2013).

Após a Proclamação da República, a Constituição de 1891 estabeleceu significativa separação entre Estado e Igreja e, entre as diversas mudanças que confirmavam o novo status laico do Brasil, ficou definido que a República apenas reconhecia o casamento civil. “Na realidade social, porém, incorporado como estava o casamento canônico na cultura do povo, tudo continuou igual.” (NETO, 2003; ALONSO, 2003. p. 3).

Já na segunda Constituição da República, em 1934, o casamento religioso voltou a ser previsto, não especificamente o católico ou canônico, mas também o de outros credos. Assim estava disposto no artigo 146, do referido texto legal:

“O casamento perante ministro de qualquer confissão, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes na verificação dos impedimentos e no processo da oposição, sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no registro civil.”

Tal recepção do casamento religioso no ordenamento jurídico não foi, desde então, revogada, e atualmente recebe tanto previsão constitucional, como do Código Civil vigente.

A suposta liberdade religiosa já prevista em lei no Brasil República, bem como a recepção do casamento de qualquer religião na ordem jurídica da época, garantiu uma separação formal entre religião e a ação do Estado; não obstante, essa separação não garantiu uma dissociação entre outras questões do direito de família e a moral cristã, quanto ao aspecto material, conforme descrito a seguir.

O Direito de Família, durante a República foi inicialmente regido pelo Código Civil de 1916, que permaneceu até 2003; além das demais Constituições promulgadas e outras legislações subsidiárias. Na maior parte das legislações produzidas no período republicano, a influência de valores cristãos na determinação da formação da entidade familiar, desde o casamento até outros aspectos relativos à administração do lar são notáveis. Com isso, observa-se o uso frequente de conceitos restritivos em relação à construção do núcleo familiar.

Inicialmente, tem-se que o vínculo familiar tinha sua origem por meio do matrimônio, sendo essa a maneira legítima de se constituir família; repise-se a presença do caráter indissolúvel da união, advindo de doutrinas de cunho cristão⁸. Nesse sentido, cita-se o artigo 144 da Constituição Federal de 1934: “A *família, constituída pelo casamento indissolúvel*, está sob a proteção especial do Estado” (*grifos nossos*), que volta a ser utilizado nas Constituições de 1937 e 1946. Quanto à Constituição de 1967, conquanto sua redação seja diferente, o teor da prescrição é o mesmo:

“Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento é indissolúvel.”

Observa-se que a lógica da formação familiar é portanto atribuída i) ao casamento, de sorte que o Estado registra como certo que em qualquer matriz religiosa, ou para aqueles que não professam qualquer fé, a família deveria se formar necessariamente por meio de referido sacramento; e ii) ao casamento indissolúvel, igualmente, determinando que a aliança

⁸ “Aproximaram-se de Jesus alguns fariseus e perguntaram-lhe para o tentar: É lícito a um homem repudiar sua mulher por qualquer motivo? Ele respondeu: Não tendes lido que no princípio o Criador os fez varão e mulher, e disse: Por isso, deixará o homem seu pai e sua mãe e se unirá à sua mulher, e serão os dois uma só carne. Portanto, *o que Deus uniu não o separe o homem*” Mateus 19: 3-6 (*grifos nossos*)

matrimonial deveria ser inquebrável, para qualquer religiosidade ou mesmo para quem não assumisse nenhum credo.

No mesmo sentido, impende ressaltar que a legitimidade dos laços de parentesco previstos pelo Código Civil de 1916 eram diretamente relacionadas à existência de casamento, em especial para as pessoas das filhas e dos filhos, conforme depreende-se da leitura respectiva dos artigos 332 e 337 de referido texto: “O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção.”; e “São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (...), ou mesmo nulo, se contraiu de boa fé (...).”, sendo que era permitida a legitimação posterior dos filhos considerados ilegítimos. Tal prescrição assemelha-se àquelas extraídas anteriormente do Código de Direito Canônico, a respeito do tema⁹.

Nota-se também que as primeiras previsões sobre o casamento se assemelhavam às previsões da Igreja Católica (que pouco diferem das previsões, não codificadas, das Igrejas Protestantes), quanto ao casamento monogâmico¹⁰ e heteroafetivo¹¹, igualmente sendo assumido pelo Estado que esse formato seria próprio de qualquer outra religiosidade ou que deveria ser aceito por aqueles que não professam nenhuma religião. Assim, apesar de os dispositivos legais aceitarem o reconhecimento de uniões religiosas de qualquer credo, considerando o contexto do século passado, é possível prever que quaisquer uniões diversas desses padrões cristãos católicos ou protestantes, poderiam ser incluídas nas hipóteses de não reconhecimento civil, isto é, união religiosa cujo rito contrarie a ordem pública ou os bons costumes.

Uma das consequências práticas da se atribuir a origem da família ao casamento foi o estabelecimento do concubinato, isto é a livre união entre duas pessoas alternativa ao matrimônio, fora da tutela do Estado ou da Igreja. O concubinato era visto também como alternativa para aqueles que se encontravam em alguma das hipóteses de impedimento para contrair matrimônio previstas pelo Estado ou pela Igreja. O caráter de imoralidade e até ilegalidade conferido a este tipo de união foi tal que o termo concubinato ganhou sentido

⁹ “Cân. 1137 — São legítimos os filhos concebidos ou nascidos de matrimônio válido ou putativo. [...]”

Cân. 1139 — Os filhos ilegítimos legitimam-se por matrimônio subsequente dos pais, tanto válido como putativo, ou ainda por rescrito da Santa Sé.”

¹⁰ O aspecto monogâmico é fundamentado com base em I Timóteo 3:12: “Os diáconos sejam maridos de uma só mulher, e governem bem a seus filhos e suas próprias casas.”

¹¹ “Portanto deixará **o homem** a seu pai e a sua mãe, e **unir-se-á à sua mulher**, e serão uma só carne.” Gênesis 2:24 (*grifos nossos*)

pejorativo e preconceituoso. Aplica-se aqui o entendimento cristão de que a manutenção de comunhão de vida e de relações sexuais fora do matrimônio configuraria a prática da fornicação¹². Não obstante, é inegável que no aspecto fático o concubinato, baseado em relações de afeto e gerador de comunhão de vida, não deixou de ser um instituto por meio do qual muitas famílias foram constituídas. A Constituição Federal desonerou esse tipo de união livre do caráter imoral, reconhecendo-o como o instituto da união estável e equiparando-o ao casamento.

Além disso, o patriarcalismo presente em sociedades tradicionais foi confirmado mais tarde por máximas católicas ou protestantes¹³. Tal patriarcalismo marcou as primeiras disposições sobre a família que sorte que o papel do homem na formação familiar ganhava especial destaque e privilégios. Até 2003, o Código Civil contou com artigos que declaravam o marido como chefe da sociedade conjugal; a ele cabia a representação da entidade familiar, a administração dos bens e a manutenção da família. Igualmente, gozava dos direitos de fixar e mudar o domicílio da família e autorizar a profissão da mulher.

Nos termos do antigo Código Civil, cabia também ao marido, na constância do casamento, o exercício do pátrio poder, de sorte que lhe competia a educação e criação dos filhos, bem como a companhia e guarda dos filhos, entre outras atribuições. A possibilidade de exercício do pátrio poder, por parte da mãe, ocorria na falta ou no impedimento do marido para exercê-lo.

Comunica-se também com prescrições cristãs e com o patriarcado os artigos 218 e 219, IV do Código Civil de 1916¹⁴, que permitia a anulação do casamento caso o marido tomasse ciência de que a mulher contraiu núpcias sem ser virgem. Nesse caso, o sexo pré-marital era considerado como prática de fornicação, que é fortemente condenada pelas religiosidades cristãs católica e protestante.

¹² A bíblia cristã, apesar de conter o termo fornicação em diversas passagens, não possui qualquer definição para a prática. Entende-se comumente por fornicação, a prática de relações sexuais ilícitas, sendo que em um contexto cristão quaisquer práticas realizadas, diversas do sexo marital, podem ganhar essa denominação, como por exemplo, sexo pré-marital ou extramarital, bigamia, poligamia e sexo homoafetivo. A etimologia da palavra, de tronco latino, faz referência à Roma antiga, mais especificamente ao local em que ocorriam atividades de prostituição. Ainda em um contexto bíblico, de acordo com o Dicionário Aurélio, a fornicação pode ser associada, na verdade, à infidelidade espiritual ao Deus dos hebreus, à apostasia, quando os hebreus tornavam-se devotos de outros Deuses.

¹³ “Vós, mulheres, sujeitai-vos a vossos maridos, como ao Senhor; Porque o marido é a cabeça da mulher, como também Cristo é a cabeça da igreja, sendo ele próprio o salvador do corpo. De sorte que, assim como a igreja está sujeita a Cristo, assim também as mulheres sejam em tudo sujeitas a seus maridos.” (Efésios 5: 22-24)

¹⁴ “Art. 218. É também anulável o casamento, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:
IV. O defloramento da mulher, ignorado pelo marido.”

Até a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, as disposições legais que mais trouxeram inovações em relação ao campo do direito das famílias foram a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, conhecida como Estatuto da Mulher Casada e a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, conhecida como Lei do Divórcio. Dentre as principais alterações que referidas legislações introduziram, destacam-se aquelas que visavam mitigar as diferenças de gênero pré-estabelecidas para o casamento e também as que permitiram a dissolução do casamento, por meio do divórcio.

Dada uma análise inicial de como a religião influenciou as primeiras produções normativas brasileiras quanto à formação familiar, salutar observar como essa influência incorre nas legislações vigentes, notando-se tanto as principais mudanças no sentido de desvincular a família de conceitos tradicionais estáticos, como também as prescrições que ainda relacionam-se, de alguma maneira, com padrões advindos da cultura cristã católica e protestante.

3.2 Ordenamento jurídico brasileiro e o Direito das Famílias contemporâneo

As atuais legislações que dispõem sobre as famílias brasileiras avançaram em relação às anteriores, no sentido de que buscaram uma construção conceitual mais abrangente de núcleo familiar, isto é, mais próxima das constituições reais de núcleos familiares; ao passo em que conseguiram se afastar de padrões de família ditos cristãos, a fim de buscar proteger aqueles que deles se afastam. Nessa esteira, Maria Berenice Dias (2006, p.1) esclarece a necessidade de que o ordenamento jurídico evite tradicionalismos que ignorem situações de fato, deixando de lhes dar a tutela devida e reiterando preconceitos:

“Sob a justificativa de preservar a sociedade, impõe o Estado, ainda hoje, sanções e penas a quem se afasta do parâmetro legal ou ousa comprometer a estabilidade das relações sociais. A tendência do legislador é de arvorar-se no papel de guardião dos bons costumes, buscando a preservação de uma moral conservadora. É o grande ditador que prescreve como as pessoas devem proceder, impondo condutas afinadas com o moralismo vigente. Limita-se a regulamentar os institutos socialmente aceitáveis e, com isso, acaba refugiando-se em preconceitos. Qualquer agir que se diferencie do parâmetro estabelecido é tido como inexistente por ausência de referendo legal.”

No âmbito da Constituição Federal, uma das mais significativas mudanças foi a ruptura com a ideia de que a família encontrava sua origem unicamente no casamento. Conquanto não conte com uma definição cerrada de família, avança tal texto ao reconhecer a

união estável (união livre alternativa ao casamento civil ou religioso) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes como entidade familiar. Tal esforço é direcionado à importante tarefa do legislador em possibilitar que os mais diversos tipos de família sejam alvo da proteção do Estado, acolhendo assim a realidade das famílias que fogem aos padrões de origem mística, mas que se formam sob contextos e por motivos diferentes.

Além disso, a Constituição avançou igualmente em buscar reduzir as expressões de superioridade masculina na constituição da família, o patriarcalismo tão presente nos textos jurídicos que vigoram durante a maior parte da República, como também presente nas relações sociais:

“[...] a Constituição de 1988 é um marco no processo de proteção dos direitos e garantias individuais e, por extensão, dos direitos das mulheres, como podemos constatar nos dispositivos constitucionais que garantem, entre outras coisas, a proteção à maternidade (art. 6º e art. 201, II); a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 (art. 7º, XVIII); a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (art. 7º, XX); a proibição de diferenças de salários de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo (art. 7º, XXX); o reconhecimento da união estável (art. 226, § 3º) e como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º); a determinação de que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, § 5º); a constitucionalização do divórcio (art. 226, § 6º); o planejamento familiar (art. 226, § 7º) e a necessidade de coibir a violência doméstica (art. 226, § 8º). A preocupação do Constituinte com a proteção dos direitos das mulheres e com o fim da discriminação de gênero se espraia por todo o ordenamento.”¹⁵

Conforme descrito no trecho em destaque, artigos como o 226, § 5º consolidam o papel da mulher na comunidade familiar, promovem sua proteção, aumentam sua independência e rompem com estatutos como o pátrio poder (que foi revisto, mais tarde, na nova redação do Código Civil, tornando-se poder familiar).

“Mesmo antes do CCB/2002 não se podia falar em direitos e deveres do marido e direitos e deveres da mulher, pois ambos têm os mesmos direitos. Com esse entendimento, os arts. 233 a 255 do Código Civil brasileiro de 1916 perderam eficácia, uma vez que eram sustentados pela desigualdade conjugal, ou mais, pela superioridade legal do marido.” (PEREIRA, 2012, p 76)

Importante destacar esse tipo de dispositivo, haja vista ser latente a necessidade de que lugares comuns que reiterem a superioridade do sexo masculino sejam combatidos,

¹⁵ STF, RE 227.117/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, julgado em 22.11.2011.

também por meio de normas jurídicas, a fim de desestimular tal raciocínio; superioridade esta, aliás, que não encontra nenhuma teoria entre, as diversas já propostas, que lhe sirva de fundamento convincente. Dessa forma, válido o questionamento de Yuval Harari (2015. p. 168) no sentido de que inconsistente manter esse sistema, pois “como hoje, vem se demonstrando de maneira tão clara, o sistema se baseou em mitos infundados e não em fatos biológicos (...)”. A nova redação conferida ao Código Civil caminhou em consonância com a Constituição Federal de 1988; o artigo 1.511, primeiro do Livro de Direito das Famílias, estabelece a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Em especial, sobre a figura do casamento, tem-se que o “defloramento” da mulher deixou de ser causa de anulabilidade do casamento e, ainda, o matrimônio deixou seu caráter indissolúvel, sendo que o próprio Código passou a dispor sobre as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal, reconhecendo o legislador a impossibilidade de se obrigar a continuidade do afeto que mantém os laços do casamento.

Uma consequência da mencionada mudança no tratamento dado ao matrimônio e às uniões estáveis pela Constituição de 1988 foi quanto à classificação das relações de parentesco estabelecida no Código Civil. Enquanto a antiga legislação conectava o parentesco ao casamento, quando da classificação de legitimidade ou ilegitimidade do vínculo, o texto de 2002 inova mantendo apenas a classificação em parentesco natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

Tais avanços foram importantes para a concessão de maior proteção não apenas a diversas entidades familiares que se encontravam marginalizadas pela legislação, como também aos indivíduos que faziam parte desses núcleos, em especial a mulher.

Também são observadas atualmente diversas evoluções no que tange à organização familiar por meio da jurisprudência brasileira, isto é, o judiciário movendo-se no sentido de permitir que cada vez mais situações de fato sejam abraçadas pela proteção do Estado. Tal ativismo do judiciário tem se mostrado importante, uma vez que, a despeito das conquistas já alcançadas pela legislação vigente, ainda percebe-se a mora do direito em acompanhar devidamente todas as mudanças sociais que acontecem na seara das famílias.

Tal conclusão advém do fato de que ainda existem resíduos da moral religiosa mantidos nos textos legais brasileiros; com isso, determinados casos, quando não apreciados pelo judiciário, mostram-se excluídos da tutela estatal. Como exemplo inicial, citar-se-á a prescrição do casamento monogâmico. Ao reconhecer o casamento ou união estável apenas nesse molde, o Estado deixa de tutelar, por exemplo, uniões poligâmicas reconhecidas em

religiões como o Islã e até mesmo a união entre pessoas que, ao não professarem um credo específico, entendem-se desapegadas a qualquer imperativo moral que impeça tal tipo de entidade familiar. A esse respeito, a jurisprudência brasileira não é uníssona, e aborda ainda questões sobre o consentimento nesse tipo de união. Afastados os casos em que não há consentimento ou conhecimento da união, a união plúrima, conquanto já tenha sido reconhecida pela jurisprudência¹⁶, ainda não é objeto de nenhum dispositivo legal específico. Nesse sentido, destaca-se trecho da escritura pública, lavrada pela tabeliã Claudia Domingues, que reconheceu essa modalidade de união, que esclarece bem a necessidade de vê-la devidamente resguardada e respeitada, a despeito da falta de previsão legal:

“Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade.” (DOMINGUES, 2012)

O reconhecimento das uniões homoafetivas passou por caminho semelhante ao das uniões múltiplas. Apesar de não estar devidamente contido em qualquer lei brasileira, já foi devidamente abordado pela jurisprudência brasileira, sendo reconhecida em 2011, pelo Supremo Tribunal Federal, e em 2013 tornou-se objeto da Resolução nº 175, do Conselho Nacional de Justiça (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013), que vedou a todos os cartórios brasileiros a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Não obstante a evolução da jurisprudência brasileira, a manutenção de artigos como o 226, § 3º da Constituição Federal¹⁷, 1.514 do Código Civil¹⁸ e 235 do Código Penal¹⁹, correspondem a uma óptica ainda cristianizada de família, isto é, monogâmica e heteroafetiva. Também a respeito da redação do artigo 226, § 3º da Constituição, questiona-se suposto juízo de valor entre a instituição sacra do matrimônio e a livre união estável, ora posto que ao que

¹⁶ Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva, lavrada em 2012, na cidade de Tupã, interior de São Paulo.

¹⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹⁸ Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

¹⁹ Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento [...]. (Título VII – Dos crimes contra a família, Capítulo I – Dos crimes contra o casamento).

incentivar a facilitação desta união naquela, subentende-se certa preferência do Estado em que famílias estejam regidas prioritariamente pelo casamento. Questionável a razão de tal distinção, uma vez que deveria ser indiferente ao Estado, conforme já tratado, a origem do núcleo familiar para efeitos de garantia de direitos e proteção.

Por fim, observa-se ainda a resiliência da moral religiosa no Código Civil Brasileiro na tratativa de requisitos, impedimentos e outras condições para constituição da família por meio do casamento. Utilizando-se uma vez mais o Código de Direito Canônico, para tal comparação, é possível traçar o seguinte quadro:

Código de Direito Canônico	Código Civil Brasileiro
Cân. 1083 — § 1. O homem antes de dezesseis anos completos de idade e a mulher antes de catorze anos também completos não podem contrair matrimônio válido.	Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.
Cân. 1085 — § 1. Atenta invalidamente contrair matrimônio quem se encontrar ligado pelo vínculo de um matrimônio anterior, ainda que não consumado.	Art. 1.521. Não podem casar: VI - as pessoas casadas;
Cân. 1089 — Entre um homem e a mulher raptada ou retida com intuito de com ela casar, não pode existir matrimônio, a não ser que a mulher, separada do raptor e colocada em lugar seguro e livre, espontaneamente escolha o matrimônio.	Art. 1.550. É anulável o casamento: IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; [...] Art. 1.558. É anulável o casamento em virtude de coação, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares.
Cân. 1090 — § 1. Quem, com intuito de contrair matrimônio com determinada pessoa, tiver causado a morte do cônjuge desta ou do próprio cônjuge, atenta invalidamente tal matrimônio. § 2. Também atentam invalidamente o matrimônio entre si os que por mútua cooperação física ou moral, causaram a morte do cônjuge.	Art. 1.521. Não podem casar: VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.
Cân. 1091 — § 1. Na linha recta de consanguinidade é inválido o matrimônio entre todos os ascendentes e descendentes, tanto legítimos como naturais. § 2. Na linha colateral é inválido o matrimônio até ao quarto grau, inclusive.	Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
Cân. 1092 — A afinidade em linha recta dirime o	II - os afins em linha reta;

matrimónio em qualquer grau.	
Cân. 1094 — Não podem contrair matrimónio válido os que se encontram vinculados por parentesco legal originado na adopção, em linha recta ou no segundo grau da linha colateral.	II - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
Cân. 1095 — São incapazes de contrair matrimónio: 1.º os que carecem do uso suficiente da razão; 2.º os que sofrem de defeito grave de discricção do júizo acerca dos direitos e deveres essenciais do matrimónio, que se devem dar e receber mutuamente; 3.º os que por causas de natureza psíquica não podem assumir as obrigações essenciais do matrimónio.	Art. 1.548. É nulo o casamento contraído: I - pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II - por infringência de impedimento.
Cân. 1097 — § 1. O erro acerca da pessoa torna inválido o matrimónio. § 2. O erro acerca da qualidade da pessoa, ainda que dê causa ao contrato, não torna inválido o matrimónio, a não ser que directa e principalmente se pretenda esta qualidade.	Art. 1.556. O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.
Cân. 1104 — § 1. Para contraírem validamente matrimónio é necessário que os contraentes se encontrem simultaneamente presentes, por si mesmos ou por procurador. § 2. Os nubentes expressem por palavras o consentimento matrimonial; mas se não puderem falar, por sinais equivalentes.	Art. 1.542. O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais.
Cân. 1116 — § 1. Se não for possível, sem grave incómodo, encontrar ou recorrer a um assistente constituído segundo as normas do direito, os que pretendam contrair matrimónio verdadeiro podem contraí-lo lícita e validamente, só perante testemunhas: 1.º em perigo de morte; [...]	Art. 1.540. Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau.
Cân. 1136 — Os pais têm o dever gravíssimo e o direito primário de, na medida das suas forças, darem aos filhos educação tanto física, social e cultural, como moral e religiosa.	*Constituição Federal, Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O estudo dos principais dispositivos brasileiros que regem a entidade familiar, a Constituição Federal e o Código Civil, permite duas principais conclusões: inicialmente, nota-se a falta de um conceito de família, conquanto se percebam diversas diretrizes que esparsamente orientam os limites de como ela deve se formar; segundo, nota-se que referidas diretrizes ainda têm referenciais de família ligados a padrões religiosos, mesmo apesar dos esforços já empenhados tanto pelos legisladores como pelo judiciário em buscar adaptar a proteção do Estado às mais diversas formações familiares encontradas na realidade social.

Entretanto, é possível ressaltar outros instrumentos vinculantes que contém diretrizes tanto mais abrangentes e que melhor recepcionam as mais diversas famílias presente na sociedade brasileira. Cita-se inicialmente o conceito fornecido pela Lei 11.340, de 2006, que em seu artigo 5º, II reconhece a família “compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

3.2.1 Conceitos de família em dispositivos internacionais

Em âmbito internacional, o Brasil encontra-se vinculado a textos produzidos pela Organização das Nações Unidas, os quais não estabelecem delimitações à formação familiar quando tratam do assunto; entretanto são enfáticos ao reconhecer a família como unidade básica de toda sociedade, como, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Repise-se, entretanto, que cada vez mais a Organização reconhece o pluralismo de formas quando da formação de uma família. Em 2005, em reunião do Comitê de Direitos das Crianças foi emitida declaração pelo que revisou a interpretação da Convenção sobre os Direitos da Criança (adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989). Na ocasião, foi colocado que:

“O preâmbulo da Convenção refere-se à família como ‘como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças’. O Comitê reconhece que ‘família’ aqui se refere a uma variedade de arranjos que podem fornecer cuidado, sustento e desenvolvimento de crianças pequenas, incluindo a família nuclear, extensões da família e outra comunidade

baseada arranjos tradicionais ou modernos, desde que estas sejam compatíveis com os direitos e melhores interesses da criança.”²⁰

Em 2011 o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas emitiu relatório para o Secretário Geral, no qual reconhece igualmente que as sociedades têm experimentado rápidas mudanças nas formas, funções e tamanhos das famílias.

3.3 O paradoxo do artigo 1.513 do Código Civil de 2002

Uma análise comparativa e mais detalhista do ordenamento jurídico brasileiro revela de onde são extraídos os valores que, quando aplicado a fatos, geram a norma jurídica no contexto familiar, isto é, valores de cunho religioso, mais especificamente de moral cristã católica e protestante.

Na prática, buscar tutelar a família com base em valores e morais específicos faz com que os legisladores e aplicadores da lei corroborem com intervencionismo excessivo nos modelos familiares encontrados no corpo social, uma vez que tais valores são indiretamente impostos a todos que estarão sob os dispositivos do Código Civil e da Constituição, ainda que professem valores e morais completamente diferentes ou que não professem crença alguma.

Tal intervencionismo opõe-se diretamente à prescrição do artigo 1.513 do Código Civil, que dispõe que “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”. Não obstante, é perceptível como as demais prescrições contidas na letra da lei brasileira direcionam-se em sentido oposto ao do mencionado artigo. Como consequência, aqueles que não se encontram vinculados às religiões cristãs católicas e protestantes têm suas propostas próprias de modelos familiares tolhidos pela legislação vigente.

Dispositivos que limitam as formas e possibilidades de se estabelecer um núcleo familiar segregam da proteção do Estado os grupos que não estão naturalmente inseridos no ordenamento como “família”. Apenas quando lançadas novas jurisprudências que buscam inovar e ampliar a área de proteção do Estado é que se percebe a recepção desses novos tipos de família no campo de tutela do Estado.

²⁰ “The preamble to the Convention refers to the family as “the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all its members and particularly children”. The Committee recognizes that “family” here refers to a variety of arrangements that can provide for young children’s care, nurturance and development, including the nuclear family, the extended family, and other traditional and modern community-based arrangements, provided these are consistent with children’s rights and best interests.”

Quando um modelo familiar afasta-se das previsões legais deixa de gozar direitos (dependência em planos de saúde, direito sucessório, pensão alimentícia, por exemplo), em especial o direito à proteção e ao amparo estatal; é a isso que se refere Maria Berenice Dias, quando expressa que sanções e penas são impostas para quem se afasta do parâmetro legal ou ousa comprometer a estabilidade das relações sociais.

Ao considerar a possibilidade de que certas restrições pudessem ser impostas à família, o legislador redigiu o artigo 1.513 e seu fim foi bem descrito pelo ex-deputado Ricardo Fiuza:

“Proibimos o Estado de intervir na família, salvo para sua proteção e para propiciar recursos educacionais e científicos, a exemplo do planejamento familiar, que será, entretanto, livre decisão do casal, mesmo porque o Estado não tem o direito de tutelar os sentimentos e as relações íntimas dos indivíduos. A abordagem legislativa da família tem que ser clara no estabelecimento de princípios e na definição de institutos e seus conteúdos, sem, contudo, apresentar fórmulas herméticas que desconhecem a dinâmica social. Quando o legislador pretende imiscuir-se nas relações íntimas dos membros da família, corre o risco de ser até obsceno, sem qualquer vantagem de ordem prática. Existe uma barreira ética, para a qual o legislador deve estar atento. Ultrapassá-la pode representar constrangimentos e desagregação do mais importante organismo social.”²¹

Infelizmente, a força de referido texto é mitigada mediante todos os dispositivos legais que vêm a seguir no Código Civil e, igualmente, mediante a Constituição Federal, os quais ainda não foram atualizados com o objetivo de se dissociarem definitivamente de padrões de origem religiosa para tratar da família. O resultado disso é um forte intervencionismo do Estado, ao coibir novas configurações de entidades familiares por meio de um texto legal que reflete os valores e a moral de apenas uma parte da sociedade.

3.4 Estatuto da Família – conclusões sobre o lugar da religião e da não religião no Direito das Famílias

A manutenção dos dispositivos da Constituição Federal e do Código Civil, tais como se encontram atualmente, ajudam a sustentar o Projeto de Lei 6.583/2013, conhecido como Estatuto da Família. Apesar de propor diversas políticas públicas voltadas para as famílias brasileiras, o projeto enfatiza em seu artigo 3º que a família é “o núcleo social formado a

²¹ Deputado Ricardo Fiuza, relator-geral do Projeto de Lei 634, que deu origem ao Código Civil que vigora desde 2003.

partir da união entre um *homem e uma mulher*, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

O relator da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei 6.583/2013, deputado Diogo Garcia, apresenta em seu voto argumentos biológicos para justificar tal restrição (presumindo a procriação como finalidade da família, desconsiderando o instituto da adoção e cerceando o reconhecimento de outras modalidades de família); além disso, afasta o conceito de família das relações de mero afeto, categoria na qual estariam inseridas as uniões homoafetivas (p. 34), razão pela qual entende que tais relações não devem constar do conceito de família proposto.

Ademais, em seu voto, o relator considera abusivas as ações do STF e do CNJ no sentido de reconhecer e autorizar a união e o casamento homoafetivo, pois:

“por artifício técnico abusivo, usurpou o poder do Parlamento, excluiu a sociedade civil da discussão acerca do casamento entre pessoas do mesmo sexo, e autorizou que pessoas do mesmo sexo celebrem casamento. Em flagrante rompimento com a ordem procedimental constitucional, o CNJ praticou um golpe à democracia e à representação majoritária, introduzindo, à revelia da lei, o fim da exigência de sexos diferentes para o casamento.” (p. 39)

Por fim, conquanto o deputado Diogo Garcia seja incisivo ao expor que as justificativas para as proposições do Estatuto da Família não são de base religiosa, observa-se no relatório do voto que, nas audiências públicas realizadas pela Comissão em 2014 e 2015, foram ouvidos os seguintes expositores, entre outros: Pastor Cláudio Duarte, Lenise Garcia, Professora da UnB e membro da Comissão de Bioética da CNBB – Convenção Nacional dos Bispos Brasileiros, Cleusa Vieira Bombonati, Coordenadora Nacional do Ministério para as Famílias da Renovação Carismática Católica no Brasil e Pastor Silas Malafaia, Psicólogo, Presidente da Assembleia de Deus Vitória em Cristo. Tal trecho do voto do relator, além de demonstrar a inserção de argumentos de ordem transcendentais na discussão política e jurídica sobre família, aponta também uma seletividade sobre quais religiões serão representadas pelo texto legal.

Ao tempo em que se considera a secularização, a laicidade do Estado e a necessidade de que as decisões políticas e jurídicas sejam baseadas em argumentos seculares, observa-se que os representantes de grupos religiosos ainda buscam inserir seus valores nos espaços públicos, em sentido oposto da privatização da religiosidade proposta pela modernidade. É hipótese evidente da teoria luhmaniana, em que os códigos de comunicação da religião estão

sendo utilizados para fundamentar decisões no campo jurídico. O principal ruído gerado é a marginalização ou invisibilização de modelos familiares alternativos, que deixam de ser alvo da especial proteção do Estado, uma vez que este seguiria privilegiando o modelo de família originado pelo sacramento do matrimônio, heteroafetivo e monogâmico.

A superação da religião pelo Estado pode ter sido conquistada em muitos campos nos quais atualmente decisões de caráter político que afetam a sociedade como um todo são racionalmente fundamentadas. Isso torna a ação estatal mais impessoal e mais inclusiva. Isso não quer dizer que a religião tenha sido excluída da vida social privada; é comum que no cotidiano cada indivíduo se recorde de suas crenças para tomar suas decisões. Não obstante, no âmbito do Direito das Famílias, a dinâmica tem funcionado em sentido oposto e traços de morais religiosas seguem presentes no ordenamento jurídico brasileiro, fundamentando a exclusão de formações alternativas de família da tutela estatal.

O processo histórico da construção do conceito de família sempre esteve fortemente atrelado ao contexto religioso, razão pela qual se compreende a influência de um contexto em outro, até certo ponto da história ocidental. Entretanto após tantos processos em que se buscou, ao mesmo tempo, garantir o livre exercício de crença e de consciência e, também, que o Estado se mantivesse isento de ideologias de fé, quando de sua atividade legislativa e formulação de políticas públicas, percebe-se que ainda existem avanços a serem discutidos e alcançados a fim de assegurar que os novos modelos de entidades familiares que já existem no corpo social sejam devidamente reconhecidos e recepcionados pela legislação brasileira e não apenas pela inovação jurisprudencial do judiciário brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A experiência religiosa pode ser extremamente enriquecedora para o ser humano e para o grupo social em que se insere. Para além de normas de condutas e costumes, a aderência a um misticismo ou doutrina espiritual pode ensinar práticas ligadas ao autoconhecimento, solidariedade e caridade, respeito, humildade, pacifismo e compaixão, sendo que, quando estas práticas são coletivamente realizadas, é possível gerar ambientes plurais, receptivos e harmônicos.

Em uma sociedade que se entende como democrática, mesmo diante da predominância de determinadas religiões em detrimento de outras no corpo social, é de suma importância que haja espaço para a coexistência de todas, de maneira amigável e respeitosa. Nesse sentido, não se conecta o conceito de democracia à vontade da maioria, mas como propõe Ronald Dworkin (2010, p. 190), é preciso que

“pensemos, porém, em uma definição diferente de democracia: democracia significa autogoverno com a participação de todas as pessoas, que atuam conjuntamente como membros de um empreendimento comum, em posição de igualdade. [...] trata-se de um modo muito mais atraente de entender a força da democracia do que aquele representado pela regra da maioria. A regra da maioria só é democrática quando certas condições prévias – as condições democráticas de igualdade dos membros – são atendidas e mantidas.”

Igualmente relevante que, no cenário atual do ocidente, aqueles Estados que além de se considerarem democráticos, consideram-se laicos, possuam legislações e políticas que permitam o livre exercício de toda e qualquer expressão de fé, inclusive nenhuma.

Feitas essas considerações, ao tempo em que se questiona o contínuo intervencionismo estatal em uma instituição tão privada e particular como a família, por meio de inúmeras prescrições determinadas pela legislação brasileira, questiona-se, especialmente a razão pela qual essas prescrições transmitem valores e morais de cunho visivelmente religioso e que limitam a livre formação e desenvolvimento de núcleos familiares. É incoerente que um Estado considerado laico e a favor de liberdades individuais pautar seus dispositivos legais em argumentos de fundo metafísico, a fim de cercear a livre expressão do afeto entre indivíduos.

É compreensível que, no âmbito privado, a formação de uma família relacione-se com a consciência e com a crença dos indivíduos que participam de sua composição; porém,

na esfera pública, não é aceitável que a consciência e a crença de uma parcela da população sejam impostas por intermédio de instrumentos legais a todo o restante.

No Brasil, a tensão relativa a como a tutela da família é exercida por meio do Estado permanece ativa; por um lado, o judiciário busca colocar o direito à serviço da realidade social, tornando palpável a máxima “*ubi societas, ibi jus*”, uma vez que as leis brasileiras ainda não acompanharam certas mudanças que ocorreram na sociedade. Por outro lado, mesmo em um contexto secular e laico, emergem atores políticos que têm se movido em direção à aprovação de mais um instrumento legal que corrobora com padrões cerrados de família e que refletem visões de mundo específicas. O resultado dessa tensão é que, no campo do Direito das Famílias, a caminhada em direção ao reconhecimento de direitos continua lenta, assim como se mostrou no século passado, quando da vigência por longos períodos de dispositivos heteronormativos, que reiteravam patriarcalismo e outras doutrinas religiosas.

Por fim, observa-se que, paradoxalmente, o meio que deveria prover valores como respeito, alteridade, compaixão e aceitação do próximo visando a construção de espaços plurais e harmônicos tem sido interpretado de maneira a promover a segregação e marginalização do outro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah; LUDZ, Ursula. *O que é política?* 3 ed. Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

De BOTTON, Alain. *Religião para ateus*. Tradução de Vitor Paolozzi. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2011

CAMARA, Victória Albuquerque; JASCKSTET, Paulo Vitor. *Sistemas Jurídicos Comparados: O Conceito de Família e o Arcabouço Religioso*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/40144/sistemas-juridicos-comparados-o-conceito-de-familia-e-o-arcabouco-religioso#ixzz3leZBdJGk>>. Acesso em: 13 set. 2015.

CASANOVA, José. *Public religions in the modern world*. University of Chicago Press, 2011. *Código de Direito Canônico*. Promulgado por S.S. o Papa João Paulo II. 4. ed. Portugal: Editorial Apostolado da Oração, 2007.

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 26/11*. Index: A/HRC/26/L.20/Rev.1, de 25 de julho de 2014. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/26/L.20/Rev.1> . Acesso em: 31 out. 2015.

CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Preparations for and observance of the twentieth anniversary of the International Year of the Family in 2014*. Index: A/67/61–E/2012/3, de 11 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://undesadspd.org/Family/UNReportsandResolutions.aspx>> . Acesso em: 27 nov. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 175*, de 14 de maio de 2013. Entrada em vigor em 16 de maio de 2013.

De COULANGES, Numa-Denys Fustel. *A Cidade Antiga*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DAMATTA, Roberto. Preconceitos, delitos e chacinas. O Estado da Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral/preconceitos--delitos-e-chacinas,1712131>>. Acesso em 06 nov. 2015.

DIAS, Maria Berenice. *A ética na jurisdição de família*. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 68, p. 33-41, jul./set., 2006.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Debora; LIONÇO, Tatiana; CARRIÃO, Vanessa. *Laicidade e ensino religioso no Brasil*. Brasília: UNESCO: LetrasLivres: EdUnB, 2010.

DURKHEIM, Emile. *The Elementary Forms of the Religious Life*. Transl. from the French by Joseph Ward Swain. Free Press, 1968.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: 2010.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1984.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Health Care*. Baltimore. Disponível em: [<https://www.healthcare.gov/>](https://www.healthcare.gov/) Acesso em: 30/06/2015.

_____. *Religious Freedom Restoration Act*. Disponível em: [<https://en.wikipedia.org/wiki/Religious_Freedom_Restoration_Act>](https://en.wikipedia.org/wiki/Religious_Freedom_Restoration_Act) Acesso em: 30/06/2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Fundamentos de história do direito. Antônio Carlos Wolkmer, organizador. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GORSKI, Philip S.. *Historicizing the Secularization Debate: Church, State, and Society in Late Medieval and Early Modern Europe, ca. 1300 to 1700*. American Sociological Review, Vol 65, nº 1, Looking Forward, Looking Back: Continuity and Change at the Turn of the Millenium. (February., 2000). pp. 138-167.

GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. Revisão técnica de Ricardo Marcelo Fonseca. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens – Uma breve história da humanidade*. Trad. Janaína Marcoantonio. 7 ed. Porto Alegre: L&PM, 2015.

HITTINGER, Russell. *Abortion Before Roe*. 1994. Disponível em <<http://www.leaderu.com/ftissues/ft9410/opinion/opinion.html>>. Acesso em 30/06/2015.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de Roberto Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

LACAN, Jacques. *Os complexos familiares*. Tradução de Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

LEGNANI, Viviane Neves. *As Implicações Subjetivas Na Família Contemporânea*. Universidade Federal de Goiás. Disponível em: <https://anaisdosimposio.fe.ufg.br/up/248/o/1.5.__1_.pdf>. Acesso em 1º/11/2015.

LLOSA, Mário Vargas. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Tradução de Ivone Benedetti. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Universidad Iberoamericana, 2005.

MELLO, Paulo Márcio de. *Fé e Lucro*. 2014 Disponível em: <<http://www.monitormercantil.com.br/index.php?pagina=Noticias&Noticia=155188>> Acesso em: 30/06/2015

MODAK-TRURAN, Mark C. *Beyond Theocracy and Secularism (Part I): Toward a New Paradigm for Law and Religion*. Mississippi College Law Review, v. 27, p. 159, 2008.

NASSER, Salem H. *Seria a Sharia a única fonte do Direito nos países árabes?* em Araújo, H. V. (organizadora) *Diálogo América do Sul – Países Árabes* FUNAGIPRI, Brasília, 2005.

NETO, Paulo Restiffe; ALONSO, Félix Ruiz. *A recepção do casamento religioso e o novo Código Civil*. Revista dos Tribunais I, vol. 817. p. 35-49. Nov/2003.

NEVES, Guilherme Pereira das. *A Religião do Império e a Igreja*. In: Grinberg, Keila e Salles, Ricardo (Org.) *O Brasil Imperial*. Volume I 1808-1831. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

OBEID, Rafael Issa. *Os debates em torno do Estado confessional brasileiro do século XIX (1842-1889)*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e novo Código Civil*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 151-176.

QURAIISHI, Asifa. *Interpreting the Qur'na and the Constitution: Similarities in the use of text, tradition, and reason in Islamic and American Jurisprudence*. *Cardozo Law Review*. Vol. 28. p. 67. 2006.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

ROSENVOLD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. Volume 6. 6. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *A Constituição da Primeira República Brasileira*. *Historia Constitucional*, n. 4, p. 336-346, 2003.

SCHMITT, Carl. *Catolicismo romano e forma política*. Tradução de Menelick Carvalho Netto. Manuscrito não publicado. 1998.

SMITH, Huston. *Por que a religião é importante: o destino do espírito humano num tempo de Descrença*. Tradução Euclides L. Calloni. Cleusa M. Wosgrau. São Paulo: Editora Cultrix, 2001.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Sustentações orais no caso *Burwell v. Hobby Lobby*. Disponível em: < <http://sxmdev.com/hobbylobby/the-case/oral-arguments/>>. Acesso em 30/10/2015.

The Hobby Lobby Case. Disponível em: <<http://www.hobbylobbycase.com/>> Acesso em: 08/11/2015.

ZAPOR, Patricia. *Court: Closely held companies can't be required to cover contraceptives*. Catholic Diocese of Dallas, Texas, 30 de junho de 2014. Disponível em: <<https://www.cathdal.org/home/court-closely-held-companies-cant-be-required-to-cover-contraceptives>> Acesso em: 11/06/2015.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. 12 ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2004.

_____. *Política como vocação*. Tradução de Maurício Tragtenberg. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003.

_____. *Religious Rejections of the World and Their Directions*. From Max Weber. Editado e traduzido por H. H. Gerth and C. Wright Mills. Nova Iorque: Oxford Univerisity Press, 1946. p. 323-359.