

FACULDADE UNIDA DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS DAS RELIGIÕES

ANDRESSA AMARAL ELLER SILVA

A INFLUÊNCIA DO DIREITO CANÔNICO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO

Faculdade Unida de Vitória

Certificado pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade Unida de Vitória - 15/08/2019.

VITÓRIA
2019

ANDRESSA AMARAL ELLER SILVA

Certificado pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade Unida de Vitória - 15/08/2019.

**A INFLUÊNCIA DO DIREITO CANÔNICO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO**

Trabalho Final de
Mestrado Profissional
Para obtenção do grau de
Mestra em Ciências das Religiões
Faculdade Unida de Vitória
Programa de Pós-Graduação
Linha de pesquisa: Religião e Esfera Pública

Orientador: Dr. Osvaldo Luiz Ribeiro

Vitória-ES
2019

Silva, Andressa Amaral Eller

A influência do direito canônico no direito de família brasileiro contemporâneo / Andressa Amaral Eller Silva. -- Vitória: UNIDA / Faculdade Unida de Vitória, 2019.

vii, 286 f. ; 31 cm.

Orientador: Osvaldo Luiz Ribeiro

Dissertação (mestrado) – UNIDA / Faculdade Unida de Vitória, 2019.

Referências bibliográficas: f. 259-286

1. Ciência da religião. 2. Religião e esfera pública. 3. Direito canônico. 4. Direito de família brasileiro. 5. Concepção pública da justiça. 6. Religião e direito. 7. Direito e religião. 8. Tolerância. - Tese. I. Andressa Amaral Eller Silva.

II. Faculdade Unida de Vitória, 2019. III. Título.

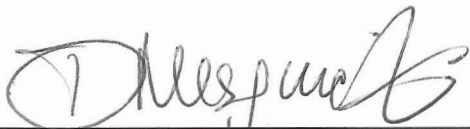
ANDRESSA AMARAL ELLER SILVA

A INFLUÊNCIA DO DIREITO CANÔNICO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO

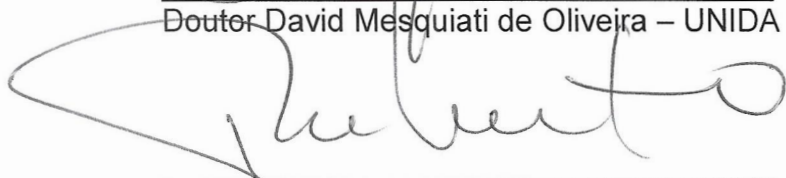
Dissertação para obtenção do grau
de Mestre em Ciências das
Religiões no Programa de Mestrado
Profissional em Ciências das
Religiões da Faculdade Unida de
Vitória.



Doutor Osvaldo Luiz Ribeiro – UNIDA (presidente)



Doutor David Mesquiati de Oliveira – UNIDA



Doutor Francisco Vieira Lima Neto – UFES

RESUMO

Por meio de uma trajetória histórica e legislativa, percebemos que a religião católica, além de ter influenciado a cultura e a política, no Brasil, preencheu um vácuo normativo e principiológico, com relação à formulação do nosso ordenamento jurídico, sendo notável a existência de princípios, valores e aspectos morais provenientes do Direito canônico, tendo sido incorporados pelo Estado, fundamentando a produção de normas, ainda que implicitamente, que permanecem em nosso ordenamento jurídico, na contemporaneidade. Assim, tendo sido originado a partir da religião católica, o Direito de família brasileiro desenvolveu-se paralelamente a esta, sendo que a regulação das relações familiares se fundamenta em diretrizes advindas do Direito canônico, o que justifica o teor do nosso Direito de família, arraigado da moral cristã católica. Diante de tal delimitação, por meio da presente pesquisa, nos propomos a analisar *a influência do Direito canônico no Direito de família brasileiro contemporâneo*, a partir de alguns questionamentos levantados, com a preocupação de apresentar um referencial teórico, que pudesse fundamentar e direcionar as respostas apresentadas, em relação à configuração da esfera pública no Brasil, no contexto apresentado. Partindo-se desse pressuposto, examinamos a tradução e a inclusão dos conteúdos religiosos, ligados ao Direito canônico, na esfera pública do Direito de família, na sociedade brasileira pós-secular, marcada por um persistente pluralismo religioso e multiculturalismo de ideias e convicções, no que se refere ao seu significado, limites, impactos, modalidades e implicações. Além disso, contrapomos a integração política entre os cidadãos católicos e seculares, no contexto do debate público, acerca de questões políticas controversas, referentes às novas formações de famílias existentes, quanto à ampliação, efetivação e respeito aos seus direitos fundamentais, que se chocam com o princípio da liberdade religiosa e visão de mundo das religiões. Por fim, apresentamos uma solução ao déficit de normatização das sociedades pós-seculares, tais como o Brasil, caracterizadas pelo pluralismo das formas de vida. Para tanto, discutimos o *conceito de razão pública*, proposto para responder ao problema da integração política entre cidadãos religiosos e seculares, no contexto da esfera pública, apresentando a proposta de Rawls, do *Proviso*, e, também, a proposta de Habermas, da *tradução cooperativa de conteúdos religiosos*. Além disso, examinamos o conceito da tolerância, como forma de integração social, apresentado por Habermas. Ao final da presente pesquisa, pudemos perceber que, em meio ao contexto dos conflitos advindos da contemporaneidade, as questões a serem levantadas não estão ligadas à presença da religião na esfera pública, sendo que o grande desafio é repensar a religião, com a compreensão de que os valores, os princípios, a cultura e as identidades devem articular-se com a democracia, a pluralidade e os direitos fundamentais, buscando alcançar a justiça, que requer legitimidade para se firmar. Para tanto, é imprescindível que as identidades das pessoas envolvidas sejam confirmadas e renovadas, no debate público, o que fará com que sintam pertencidas à sociedade da qual fazem parte.

Palavras-chave: Direito canônico. Direito de família brasileiro. Religião. Esfera pública. Concepção pública da justiça. Tolerância.

ABSTRACT

Through a historical and legislative trajectory, we perceive that the Catholic religion, in addition to having influenced culture and politics in Brazil, has filled a normative and theoretical vacuum with regard to the formulation of our legal system, being remarkable the existence of principles, values and moral aspects derived from Canon Law, having been incorporated by the State, grounding the production of norms, even implicitly, that remain in our legal order, contemporaneousness. Thus, having originated from the Catholic religion, the Brazilian family law developed parallel to it, and the regulation of family relations is based on guidelines from Canon Law, which justifies the content of our Family Law, rooted in Catholic Christian morality. In view of this delimitation, through this research, we propose to analyze the influence of canon law on contemporary Brazilian family law, based on some questions raised, with the concern of presenting a theoretical reference that could fudar and direct responses presented, in relation to the configuration of the public sphere in Brazil, in the context presented. Based on this assumption, we examine the translation and inclusion of religious contents, linked to canon law, in the public sphere of family law in post-secular Brazilian society, marked by a persistent religious pluralism and multiculturalism of ideas and convictions, in the which refers to its meaning, limits, impacts, modalities and implications. In addition, we oppose the political integration between Catholic and secular citizens, in the context of public debate, on controversial political issues, concerning the new formation of existing families, regarding the expansion, effectiveness and respect for their fundamental rights, which collide with the principle of religious freedom and the world view of religions. Finally, we present a solution to the normative deficit of post-secular societies, such as Brazil, characterized by the pluralism of life forms. To that end, we discuss the concept of public reason, proposed to respond to the problem of political integration between religious and secular citizens, in the context of the public sphere, presenting the proposal of Rawls, Proviso, and also the proposal of Habermas, the translation cooperative of religious contents. In addition, we examine the concept of tolerance, as a form of social integration, presented by Habermas. At the end of the present research, we could perceive that, in the context of conflicts arising from contemporaneity, the issues to be raised are not linked to the presence of religion in the public sphere, and the great challenge is to rethink religion, with the understanding of that values, principles, culture and identities must be articulated with democracy, plurality and fundamental rights, seeking to achieve justice, which requires legitimacy to be established. For this, it is essential that the identities of the people involved be confirmed and renewed in the public debate, which will make them feel belonging to the society of which they are part.

Keywords: Canonical law. Brazilian family law. Religion. Public sphere. Public conception of justice. Tolerance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 A FAMÍLIA NO DIREITO CANÔNICO.....	16
1.1 Conceitos de família.....	16
1.2 Desenvolvimento histórico das modalidades de família.....	27
1.2.1 A família na etapa inicial da formação da humanidade.....	28
1.2.2 A família no Direito romano.....	33
1.2.3 A família no Direito medieval.....	41
1.2.4 A família no Direito moderno.....	49
1.2.5 A família no Direito pós-moderno.....	53
1.3 A família no Direito canônico.....	57
1.3.1 Desenvolvimento histórico da família no Direito Canônico.....	57
1.3.2 Desenvolvimento legislativo da família no Direito canônico.....	64
1.3.3 O Direito canônico no Direito de família brasileiro.....	73
1.4 Conclusões parciais.....	85
2 A FAMÍLIA NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO.....	87
2.1 Desenvolvimento histórico-legislativo do Direito de família no Brasil.....	87
2.1.1 Desenvolvimento histórico do Direito de família no Brasil.....	87
2.1.2 Desenvolvimento legislativo do Direito de família no Brasil.....	90
2.1.2.1 O Direito de família nas Constituições brasileiras.....	91
2.1.2.2 O Direito de família no Código Civil Brasileiro.....	105
2.2 Os novos desafios enfrentados pelo Direito de família brasileiro contemporâneo.....	110
2.2.1 Considerações gerais.....	110
2.2.2 As modalidades de família na contemporaneidade.....	113
2.2.2.1 A família matrimonial.....	113
2.2.2.2 A família formada na união estável.....	123
2.2.2.3 A família monoparental.....	127
2.2.2.4 A formação da família pelo homossexual.....	136
2.2.2.5 A formação da família pelo transexual.....	143
2.2.2.6 A formação da família pelo intersexual.....	148
2.2.2.7 A família simultânea ou paralela.....	150
2.2.2.8 A família poliafetiva.....	151
2.2.2.9 A família parental ou anaparental.....	152

2.2.2.10 A família reconstituída, recomposta ou mosaico	153
2.2.2.11 A família natural, a família extensa ou ampliada e a família substituta.....	154
2.2.2.12 A família eudemonista.....	155
2.3 Os novos paradigmas do Direito de família brasileiro contemporâneo.....	157
2.3.1 Considerações gerais	157
2.3.2 Princípios constitucionais norteadores do Direito de família brasileiro contemporâneo	158
2.4 Conclusões parciais	173
3 A INFLUÊNCIA DO DIREITO CANÔNICO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO	177
3.1 Religião e razão numa sociedade pós-secular	177
3.2 A instituição católica na esfera pública brasileira	184
3.2.1 Conceito de esfera pública	184
3.2.2 A esfera pública no Brasil	187
3.2.3 A instituição católica na esfera pública brasileira.....	188
3.3 A presença católica fundamentada no Direito canônico nos espaços institucionais do Direito de família da esfera pública brasileira.....	193
3.3.1 O significado da presença do Direito canônico no Direito de família brasileiro	194
3.3.2 Os limites da influência do Direito canônico no Direito de família brasileiro	196
3.3.3 Modalidades e impactos da presença do Direito canônico no Direito de família brasileiro	205
3.3.4 Implicações da presença do Direito canônico no Direito de família brasileiro	209
3.3.4.1 Laicidade como contexto institucional.....	209
3.3.4.2 Estado democrático de Direito como contexto institucional.....	215
3.3.5 A regulamentação da relação entre os interlocutores do Direito Canônico e os interlocutores do Direito de família brasileiro.....	217
3.3.5.1 O proviso, em Rawls	218
3.3.5.2 A tradução cooperativa de conteúdos religiosos, em Habermas	226
3.3.5.3 A tolerância, em Habermas	228
3.4 Conclusões parciais	242
CONCLUSÃO.....	246
REFERÊNCIAS	259

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa busca analisar a influência do Direito canônico no Direito de família brasileiro, na contemporaneidade. Não obstante a religião católica faça parte da sociedade brasileira, faz-se necessário questionar a sua influência na construção do Direito de família, sendo que nos propomos a analisar o significado desta influência, os seus limites, as modalidades em que se apresenta, os impactos causados, bem como as suas implicações, a partir da forma como o nosso país 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 existentes. Nesta perspectiva, examinamos, também, a regulamentação desta relação, buscando apresentar algumas propostas, a partir de alguns dos maiores teóricos que tratam do assunto. Para tal análise, foi considerado o contexto institucional, como sendo o Brasil, um Estado democrático de Direito e um país laico; bem como o contexto social, diante da presença católica, por meio do Direito canônico, nos espaços institucionais da esfera pública, considerando-se, especificamente, o Direito da família brasileiro.

Tal pesquisa faz-se necessária, tendo em vista que o problema levantado tem sido vivenciado pelas famílias existentes na sociedade brasileira contemporânea, e não encontra resposta no Direito de família de nosso país, que, influenciado pela religião, tem engessado determinadas estruturas familiares. Portanto, tal debate deve ser levantado, a fim de serem analisadas as possibilidades de integração entre o Direito, a religião e as realidades dessas famílias na esfera pública brasileira. Ao tempo em que se questiona o contínuo intervencionismo estatal em uma instituição 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. Isto porque é incoerente que um Estado, considerado laico e a favor de liberdades individuais, pautar seus dispositivos legais em argumentos de fundo metafísico, cerceando a livre expressão do afeto entre indivíduos.

Vale destacar que 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, já

existentes no corpo social, sejam devidamente reconhecidos e recepcionados pela legislação brasileira, e não apenas pela inovação jurisprudencial do judiciário brasileiro.

E é explícita a importância de tal abordagem para as Ciências das Religiões, tanto em relação às suas implicações práticas, quanto em relação ao seu valor teórico-metodológico. Isto porque auxilia na resolução de problemas práticos existentes e vivenciados pelos diversos tipos de famílias existentes, marginalizadas e vulneráveis, quanto à sua integração social, com diversas implicações transcendentais, no tocante ao cerceamento de liberdades individuais e religiosas. Além disso, percebe-se que a inclusão de valores religiosos, que expressam crenças particulares, no mundo do Direito, traz algumas implicações, corroborando com a segregação e marginalização de famílias que não se enquadram nas prescrições normativas do ordenamento jurídico, além de afastar o Direito do eixo que deve direcionar suas ações na esfera pública, qual seja, o dos interesses da realidade social, que requer o uso da razão. Nesta perspectiva, serão levantados diversos questionamentos, no contexto das sociedades pós-seculares¹, buscando respostas, a partir das principais teorias sociológicas que tratam da relação entre religião e esfera pública. E é por esse motivo que se propõe a presente pesquisa, a fim de que haja um enfrentamento de um tema bastante polêmico, que não deve mais ser evitado, posto que estas minorias de famílias, que se encontram marginalizadas e vulneráveis, necessitam de reconhecimento e regulamentação legal, a fim de que possam ser tutelados os seus direitos, fazendo com que se sintam pertencidas ao grupo social do qual fazem parte, como forma de integração social, considerando-se a democracia² e o Estado laico³, como contexto institucional.

¹ Segundo Casanova, o processo de secularização pode ser entendido por meio de três conotações diferentes: a) pelo declínio de práticas e crenças religiosas nas sociedades modernas; b) pela privatização da religião; e c) pela diferenciação de esferas seculares (estado, economia, ciências, cultura), isto é, a emancipação dessas esferas do domínio das instituições e das normas religiosas, sendo que esta última conotação é a que mais se encontra presente nas teorias sobre secularização. (In: CASANOVA, José. *Public religions in the modern world*. University of Chicago Press, 2011, p. 5-7).

² O conceito de democracia, em Dahl, estaria relacionado à forma de participação popular, bem como à absorção de suas demandas majoritárias, no âmbito governamental, devendo serem observados alguns requisitos, tais como: a) a liberdade de associação e expressão; b) o direito ao voto e possibilidade de competir por apoio; c) o acesso a meios alternativos de informação; d) a elegibilidade para cargos públicos, em eleições livres e justas; e e) instituições capazes de elaborar políticas públicas de acordo com a expressão das preferências manifestadas. (In: DAHL, Robert. *Polyarchy*. Participation and opposition. New Haven and London: Yale University Press, 1971. p. 1-3).

³ Estado laico pode ser entendido como um instrumento jurídico-político para a gestão das liberdades e direitos dos cidadãos, tratando-se de um regime social de convivência, em que as instituições políticas estão legitimadas, principalmente, pela soberania popular. (In: BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. 2008, In: LOREA, Roberto Arruda (org.) *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 25;19).

O percurso metodológico a ser utilizado, quanto à técnica de pesquisa, propriamente dita, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, dado o seu caráter teórico-argumentativo, baseando-se em publicações de renomados juristas, filósofos, antropólogos, sociólogos e demais pesquisadores especializados no assunto, além da pesquisa legislativa e jurisprudencial. Cumpre ressaltar que, havendo citações de alguns autores já falecidos, após a primeira referência de seu nome no texto, foi informado, entre parênteses, o ano de seu nascimento e falecimento.

No primeiro capítulo, tratando-se da família no Direito canônico, inicialmente, será apresentado, no primeiro tópico, o conceito de família, considerando-se o contexto histórico e social, sendo descrito, posteriormente, no segundo tópico, o desenvolvimento histórico das suas modalidades, desde os povos da etapa inicial de formação da humanidade até os povos dos tempos pós-modernos, a fim de que sejam identificados os diferentes modelos que guiam as estruturas familiares, ao longo do tempo, que traz reflexos na formação das leis, tendo sido este tópico subdividido em outros cinco, tratando-se da família na etapa inicial de formação da humanidade, no direito romano, no direito medieval, no direito moderno e no direito pós-moderno. A partir daí, no terceiro tópico, será analisado o desenvolvimento histórico e legislativo da família, especificamente no Direito canônico, tendo sido este tópico dividido em três subtópicos. No primeiro subtópico, tratando-se do desenvolvimento histórico da família no Direito canônico, procuraremos destacar o significativo interesse da igreja católica pelos temas relacionados à família, especialmente referentes ao matrimônio, sendo que o instituto da família foi sendo construído, juridicamente, no Direito canônico. No segundo subtópico, tratando-se do desenvolvimento legislativo da família no Direito canônico, serão relacionados alguns documentos pontifícios, publicados ao longo do tempo, tratando-se do tema, relacionados à posição da igreja católica diante de algumas questões polêmicas, referentes às novas descobertas científicas ou a assuntos que causam clamor social. E, no terceiro e último subtópico, iremos abordar o Direito canônico no Direito de família brasileiro, buscando analisar a influência do Direito canônico, no referido sistema jurídico, na contemporaneidade.

No segundo capítulo, será tratado da família no Direito de família brasileiro contemporâneo, tendo sido, este, dividido em três tópicos. Assim, no primeiro tópico, tratando-se do desenvolvimento histórico-legislativo do Direito de família brasileiro, buscando analisar alguns aspectos da legislação brasileira relacionados à matéria em questão, será apresentado o desenvolvimento histórico da família, no Brasil, no primeiro subtópico, a partir do Brasil Colônia até a contemporaneidade, a fim de serem identificadas as formas de arranjos familiares assumidas em cada período da história do nosso país, que influenciaram na formação de nossas

leis. Posteriormente, após a identificação dos três grandes períodos, no Direito de Família, no Brasil - Direito de família religioso ou Direito canônico (1500-1889); Direito de família laico (1889-1988) e Direito de família igualitário e solidário, (1988 - até os dias atuais), será descrito o seu desenvolvimento legislativo, no segundo subtópico, tendo sido, este, dividido em outros dois subtópicos. No primeiro subtópico, será abordado, inicialmente, o desenvolvimento constitucional do Direito de família no Brasil, em que será analisado o tratamento dado à família, em cada uma das Constituições brasileiras, promulgadas ao longo da história do país, desde 1824 à 1988. Em seguida, no segundo subtópico, trataremos do Direito de família no Código Civil Brasileiro, em que será analisado o tratamento dado à família em cada uma dos Códigos, de 1916, e de 2002. No segundo tópico deste capítulo, serão identificados os novos desafios do Direito de família brasileiro contemporâneo, próprios de cada uma das modalidades de famílias, que vêm se descortinando, e convivem simultaneamente, na contemporaneidade, tendo sido dividido em dois subtópicos, sendo que, no primeiro, iremos apresentar algumas considerações gerais, tratando-se da matéria, e, no segundo, apresentaremos as modalidades de famílias identificadas na contemporaneidade, tendo sido dividido em outros doze subtópicos, relacionando e descrevendo as famílias reconhecidas legalmente em nosso ordenamento jurídico, dentre elas, a família matrimonial, a família formada na união estável, a família monoparental e a formação da família pelo homossexual, além das novas modalidades de famílias, formadas pelo transexual e pelo intersexual, pela família simultânea ou paralela, pela família poliafetiva, pela família parental ou anaparental, pela família reconstituída, recomposta ou mosaico, pela família natural, extensa ou ampliada e pela família substituta, além da família eudemonista. A partir da descrição de cada uma destas famílias, iremos apresentar os seus desafios, e o modo como o Brasil regulamenta os seus direitos, trazendo o tratamento dado à matéria em alguns países do mundo, buscando uma visão panorâmica do assunto a nível mundial, a fim de verificarmos a adequação e pertinência de nossas leis. Ao final, no terceiro e último tópico deste capítulo, apresentaremos os novos paradigmas do Direito de família brasileiro contemporâneo, a que estão subordinadas a interpretação de suas leis, servindo de controle e limitação à infiltração da ideologia do juiz em suas decisões, além de terem propiciado o reconhecimento das novas modalidades de famílias existentes, até então, segregadas pela influência religiosa.

No terceiro e último capítulo, nos propomos a analisar a influência do Direito canônico no Direito de família brasileiro contemporâneo, tendo sido, este, dividido em três tópicos. No primeiro tópico, trataremos da religião e da razão numa sociedade pós-secular, buscando descrever o percurso de interação entre estes dois sistemas, desde as primeiras sociedades da

formação da humanidade. No segundo tópico, abordaremos a instituição católica na esfera pública brasileira, apresentando, no primeiro subtópico, o conceito de esfera pública⁴, a partir de Habermas, e seus críticos, Fraser, Young, Benhabib e McCarthy. A partir daí, aprofundaremos o debate que versa sobre a construção de esferas públicas em sociedades de terceiro mundo, como a brasileira, levando-se em conta o seu diversificado e complexo contexto sócio-cultural, marcada por grandes diferenças e desigualdades sociais, abordando, no segundo subtópico, a esfera pública no Brasil. Neste subtópico, apresentaremos algumas correções ao modelo original, de Habermas, sugeridas por Costa e Avritzer, além de Pinto, viabilizando a construção de uma análise contextual, nos termos propostos. A partir de então, nos propomos a identificar seus usos e suas implicações na democracia brasileira contemporânea, sendo abordada a instituição católica na esfera pública brasileira, no terceiro subtópico. No terceiro e último tópico, nos propomos a analisar a presença católica fundamentada no Direito canônico nos espaços institucionais do Direito de família da esfera pública brasileira, tendo sido dividido, este tópico, em outros cinco subtópicos. No primeiro subtópico, trataremos do significado da presença do Direito canônico no Direito de família brasileiro, buscando identificar o seu papel e o lugar que ocupa na esfera pública brasileira, a partir de conceitos apresentados por Habermas e algumas considerações de Zabatiero. No segundo subtópico, discutiremos sobre os limites da influência do Direito canônico no Direito de família brasileiro, também, a partir dos conceitos de Habermas, com a visão crítica de Zabatiero, buscando aplicá-lo no contexto brasileiro. No terceiro subtópico, iremos descrever as modalidades e impactos da presença do Direito canônico no Direito de família brasileiro, buscando identificar os grupos inseridos na configuração da esfera pública brasileira, e as suas demandas, relacionadas à efetivação de alguns direitos sexuais e reprodutivos. No quarto subtópico, trataremos, especificamente, das implicações da presença do Direito canônico no Direito de família brasileiro, diante da necessidade da manutenção dos paradigmas religiosos na sociedade contemporânea, num contexto institucional de laicidade e Estado democrático. E, no quinto e último subtópico, analisaremos a regulamentação da relação entre os interlocutores do Direito Canônico e os

⁴ “A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos (...). Por isso quando abrange questões politicamente relevantes, ela deixa ao cargo do sistema político a elaboração especializada. A esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicacional do agir comunicativo orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana.” (In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b, p. 92 (1992).

interlocutores do Direito de família brasileiro. Para tanto, iremos apresentar, examinar, comparar e interpretar as posições assumidas por dois grandes teóricos da área, Rawls e Habermas, a respeito da tradução e inclusão de conteúdos religiosos, na esfera pública política das sociedades pós-seculares, marcadas por um persistente pluralismo religioso. Assim, discutiremos o conceito de razão pública, proposto para responder ao problema da integração política entre cidadãos religiosos e seculares, no contexto da esfera pública, apresentando a proposta de Rawls, do Proviso⁵, e, também, a proposta de Habermas, da *tradução cooperativa de conteúdos religiosos*⁶, seguidas de algumas críticas e comentários. Também examinaremos o conceito da tolerância, como forma de integração social, apresentando a teoria habermasiana. Posteriormente, traremos à discussão, algumas questões, não tratadas por Habermas no debate sobre a tolerância, apontadas por Forst e Lafont. Partindo-se desse pressuposto, levantaremos alguns questionamentos quanto à aplicação de tais conceitos, seja como virtude política (Habermas), seja como virtude da justiça (Forst), em face do preconceito e discriminação dirigidos a essas minorias de famílias existentes, marginalizadas e vulneráveis, que lutam pelo reconhecimento de direitos culturais e pela igualdade de cidadania.

Dessa forma, por meio desta pesquisa, buscaremos apresentar algumas proposições sobre a relação entre religião e esfera pública política, extraídas da análise histórica e legislativa realizada, utilizando como referencial teórico, dois dos mais importantes intelectuais contemporâneos, o sociólogo alemão, Jürgen Habermas⁷, quanto ao estudo da democracia, por meio da teoria do agir comunicativo, da política deliberativa e da esfera pública e o filósofo político norte-americano, John Rawls (1921-2002)⁸, por meio da teoria da justiça.

Na oportunidade, cumpre ressaltar que, por meio da teoria da ação comunicativa, Habermas propõe uma orientação para o entendimento mútuo, por meio do diálogo, como

⁵ Conforme Rawls, proviso pode ser definido como a tradução de razões não públicas para razões públicas, (In:) O Proviso determina a tradução das razões não-públicas (não-políticas) das doutrinas abrangentes razoáveis religiosas ou não-religiosas em razões públicas (políticas), no caso de cidadãos crentes introduzirem argumentos de origem religiosa na esfera pública política, sendo que “(...) o compromisso com a democracia constitucional é manifesto publicamente”. (In: RAWLS, John. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 202; RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000, p. 200-201).

⁶ A partir do “institutional translation proviso”, Habermas afirma que os cidadãos religiosos “(...) podem manifestar-se numa linguagem religiosa apenas sob a condição do reconhecimento da ‘ressalva de uma tradução institucional’, eles podem, apoiados na confiabilidade das traduções cooperativas de seus concidadãos, entender-se como participantes do processo de legislação, mesmo que os argumentos decisivos nesse processo sejam seculares” (In: HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007b (2005), p. 148).

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c (2001); HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. *Dialética da secularização: sobre razão e religião*. 3. ed. São Paulo: Ideias e Letras, 2007; HABERMAS, 2007b (2005); HABERMAS, Jürgen. *Fé e saber*. São Paulo: Unesp, 2013 (2001).

⁸ RAWLS, 2000; RAWLS, 2004.

facilitador da coordenação das ações, em que os indivíduos procurariam harmonizar os seus interesses e planos de ação através de um processo de discussão, buscando um consenso, que servirá de base para a defesa da democracia no cenário político. De acordo com referida teoria, o desenvolvimento das estruturas normativas do mundo da vida requer a ampliação do recurso à racionalidade comunicativa, enquanto mecanismo de coordenação, legitimidade e justificação da ação social, que ocorre nos diferentes níveis estruturantes da vida (cultura, sociedade e personalidade), constituindo um exemplo de processos de aprendizagem.⁹ Com a formulação da teoria da democracia deliberativa, Habermas elabora uma análise política da democracia e do Estado de direito, defendendo uma concepção kantiana de democracia deliberativa, em que os princípios e a estrutura básica da sociedade deveriam ser definidos pelos indivíduos, através de um processo democrático, aberto ao diálogo e ao entendimento.¹⁰ Já a esfera pública habermasiana pode ser entendida como um espaço social reconhecido, em que se apresentam a livre circulação de informações, posições, opiniões, questões e argumentos, com a possibilidade de serem identificados os problemas da sociedade, despertando a atenção de parlamentares, que poderiam orientar as decisões. Isto porque, segundo o mesmo autor, neste espaço social, a ação comunicativa se formaria, a partir de interações, envolvendo a comunicação e o consenso, formando-se a opinião e a vontade coletiva discursivamente.¹¹ Nesse sentido, entende que as leis surgidas a partir de tal processo, envolvendo um debate entre os cidadãos interessados, em situação de igualdade de oportunidade e direitos, seriam democraticamente legítimas, por estar sendo considerada a soberania popular e o respeito aos direitos fundamentais.¹² Partindo-se desse pressuposto, entende que o direito é entendido como um instrumento que viabiliza a produção institucionalizada da justiça, por meio do discurso, o que requer legitimidade para que seja consolidado, sendo necessário que seja fonte de justiça.¹³

Já a teoria da justiça, de Rawls, destaca-se na filosofia política contemporânea, havendo muitas críticas, comentários, aperfeiçoamentos e/ou desdobramentos referentes à mesma. Assim, diante da fragmentação e da diversidade de visões de mundo, Rawls defende a necessidade de um “consenso sobreposto”, em torno de uma concepção pública de justiça compartilhada pela comunidade social, através de um acordo normativo, constituindo a base da

⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. v. 2. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 263.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a, p. 145; HABERMAS, 2003b, p. 9 e ss.

¹¹ HABERMAS, 2003b, p. 92.

¹² HABERMAS, 2003b.

¹³ HABERMAS, 2003a, p. 184.

unidade social numa democracia constitucional. A busca deste consenso exige dos cidadãos o uso da razão pública, buscando alcançar um entendimento em torno dos dissensos resultantes da pluralidade de doutrinas abrangentes, na esfera pública. Dessa forma, a teoria rawlsiana busca justificar uma concepção independente ou autônoma da justiça política em sociedades pluralistas.¹⁴ Ressalte-se que a proposta filosófica de Rawls aproxima-se da teoria da democracia deliberativa, defendida por Habermas.

Dessa forma, buscaremos aplicar tais teorias sociais na pesquisa proposta, acreditando que possam contribuir com a construção de respostas às questões levantadas, servindo de fundamento para a integração social entre estes dois institutos, Direito de família e Direito canônico, no contexto da esfera pública brasileira. Para tanto, deve ser considerado o fato de que a integração social associa-se ao problema da razoabilidade e racionalidade dos custos sociais assumidos, individualmente, pelos cidadãos religiosos e seculares, e, coletivamente, pelas comunidades políticas, estando relacionada ao processo de estabilização da sociedade, através das instituições sociais, embora o dissenso seja uma característica dos regimes democráticos liberais, marcados pelo pluralismo e multiculturalismo de ideias e convicções. No entanto, convém ressaltar que o dissenso não tem se restringido apenas ao nível da formação da opinião pública e da vontade popular, típico da democracia liberal, destacando-se, também, o dissenso quanto ao papel da religião na esfera pública das sociedades pós-seculares¹⁵, cuja presença e persistência representa um desafio para o Direito, a Filosofia e a Sociologia.

¹⁴ RAWLS, 2000, p. 265-268.

¹⁵ Mesmo tendo vivenciado o processo de modernização social e cultural, as sociedades pós-seculares são caracterizadas pela persistente presença da religião, decorrente da ideia de verbalização do sagrado, tendo sido conservado o aspecto motivacional dos seus conteúdos religiosos, contribuindo para a manutenção da integração social, alcançada não apenas através da dimensão normativa do Estado constitucional democrático de direito liberal.

1 A FAMÍLIA NO DIREITO CANÔNICO

No presente capítulo, iremos tratar da *família, especificamente, no Direito canônico*. Para tanto, inicialmente, iremos expor os *conceitos de família*, no primeiro subtópico, a partir de uma visão pluralista. Em seguida, será apresentado o *desenvolvimento histórico das modalidades de família*, no segundo subtópico, desde os povos da etapa inicial de formação da humanidade até os povos dos tempos pós-modernos, a fim de que possam ser identificados os diferentes modelos que guiam as estruturas familiares. A partir de então, trataremos da *família, especificamente, no Direito canônico*, no terceiro subtópico, sendo este dividido em outros três subtópicos. No primeiro subtópico, trataremos do *desenvolvimento histórico*, destacando-se o significativo interesse da igreja católica por temas relacionados à família, e, no segundo subtópico, abordaremos *o seu desenvolvimento legislativo*, sendo relacionados os documentos pontifícios publicados, ao longo do tempo, tratando-se do tema. Ao final, no terceiro e último subtópico, propomos uma visão do *Direito canônico sobre o Direito de família brasileiro*, a fim de ser constatada a sua influência no referido sistema jurídico.

1.1 Conceitos de família

O termo “família” não possui um único entendimento, considerando-se a sua grande abrangência, com influências religiosas, interferências morais, legais e relacionadas à tradição local. Assim, Farias e Rosenvald afirmam que “a família é o fenômeno humano em que funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la senão à luz da *interdisciplinaridade*, máxime na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (porque não?) globalizadas”¹⁶. Neste mesmo sentido, Bilac defende a necessidade de uma “abordagem da família que dê conta da complexidade desse objeto, em nossos dias”, a partir de “uma *construção interdisciplinar*”, dada a complexidade natural do tema.¹⁷

Insta salientar que as estruturas familiares são orientadas por diferentes modelos, que variam nas perspectivas espaço-temporais, com a pretensão de atender às expectativas da própria sociedade e às necessidades da própria humanidade. Assim, a família traz consigo uma dimensão biológica, espiritual e social, tornando-se necessária a sua compreensão a partir de

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodvim, 2016, p. 33.

¹⁷ BILAC, Elisabete Dória. Família: algumas inquietações. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (Org.). *A família contemporânea em debate*. São Paulo: EDUC/Cortez, 2003, p. 29-38.

uma feição ampla, considerando suas idiossincrasias e peculiaridades, o que exige a participação de diferentes ramos do conhecimento, tais como a Sociologia, a Psicologia, a Antropologia, a Filosofia, a Teologia, a Biologia, bem como a Ciência do Direito, conforme entendimento de Farias e Rosenvald.¹⁸ Ocorre que, segundo estes mesmos autores, não existe identidade na conceituação de família para a Antropologia, a Sociologia e o Direito, havendo uma liquidez em seu conceito, coexistindo diversos significados diferentes.¹⁹ Nessa perspectiva, o conceito de família será apresentado, com referência aos estudos sociológicos e antropológicos, contrapondo-se aos estudos jurídicos de renomados doutrinadores nacionais, considerando-se o enfoque da abordagem.

Etimologicamente, a expressão família vem da língua dos oscos (povo do norte da península italiana), *famel* (da raiz latina *famul*), com o significado de servo ou conjunto de escravos permanentes ao mesmo patrão.²⁰ Entretanto, essa origem terminológica não representa a concepção atual de família, servindo, apenas, para evidenciar a ideia de agrupamento. Isto porque, em sua origem, a família não tinha um significado idealístico, tendo assumido apenas uma conotação patrimonial, referindo-se à propriedade e aos escravos a ela vinculados.

No entanto, ao longo dos anos, o conceito de família mudou de forma significativa, sendo que, atualmente, assume uma concepção múltipla, plural, podendo referir-se a um ou mais indivíduos, vinculados por traços biológicos ou sociopsicoafetivos, com a intenção de estabelecer o desenvolvimento da personalidade de cada um, de forma ética.²¹ Dessa forma, abandona um caráter natural, assumindo um caráter relacionado a fenômenos culturais. Nesse sentido, o conceito de família vem sendo definido, estando relacionado ao momento histórico e cultural em que esta se encontra inserida, constantemente passando por mudanças, avanços e retrocessos, conservando-se, alternando-se e reinventando-se. Assim considerada, ora se amplia, ora se restringe, em cada país, e, em cada época. E, tal fato ocorre, na medida em que se é buscada a recepção do ser humano, no contexto em que vive, considerando-se suas necessidades, suas possibilidades, sua personalidade, seus valores, suas potencialidades, em face da sua dignidade intrínseca, visando o alcance da felicidade e do bem-estar social.²²

¹⁸ FARIAS; ROSENVALD. 2016, p. 34.

¹⁹ FARIAS; ROSENVALD. 2016, p. 34.

²⁰ FARIAS; ROSENVALD. 2016, p. 39.

²¹ FARIAS; ROSENVALD. 2016, p. 39.

²² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010. 347 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2CcpsMm>>. Acesso em: 18 jul. 2017, p. 11.

Sob a ótica da Sociologia, há posicionamentos como o do político e historiador francês do século XIX, Toqueville²³ (1805-1859); do filósofo francês, Comte²⁴ (1798-1857); do jurista e economista alemão do século XIX, Weber²⁵ (1864-1920) e do sociólogo, antropólogo, cientista político, psicólogo e filósofo francês do século XIX, Durkheim²⁶ (1858-1917), que definem a família como uma instituição mediadora entre indivíduo e sociedade.

Registre-se que o estudo sobre a família não é algo recente ou novo. O historiador e medievalista francês do século XX, Philippe Ariès (1917-1984), realizou um estudo iconográfico de imagens dos séculos XIV, XV e XVI²⁷; e o teórcio alemão, Friedrich Engels²⁸ (1820-1895), durante os séculos XIX e XX, resgatou os estudos do antropólogo, etnólogo e escritor norte-americano, Lewis-Morgan²⁹ (1818-1881), sobre a relação de parentalidade, consanguinidade e família. Assim, Morgan tem o entendimento de que a família é um elemento ativo, sendo passível de modificações, afirmando que: “A família é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais alto para outro mais elevado”³⁰. Neste contexto, a concepção de família é apresentada como um componente social ativo, em constante mudança, de construção e constituição histórica. Já em sua análise dos processos de mudanças da família, Engels investiga as transformações da propriedade, da herança e da partilha dos bens, identificando quatro grandes “estágios”, em que apresenta as transformações sociais e as diferenciações das uniões conjugais, que marcam transformações morais no processo de

²³ TOCQUEVILLE, A. de. De la Démocratie en Amérique. Tomo I, 2 vols. In: J-P. Mayer (dir.). *Oeuvres Complètes*. Paris: Gallimard, 1951. TOCQUEVILLE, A. de. *A democracia na América*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁴ COMTE, A. *Système de politique positive ou traité de sociologie instituant la religion de l'humanité*, v. 4. 3. ed. Paris: Larousse, 1890.

²⁵ WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Rio de Janeiro: LTC, 2002.

²⁶ DURKHEIM, Émile. *Remarque sur la méthode en sociologie*. 1908. Les Documents du Progrès, 2: 131-134. (Reproduzido em IDEM. 1975a: 58-61). DURKHEIM, Émile. *Textes*: 1. Éléments d'une théorie sociale. Présentation de Victor Karady. Paris: Les Éditions de Minuit, 1975a. DURKHEIM, Émile. *Textes*: 2. Religion, morale, anomie. Présentation de Victor Karady. Paris: Les Éditions de Minuit, 1975b. DURKHEIM, Émile. *Textes*: 3. Fonctions sociales et institutions. Présentation de Victor Karady. Paris: Les Éditions de Minuit, 1975c. DURKHEIM, Émile. Introduction à la sociologie de la famille. In: *Textes*: 3. Fonctions sociales et institutions, Présentation de Victor Karady. Paris: Les Éditions de Minuit, 1975d. DURKHEIM, Émile. La famille conjugale. In: *Textes*: 3. Fonctions sociales et institutions, Présentation de Victor Karady. Paris: Les Éditions de Minuit, 1975e.

²⁷ ARIÈS, P. *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, Paris: Seuil, 1973. ARIÈS, P. *História Social da Criança e da Família*. 2. ed. Tradução de Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

²⁸ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002.

²⁹ MORGAN, Lewis Henry. *Systems of consanguinity and affinity of the human family*. University of Nebraska Press, 1997.

³⁰ MORGAN, Lewis Henry, *apud* ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002, p. 34-35.

afirmação e de reconhecimento da paternidade na procriação. E, resgatando os estudos de Morgan, afirma que a família é uma categoria ativa que permanece em constante mudança, determinada pela ordem econômica.³¹

Já, no século XX, destaca-se o antropólogo italiano, Canevacci, que identifica os aspectos culturais como superiores aos naturais, considerando os princípios de afinidade e de solidariedade humana superiores à naturalização e ao processo de dependência pela filiação. Nesse sentido, afirma que:

A família não é tanto um microssistema a ser relacionado com um macrosistema social, como boa parte da literatura sociológica tende a mostrar, mas sim a estrutura que – mais do que qualquer outra – contém em si a esfera da cultura e a esfera da natureza.³²

Para o antropólogo e filósofo belga do século XX, Lévi-Strauss (1908 - 2009), a vida em família é algo natural, em todas as sociedades, sendo, esta, uma instituição baseada em um matrimônio monogâmico, principalmente, nas sociedades ocidentais, e:

Para a ideia de que a família, constituída por uma união mais ou menos duradoura e socialmente aprovada de um homem, uma mulher e os filhos(as) de ambos, é um fenômeno universal que se encontra presente em todos e em cada um dos tipos de sociedade.³³

Também os estudos do sociólogo francês do século XXI, Singly, em que subordina os laços da parentalidade aos laços da afetividade. Para este sociólogo, a família contemporânea é fruto de condições relacionais, mais do que de dependência, em que:

A família contemporânea tem uma história; ela se constitui progressivamente como um espaço “privado” onde os membros da família têm um interesse maior em estar juntos, em compartilhar a intimidade, estando cada vez mais sensíveis à qualidade de suas relações. Essa separação progressiva do espaço público e do espaço privado ocorre ao mesmo tempo que se observa o crescimento do peso do fator afetivo na regulação das relações intrafamiliares.³⁴

³¹ ENGELS, 2002, p. 22-56.

³² CANEVACCI, Massimo. (Intr. e Org.). *Dialética da família gênese, estrutura e dinâmica de uma instituição repressiva por:* Engels, Freud, Reich, Marcuse, Fromm, Lévi-Strauss, Adorno, Horkheimer, Habermans, Laing e outros. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 29.

³³ LÉVI-STRAUSS, Claude. La famille. In: LÉVI-STRAUSS, Claude. *Textes de et sur Claude Lévi-Strauss*. Gallimard, 1979, p. 9. (Tradução própria).

³⁴ SINGLY, François de. *Sociologia da família contemporânea*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 31.

No contraponto do posicionamento de Singly, a etnóloga e socióloga francesa do século XXI, Segalen, que não entende a família como laços de afinidades, e considera que “as novas famílias” sofrem “interferências dos vínculos de parentalidade e de filiação”³⁵.

Já a distinção apresentada pela socióloga e filósofa italiana da contemporaneidade, Saraceno, bem como pela socióloga italiana da contemporaneidade, Naldini, vai ao encontro da definição de Strauss, que apresenta o início de uma família, a partir do casamento ou da união de duas pessoas e seus filhos. Para estas sociólogas italianas, não há razão para uma definição unívoca de família, não há como justificar todo e qualquer tipo de convivência como uma família. Portanto, família, ou o termo:

Não se trata apenas, é claro, de uma impressão terminológica, mas antes de um eficaz indicador, da complexidade de relações e dimensões que o espaço da família implica: vínculos e limites diversificados que os articulam, que requerem ser definidos e individualizados, mas também tematizados nas suas interdependências.³⁶

Saraceno e Naldini afirmam, ainda, que a diversidade dos modos de apresentação da família tem, no mínimo, duas causas: uma, decorrente de diferenças “culturais e de valores” e a outra, a partir de níveis de discurso, não podendo prevalecer apenas um discurso sobre o que é família, considerando-se que haverá diferenças e completudes. Para estas autoras, a família é, paradoxalmente, um espaço de diferenças e de encontros, sendo que os estudos antropológicos, iconográficos e históricos são coerentes à afirmação de que “a história humana apresenta um quase inesgotável repertório de modos de organizar e atribuir significado à geração e à sexualidade, à aliança entre grupos e àquela entre indivíduos de construir, precisamente, famílias”.³⁷

Por fim, afirmam que as modificações no grupo familiar são resultantes das suas colocações no tempo, no espaço geográfico e nas relações sociais, sendo possível, considerando-se que: “a família não é um simples terminal passivo da mudança social, mas um dos agentes sociais que contribuem para definir as formas e os sentidos da própria mudança social, ainda que, com diferentes graus de liberdade, conforme as circunstâncias”³⁸. Nesse sentido, entendem que a família é um grupo socialmente construído, que sofre toda e qualquer influência das relações sociais, considerando-se a sociedade a que pertence.

³⁵ SEGALIN, Martine. *Le nouvel esprit de famille*. (avec Nicole Lapierre et Claudine Attias-Donfut), Paris: Odile Jacob, 2002, p. 63.

³⁶ SARACENO, Chiara; NALDINI, Manuela. *Sociologia da família*. Tradução Isabel Teresa dos Santos. 2. ed. Lisboa: Editora Estampa, 2003, p. 17.

³⁷ SARACENO; NALDINI. 2003, p. 20.

³⁸ SARACENO; NALDINI. 2003, p. 21.

No entanto, além disso, podemos identificar uma orientação e influência religiosa-cristã nos indivíduos, que provoca interferências sobre os costumes e vivências da família.

E, como mencionado anteriormente, a religião cristã exerce uma forte influência histórica e cultural na constituição, nos costumes e no cotidiano das famílias, nos países ocidentais. Percebe-se a significativa influência exercida pelo catolicismo do século XIX sobre o modelo e comportamento da família, inspirada na família monogâmica de Cristo, por meio da divulgação de quadros religiosos, tais como os quadros da “Sagrada Família”; os que representam a imagem da mulher como a da doce mãe, “A virgem”, cuidando do seu filho, e do pai, “São José”, transmitindo o seu ofício de marceneiro ao seu filho, Cristo, dentre outras obras.

Ademais, nos anos de 1927 a 1950, a igreja católica publicou vários Códigos de Condutas, reflexos das encíclicas “*Rerum novarum*”³⁹ e “*Quadragesimo anno*”⁴⁰, como o Código Social (1927), o Código de Malinas⁴¹ (1937), o Código da Família (1951). Cumpre ressaltar que, todos estes códigos foram publicados, no Brasil, pela editora Vozes, em 1954, em forma de coletânea, sob o título “Código Social Esboço da Doutrina Social Católica Nova Síntese”. É importante destacar que, especificamente, no Código Social, Seção II, a igreja apresenta uma definição de família, dando-lhe garantia da sua sobrevivência e manutenção, afirmando, ao final, que a mesma inexistente para o Estado. Assim, tem-se que:

A família constitui a célula natural e primária da sociedade, e recebe do próprio Deus, anteriormente a toda determinação da lei positiva, direitos inalienáveis. A família não existe para o Estado, mas sem embargo, não é independente de modo absoluto.⁴²

³⁹ A Carta Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, publicada em 15 de maio de 1891 apresenta a condição dos operários no século XIX, assim uma das responsabilidades da igreja: “dedicar-se a instruir e educar os seus princípios e a doutrina, cujas águas vivificantes elas têm o cuidado de espalhar (...) buscar a felicidade das classes deserdadas pela fundação e sustentação das instituições que ela julga próprio para aliviar sua miséria. (In: VATICANO. *Rerum Novarum*, de 15 de maio de 1891. Disponível em: <<http://bit.ly/2KBJsNU>>. Acesso em: 07 abr. 2019, p. 29.).

⁴⁰ Documento da igreja católica em comemoração aos 40 anos da *Rerum Novarum*, intitulada como Carta Encíclica “*Quadragesimo Anno*”, escrita pelo Papa Leão XI, publicada em 15 de maio de 1931, que discorre sobre a restauração e aperfeiçoamento da ordem social em conformidade com a Lei Evangélica no XL aniversário da Encíclica de Leão XIII, assim: (...) as riquezas adquiridas devem se acumular com medida equitativa nas mãos dos ricos, e se distribuam com bastante profusão entre os operários, não certamente para fazê-los renunciar ao trabalho, porque o homem nasce para o trabalho, assim como a ave nasce para viver. (In: VATICANO. *Quadragesimo Anno*, de 15 de maio de 1931. Disponível em: <<http://bit.ly/2KCwPC3>>. Acesso em: 07 abr. 2019, p. 6).

⁴¹ O Código de Malinas foi resultado do princípio Cristiano da Justiça Social da Igreja Católica.

⁴² UNIÃO INTERNACIONAL DE ESTUDOS SOCIAIS. *Código social esboços da doutrina social católica nova síntese*. Rio de Janeiro/São Paulo: Vozes, 1954, p. 101.

Nesse diapasão, a igreja católica assume a responsabilidade em auxiliar as famílias, estabelecendo uma interdependência de sobrevivência, assim como fez com a encíclica “*Rerum novarum*”, no século XIX, e com o “*Quadragesimo anno*”, no século XX, em que assume a responsabilidade quanto à “Questão Social”. Ora, o Código Familiar reforça o sacramento do matrimônio, estabelecendo o início de toda família a partir do contrato e consagração do casamento, este resultante da união entre um homem e uma mulher, que tem como consumação a procriação dos filhos. Além disso, este mesmo Código traz o entendimento de que: “A família tem dois fins: um, objetivo e primordial: a propagação e educação da espécie humana; outro, subjetivo: a intimidade do grupo e a expansão pessoal dos seus membros”⁴³. Assim, a igreja católica, no intuito de manter a ordem social e legitimar o seu poder frente às famílias, transfere a estas uma sacralidade maior que a do Estado, conforme disposto no Código Familiar: “A família é mais sagrada do que o Estado”⁴⁴. Ainda, considerando-se a doutrina cristã, num contexto de organização social e de responsabilidades familiares, tem-se a identificação da família tipo e suas formas imperfeitas:

A família tipo é a família que corresponde às exigências mais extremadas da pessoa humana envolvida no amor. Finalmente, as exigências mais essenciais do amor são a monogamia e a indissolubilidade. (...) existem diversas formas imperfeitas de família, as quais só imperfeitamente correspondem aos desejos da natureza. O ideal delas permanece falho.⁴⁵

Dessa forma, o catolicismo impõe à sociedade um modelo de família a ser aceito: a família tipo. E, considerando-se a aceitação da religião, na vida de todos os indivíduos, e em todas as classes sociais, a família, considerada sagrada aos olhos da igreja, passa a ser um grande instrumento para a manutenção da ordem na sociedade. Segundo Pereira, “os monumentos mais significativos da vida dos povos dedicam seu interesse à família como organismo”⁴⁶. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, alude particularmente ao direito de “fundar uma família”, embora, sem quaisquer restrições étnicas ou religiosas, estabelecendo em seu art. XVI. 3, que: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”⁴⁷. Ademais, a Convenção Internacional sobre os Direitos

⁴³ UNIÃO INTERNACIONAL DE ESTUDOS SOCIAIS. 1954, p. 17.

⁴⁴ UNIÃO INTERNACIONAL DE ESTUDOS SOCIAIS. 1954, p. 12.

⁴⁵ UNIÃO INTERNACIONAL DE ESTUDOS SOCIAIS. 1954, p. 18.

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 5. 25. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 17.

⁴⁷ NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<http://bit.ly/2wJHS4l>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

da Criança, de 1989, em seu Preâmbulo, identificou a família 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”, indicando a prioridade para “receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade”⁴⁸. E é, nesta ótica, que a família passa a ser reconhecida como um instrumento para a manutenção da ordem na sociedade.

Durante o século XIX e XX, esta foi a cultura que recepcionou a formação da família, mediante a confirmação e a realização do casamento, a partir da união entre um homem e uma mulher, sendo que, para a sua consolidação, deveriam vir os filhos, frutos dessa união. No entanto, a influência religiosa cristã, advinda do Direito Canônico, não se dissolveu na sociedade do século XIX e XX, tendo mantido-se até os dias atuais, embora esteja enfrentando significativos desafios frente às famílias contemporâneas, que, inclusive, já estão sendo reconhecidas pelo Direito de Família Brasileiro, conforme será visto a seguir.

E, na perspectiva do Direito de Família Brasileiro, sente-se o quanto as normas jurídicas são moldadas e determinadas pelos conteúdos sociais. Assim, Farias e Rosenvald definem a família como “a instituição social primária, podendo ser considerada um regime de relações interpessoais e sociais, com ou sem a presença da sexualidade humana, com o desiderato de colaborar para a realização das pessoas humanas que compõem um determinado núcleo”⁴⁹.

Nesse mesmo sentido, tem-se o entendimento de Groeninga: “a família é um caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e consolidação em cada geração, que se transforma com a evolução da cultura, de geração para geração”⁵⁰. E complementa:

A família é relação privada em que se tecem as relações particulares entre seus diferentes membros, por meio das práticas de cada um. Os laços afetivos, mas também os laços econômicos, com uma repartição de deveres, de responsabilidade e de respectivos poderes, fazem de cada família, sobretudo em nossa época, uma configuração original. Expõe ainda que a família é também uma instituição social, com normas jurídicas que definem direitos e deveres de cada um e que a sociedade deve garantir, seja qual for sua configuração.⁵¹

⁴⁸ NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança*. 1989. Disponível em: <<http://bit.ly/2XzzUGC>>. Acesso em: 07 set. 2018.

⁴⁹ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 40.

⁵⁰ GROENINGA, Giselle Câmara. O direito a ser humano: da culpa à responsabilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; GROENINGA, Giselle Câmara (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2003, p. 125.

⁵¹ GROENINGA, Giselle Câmara. Generalidades do direito de família. Evolução histórica da família e formas atuais de constituição. In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (Coords.). *Direito de família*. v. 7.

Hironaka entende a família como uma entidade histórica, “ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos, a história da família se confunde com a própria humanidade”⁵².

Ainda, numa visão sociológica, Dantas destaca o aspecto de coesão do grupo: “a família é um grupo social que os sociólogos estudam sempre que discorrem sobre o Estado, a tribo, o clã, a pátria, enfim todos esses aglomerados humanos nos quais se descobre um laço coesivo de relativa permanência.”⁵³ No seu entendimento, pode ser definida como um grupo social no qual se descobre um laço coesivo entre seus componentes, uma consciência de unidade, outrora denominada “consciência do nós”⁵⁴. Dessa forma, afirma que “o estudo do direito de família deve começar por algumas noções de caráter sociológico, pois neste ramo do direito civil, sente-se o quanto as normas jurídicas são moldadas e determinadas pelos conteúdos sociais”⁵⁵.

Beviláqua discorre sobre a família, baseando-se nos valores tradicionais da família legítima, valorizando a moralidade e a estabilidade, necessárias para a execução da sua função social, oriunda do casamento. Assim, a define como o complexo de normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos resultantes; as relações sociais e econômicas da sociedade conjugal, bem como a dissolução desta; a relação entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos da tutela e da curatela; sendo imprescindíveis para a existência do ato: a dualidade de sexos, a celebração na forma da lei, além do consentimento válido”⁵⁶.

No mesmo sentido é a lição de Gomes, para quem a família pode ser definida como o grupo constituído pelos cônjuges e pela prole, oriunda do casamento válido, disciplinado pela lei civil.⁵⁷ Na concepção tradicional da definição da família, prelecionam Monteiro e Silva:

Que todo homem ao nascer torna-se membro integrante de uma entidade natural e a ela permanece ligado durante toda a sua existência, mesmo que posteriormente venha

São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 22.

⁵² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 17-18.

⁵³ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. rev. e atual. por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 3.

⁵⁴ DANTAS, 1991, p. 3.

⁵⁵ DANTAS, 1991, p. 3.

⁵⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Atualizado por Achilles Beviláqua. 8 ed. v. 2. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1950, p. 41-42, 67.

⁵⁷ GOMES, Orlando. *Direito de família*. Atualizado por Humberto Theodoro Jr. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 22.

a constituir uma outra, através do casamento, união estável ou monoparentalidade. Ligada de perto à própria vida representa a família, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social.⁵⁸

Diniz, Monteiro e Silva, complementarmente às noções conferidas, definem a família em três acepções fundamentais: a) em sentido amplíssimo, abrangendo todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade; b) em sentido lato, abrange, além dos cônjuges e seus filhos, também, os parentes em linha reta ou colateral, assim como os afins; e c) no sentido restrito, estende sua égide à comunidade formada pelos pais e descendentes, unidos ou não pelo matrimônio.⁵⁹ Ainda, Diniz segue conceituando família, em sentido técnico, como: “grupo fechado de pessoas, composto de pais e filhos e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto, numa mesma economia e sob a mesma direção”⁶⁰.

Numa perspectiva contemporânea da família, Dias afirma que faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, visando abrigar os diversos arranjos familiares existentes, a fim de buscar o elemento que permita abranger, no conceito de entidade familiar, todos os relacionamentos que têm como origem, algum elo de afetividade, independente de sua conformação. E complementa, afirmando que é possível a identificação de tal referencial apenas no vínculo que une os seus integrantes.⁶¹

Também tem-se o entendimento de Oliveira, ao dispor que, na idéia de família, o mais importante é pertencer ao seu âmago, estando num lugar idealizado, em que é possível integrar sentimentos, valores e esperanças, permitindo a busca da realização do projeto de felicidade pessoal de cada membro, relacionado à casa, ao lar, à prosperidade, ou mesmo à imortalidade, na descendência.⁶²

Pondera, Venosa, que a conceituação da família oferece muita complexidade, pois o Código Civil não a define, nem existe identidade de conceitos para os diversos ramos do saber, entre eles a sociologia, o direito ou a antropologia. Segundo seu entendimento, a família é “um fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos, regulados pelo direito”⁶³.

⁵⁸ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. v. 5, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10-11; MONTEIRO; SILVA, 2009, p. 3-6.

⁶⁰ DINIZ, 2009, p. 12.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 138.

⁶² OLIVEIRA, Euclides. *União estável do concubinato ao casamento*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 24.

⁶³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, v. 6, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 1.

Na realidade, tanto a Constituição Federal quanto o Código se referem à família, mas, não a definem, reportam-se, apenas, à sua estrutura, tendo em vista a pluralidade de conceitos tanto no Direito como na Sociologia.

Sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, numa visão contemporânea da família, percebe-se ter sido abandonada a noção de família como instituição produtiva e reprodutiva, sendo, a partir de então, consubstanciada numa forma de promoção da felicidade e da dignidade da pessoa humana, atribuindo maior valor às relações íntimas, de confiança e afetivas.⁶⁴ De modo geral, percebe-se que o conceito de família altera-se, considerando-se a evolução histórica, passando a abranger não só o homem e a mulher unidos exclusivamente pelo matrimônio, e os filhos dele resultantes, mas também as relações contraídas sob o afeto, a solidariedade e a afinidade, incluindo-se as mais variadas feições de relacionamento, como a união estável, as famílias anaparentais, monoparentais, unipessoais, o casamento homoafetivo, as relações poliamoristas, dentre outras. Ainda, segundo Farias e Rosenvald:

Com o passar dos tempos, porém, o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sócio-psico-afetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um.⁶⁵

Diante do exposto, cumpre ressaltar que, em sua feição jurídica e sociológica, a família contemporânea, estrutura-se no afeto, na ética, na solidariedade, bem como na dignidade entre os seus membros, sendo que estes referenciais geram os desafios enfrentados pelo Direito de família brasileiro, que impõem os limites ao Direito canônico. Convém ressaltar que, em muitos lugares do mundo, a estrutura familiar ainda obedece a ditames religiosos pré-estabelecidos, associados à formação política e ao estágio civilizacional em que se encontra localizada a família. No entanto, na busca do conceito de entidade familiar, em qualquer tempo e lugar, faz-se necessária uma visão pluralista, a fim de que seja possível o reconhecimento da origem do relacionamento das pessoas, bem como o acolhimento das diversas vivências existentes. Isto porque o conceito de família tomou outra dimensão no mundo contemporâneo, estendendo-se além da família tradicional cristã, oriunda do casamento, para outras modalidades, muitas vezes informais, tendo em vista o respeito à dignidade do ser humano, o momento histórico vigente, a evolução dos costumes, o diálogo internacional, a descoberta de novas técnicas científicas, a

⁶⁴ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 73.

⁶⁵ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 39.

tentativa da derrubada de mitos e preconceitos, fazendo com que o indivíduo possa sentir-se em casa no mundo, conforme dizia a filósofa política alemã do século XX, Arendt (1906-1975): “É através do amor ao mundo que o homem explicitamente se faz em casa no mundo”⁶⁶. Com isso, será possível a inserção dessas estruturas interpessoais em um conceito de família mais amplo, posto que, constantemente, tal conceito se transforma, conforme o tempo, as estruturas, as funções, o espaço, e o contexto histórico em que se encontra a família, o que será observado no decorrer da abordagem realizada no tópico a seguir. E, na síntese de nosso pensamento, advém, dessa evolução, a possibilidade de legitimação das novas modalidades de família, que, flexibilizando a rigidez conceitual, advinda do Direito Canônico, em seu desenvolvimento histórico, adquire um caráter eminentemente social, já reconhecido pelo Direito de Família Brasileiro.

1.2 Desenvolvimento histórico das modalidades de família

Segundo a historiadora francesa, Perrot, “a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”⁶⁷. Assim, “as estruturas familiares são guiadas por diferentes modelos, variantes nas perspectivas espaço-temporal, pretendendo atender às expectativas da própria sociedade e às necessidades do próprio homem”⁶⁸. E, ao longo dos anos, na constituição da família, percebe-se um caráter evolutivo, estando esta sempre inteligada aos rumos e desvios da história, adaptando-se à evolução dos costumes. Conforme afirma Hironaka, a família é uma entidade histórica, ancestral, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história.⁶⁹ Assim sendo, a história da família se confunde com a história da própria humanidade.

Portanto, o momento histórico e cultural no qual a família encontra-se inserida mostra-se fundamental para o seu entendimento, considerando-se a sua constante evolução. Partindo-se deste pressuposto, apresentaremos, a seguir, o desenvolvimento histórico das diversas modalidades de famílias, desde os povos da etapa inicial da formação da humanidade até os povos dos tempos pós-modernos.

⁶⁶ ARENDT, Hannah. *Love and Saint Augustine*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 67.

⁶⁷ PERROT, Michele. O nó e o ninho. Tradução de Paulo Neves. *Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro*. Edição 1306. São Paulo: Abril, 1993, p. 75.

⁶⁸ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 4.

⁶⁹ HIRONAKA, 2000. p. 17-18.

1.2.1 *A família na etapa inicial da formação da humanidade*

O antropólogo e sociólogo francês do século XX, Lévi-Strauss (1908-2009), a antropóloga e feminista britânica, Gough (1925-1990) e o antropólogo cultural americano, especializado em religião e antropologia psicológica, Spiro (1920-2014) afirmam que “a origem da família não deixa de ser tema de mera especulação”⁷⁰, ao argumento de que “pouco sabemos acerca do tipo de organização social que prevaleceu nas primeiras etapas da humanidade”⁷¹. E, quanto à origem, formação e história da família, destacam-se as obras do antropólogo e etnólogo escocês, MacLennan⁷² (1827-1881); do antropólogo e etnólogo norte-americano, Morgan⁷³ (1818-1881); do filósofo e sociólogo inglês, Spencer⁷⁴ (1820-1903); do teórico alemão, Engels⁷⁵ (1820-1895); D’Aguano⁷⁶; do filósofo e sociólogo finlandês, Westermarck⁷⁷ (1862-1939); do filósofo, sociólogo, psicólogo e sociólogo francês, Tarde⁷⁸ (1843-1904); do jurista e antropólogo suíço, Bachofen⁷⁹ (1815-1887); que, fundamentando-se em monumentos históricos, bem como na observação dos “primitivos atuais”⁸⁰, dentre eles, as tribos indígenas da América, os grupos polinésios ou africanos, os agrupamentos étnicos de vida rudimentar ou quase selvagem, procuram reconstituir as origens do organismo familiar.

Miranda aponta três teorias, que se destacam na história da teoria antropológica, quanto ao estudo da sexualidade humana, que poderiam contribuir para o estudo da origem da família: “a teoria da monogamia originária, a teoria da promiscuidade primitiva e a teoria das uniões transitórias”⁸¹. A *teoria da monogamia originária*, desenvolvida por etnólogos e

⁷⁰ LÉVI-STRAUSS, Claude; GOUGH, Kathleen; SPIRO, Melford. *A família: origem e evolução*. Porto Alegre: Rosa dos Ventos, 1980, p. 47.

⁷¹ LÉVI-STRAUSS; GOUGH; SPIRO, 1980, p. 15.

⁷² MCLENNAN, John Ferguson. *Primitive marriage: an inquiry into the origin of the form of capture in marriage ceremonies*. London: Macmillan and co, 1865.

⁷³ MORGAN, 1997.

⁷⁴ SPENCER, Herbert. *Principes de Sociologie*. Paris: Germer Baillière, 1883.

⁷⁵ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

⁷⁶ D’AGUANO, Giuseppe. *La genesi e l’evoluzione del diritto civile*. Torino: Fratelli Bocca, 1890.

⁷⁷ WESTERMARCK, Edvard Alexander. *The history of human marriage*. 5. ed. London: Macmillan (Trabalho original publicado em 1891).

⁷⁸ TARDE, Gabriel. *Les Lois de l’imitation, étude sociologique*. Paris: Hachette Bnf, 2017 (Éd. 1895).

⁷⁹ BACHOFEN, Johann Jakob. *Myth, religion, and mother right*. New York: Princeton University Press, 1967.

⁸⁰ O termo “primitivos atuais” é utilizado para referir-se aos povos indígenas e aborígenas existentes, na atualidade, que não possuem sistema de escrita.

⁸¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*, v. 7. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001b, p. 62.

zoólogos, tais como o naturalista britânico, Darwin⁸² (1809-1882); Rauber⁸³, o zoólogo alemão, Ziegler⁸⁴; Starche, o etnólogo alemão, Grosse⁸⁵ (1862-1927); e o antropólogo finlandês, Westermarck⁸⁶ (1862-1939), que defendem que a monogamia seria decorrente do amor mútuo entre os cônjuges e entre os pais e filhos, denominado “dados psicológicos irresistíveis”, associado a impulsos instintivos, inerentes à espécie humana, que ensejariam a união entre homem e mulher, segundo Miranda. No entanto, para este mesmo autor, tal teoria não considera o aspecto sexual, associado ao desejo de variar, que incute, no ser humano, a atração pela novidade, o que enfraquece seus fundamentos, tendo baseado-se, apenas, em dados parentais.⁸⁷ Quanto à *teoria da promiscuidade primitiva*, destacam-se o antropólogo suíço, Bachofen⁸⁸ (1815-1887), seguido por Morgan⁸⁹ e Mc Lennan⁹⁰; que afirmam que o estágio inicial da família corresponderia ao período em que homens se relacionavam com as mulheres, sem qualquer tipo de proibição ou limitação, com ausência de regras, conforme Miranda.⁹¹ Por fim, tem-se a *teoria das uniões transitórias*, defendida pelo sociólogo inglês, Spencer⁹², que, na perspectiva de Miranda, sugere que as relações originais entre homem e mulher se devem à procriação, permanecendo juntos por algum tempo, após o nascimento ou após o afastamento do filho. Ocorre que tal teoria não pode ser generalizada, conforme dispõe o mesmo autor, considerando-se o fato de que muitos casais continuavam unidos, mesmo após a procriação e o afastamento da prole.⁹³

Em sua obra “A Origem da família, da propriedade privada e do Estado”, publicada em 1884, Engels, servindo-se de pesquisas e publicações do cientista e historiador americano das sociedades da etapa inicial de formação da humanidade, Morgan (1818-1881), descreve a formação da sociedade moderna, numa perspectiva materialista, com fundamento na propriedade privada, na produção, no comércio e no poder do Estado. Para o autor, “a ordem

⁸² DARWIN, Charles. *La descendance de l'homme et sélection sexuelle*. Paris: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015, p. 380-381.

⁸³ RAUBER, A. *Urgeschichte des menschen*. Norderstedt: Hansebooks, 2017.

⁸⁴ ZIEGLER, H. E. *Zoologisches wörterbuch*. Jena: Gustav Fischer Verlag, 1909.

⁸⁵ GROSSE, Ernst. *Die formen der familie und die formen der wirtschaft*. Paderbon: Salzwasser-Verlag GmbH, 2013.

⁸⁶ WESTERMARCK, 1891, p. 114.

⁸⁷ MIRANDA, 2001, p. 63.

⁸⁸ BACHOFEN, Johann Jakob. *Das Mutterrecht: eine Untersuchung über die gynaikokratie der alten welt nach ihrer religiösen und rechtlichen natur*. Stuttgart: Verlag von Kraiss & Hoffmann, 1861.

⁸⁹ MORGAN, 1997.

⁹⁰ MCLENNAN, 1865.

⁹¹ MIRANDA, 2001b, p. 65.

⁹² SPENCER, 1883, p. 213.

⁹³ MIRANDA, 2001b, p. 65.

social em que vivem os homens de determinada época ou determinado país está condicionada por duas espécies de produção: pelo grau de desenvolvimento do trabalho, de um lado, e da família, de outro”⁹⁴. E, tendo por fundamento as teorias de Morgan e MacLennan, Engels identificou um estágio inicial de promiscuidade, na família da etapa inicial de formação da humanidade, em que as relações sexuais ocorriam sem qualquer limitação, nem regras, não sendo possível identificar o pai da prole, sendo que a família tinha caráter matriarcal, considerando-se a exclusiva filiação feminina.⁹⁵ E acrescenta que, desse estado inicial de promiscuidade, formaram-se, gradativamente, as *famílias consanguíneas, punaluanas, sindiásmicas e monogâmicas*, que serão tratadas a seguir, identificando, nas duas primeiras famílias, o matrimônio em grupos. Seguindo a linha de Morgan, Engels destacou que:

Há três formas principais de casamento que correspondem aproximadamente aos três estágios fundamentais da evolução humana. Ao estado selvagem, corresponde o matrimônio por grupos; à barbárie, o matrimônio sindiástico; e à civilização, corresponde a monogamia com seus complementos: o adultério e a prostituição.⁹⁶

Inicialmente, no *estado selvagem* do desenvolvimento humano (em que se formou a linguagem articulada, houve o emprego do fogo e o aproveitamento de peixes, com a invenção das primeiras armas e a caça sendo utilizada como alimento, havendo apenas uma apropriação dos produtos da natureza) foi postulado o matrimônio em grupos, constituído pela *família consanguínea* e pela *família pulanuana*. Assim, para Engels, a *família consanguínea* foi a primeira etapa da família, tendo como principal característica a classificação dos grupos conjugais por gerações, sendo que irmãos e irmãs, primos e primas casavam-se entre si; excluindo do regime matrimonial, apenas os ascendentes e descendentes, os pais e filhos.⁹⁷ Da evolução da família consanguínea, surgiu a *família punaluana*, tendo sido proibida a união sexual entre irmãos carnais. Assim, foram excluídos os pais e filhos das relações sexuais recíprocas, e, posteriormente, os irmãos, iniciando-se pelos irmãos por parte de mãe, sendo finalizado pela proibição do matrimônio, até, entre irmãos colaterais.⁹⁸ Ademais, a descendência era estabelecida pela linhagem materna, sendo que, as relações de herança existentes na época provinham do direito materno, por ser desconhecido o pai. O incesto começou a ser proibido, gradativamente, fazendo com que a sociedade se desenvolvesse mais

⁹⁴ ENGELS, 1984, p. 7-8.

⁹⁵ ENGELS, 1984, p. 15.

⁹⁶ ENGELS, 1984, p. 56.

⁹⁷ ENGELS, 1984, p. 37.

⁹⁸ ENGELS, 1984, p. 39.

rápido, considerando-se que este dificultava os casamentos em grupos, iniciando-se o matrimônio, com a formação da família.⁹⁹

No *estágio da barbárie* do desenvolvimento humano (tem-se o início da criação de gado e o incremento da produção pelo trabalho, surgindo a agricultura) tem-se a *família sindiásmica*, que se caracteriza pela extinção do matrimônio grupal, formando-se uniões por pares, de longa duração. Em tal estágio, exigia-se fidelidade apenas da mulher, enquanto os homens tinham direito à poligamia e infidelidade, embora tenha sido raramente observada, por questões econômicas. No entanto, a família sindiásmica foi marcada, sobretudo, pelo matriarcalismo, considerando-se que a mulher exercia maior poder no interior da família, definindo as relações sanguíneas, escolhendo o pai de seus filhos, que lhe pertenciam com exclusividade, em caso de separação, enfim, eram responsáveis pelos encargos da família, afigurando-se como a grande força dentro dos clãs, de grande e respeitosa autoridade.¹⁰⁰

Por fim, no *estágio da civilização* (em que teve início a fundição do minério de ferro e a invenção da escrita alfabética, com o surgimento da indústria e da arte, verificando-se um trabalho mais elaborado) tem-se a *família monogâmica*, que se baseava em condições econômicas e no triunfo da propriedade privada, em que o direito materno cede lugar à “filiação masculina e o direito hereditário paterno”¹⁰¹, sendo exigida a fidelidade da mulher, para garantir a legitimidade dos filhos, em face de sua herança. Para Engels, a partir de então, o homem torna-se o “senhor” da família patriarcal e de suas posses, fazendo de seus filhos herdeiros de seus bens, apoderando-se da direção da casa. Por outro lado, a mulher viu-se degradada, convertida em servidora, em escrava da luxúria do homem, em simples instrumento de reprodução.¹⁰² Portanto, na família monogâmica, predominava a solidez dos laços conjugais, sobrevivendo da submissão de um sexo ao outro, revestindo-se da disparidade de direitos entre homens e mulheres, sendo permitido apenas ao homem, a dissolução da sociedade conjugal e a infidelidade, desde que não fosse levada outra mulher para a casa. Com isso, embora o adultério tenha sido proibido e punido rigorosamente, este era irreprimível, chegando a ser uma instituição social inevitável, junto à monogamia e ao heterismo, termo definido, por Engels, como relações extraconjugais dos homens com mulheres não casadas.¹⁰³

Dessa forma, esta última família, caracterizada pela monogamia-patriarcal, predominou, de maneira quase absoluta, em vários lugares do mundo, embora não tenha se

⁹⁹ ENGELS, 1984, p. 46-47.

¹⁰⁰ ENGELS, 1984, p. 51.

¹⁰¹ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich; LENIN, Vladimir. *Sobre a mulher*. São Paulo: Global, 1980, p. 15.

¹⁰² ENGELS, 1984, p. 61.

¹⁰³ ENGELS, 1984, p. 72-73.

revestido de forma tão rígida, como entre os gregos, em todos os lugares e épocas. Entre os romanos, não obstante a estrutura familiar tenha permanecido patriarcal, a mulher era mais livre, podendo romper o matrimônio, assim como o homem. Entre os germânicos, as mulheres eram consideradas, e exerciam influência, inclusive em assuntos públicos. Assim, a nova monogamia, resultante da mistura dos povos, trouxe o maior progresso moral: “o amor sexual individual moderno, anteriormente desconhecido no mundo”¹⁰⁴. Cumpre ressaltar que, analisando-se a sucessão de famílias apresentada, percebe-se que foi “se retirando cada vez mais das mulheres (mas não dos homens), a liberdade sexual inerente ao matrimônio por grupos”¹⁰⁵. Contudo, “a preponderância do homem no casamento é uma simples consequência da sua preponderância econômica e desaparecerá com esta”¹⁰⁶.

No entanto, a ocorrência de uma pretensa “promiscuidade” originária, tese defendida por Mac Lennan, Morgan e Engels, não obstante ter encontrado um grande número de adeptos entre os cientistas sociais, tendo sido de grande importância para a teoria evolucionista, com significativas reflexões para o estudo da sexualidade, não é unânime, havendo controvérsias, por meio de outras correntes interpretativas, que desenvolveram teorias que a sucederam. Inclusive, segundo Pereira: “Tal condição é incompatível com a ideia exclusivista do ser humano e até mesmo de muitos irracionais, e contraditória com o desenvolvimento da espécie”¹⁰⁷. Nesse mesmo sentido, tem-se o entendimento de Pereira.¹⁰⁸

Diante do exposto, verifica-se que os primeiros agrupamentos sociais não se constituíram como família, dentro dos padrões conhecidos. E, não obstante haver certa divergência bibliográfico-histórica, quanto aos acontecimentos na etapa inicial de formação da humanidade, resta incontroverso que os primeiros grupos sociais eram baseados no instinto sexual, sem qualquer constatação de afetividade, que venha a ter sido cabalmente comprovada. E, assim, a família emerge na etapa inicial de formação da sociedade como a primeira forma de organização social.

¹⁰⁴ ENGELS, 1984, p. 74-75.

¹⁰⁵ ENGELS, 1984, p. 81.

¹⁰⁶ MARX; ENGELS; LENIN, 1980, p. 24-25.

¹⁰⁷ PEREIRA, 2017, p. 52.

¹⁰⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

1.2.2 A família no Direito romano

Considerando-se as obras do historiador francês positivista do século XIX, Fustel de Coulanges (1830-1889)¹⁰⁹; dos historiadores alemães sobre antiguidades romanas, Mommsenn (1817-1903) e Marquardt (1812-1882)¹¹⁰; do jurista alemão, Rudolph von Jhering (1818-1892)¹¹¹; do historiador italiano, Bonfante (1864-1932)¹¹²; bem como a contribuição de outros romanistas e historiadores; a família romana será retratada a seguir.

Cumprir registrar que, em Roma, como em todos os centros de população da antiguidade, a família atravessou três fases, correspondentes às três formas intrínsecas do casamento: a fase natural, a fase religiosa e a fase jurídica.¹¹³ Assim, na *fase natural*, alheia à noção de organização, esta relacionava-se com o “grupo de pessoas formado em consequência de ajuntamento determinado exclusivamente por interesse de comunicação sexual”¹¹⁴. Na *fase religiosa*, por sua vez, “a família estava quase inteiramente fora da ação do Direito”, sendo que “o chefe da casa era o seu legislador e as leis que ditava eram antes oriundas do seu poder sacerdotal, do que, propriamente, da autoridade de *pater*, que exercia cumulativamente com as funções de chefe da religião da família”¹¹⁵. Nesse sentido, Filardi aduz que o *pater* é, ao mesmo tempo, sacerdote, dirigente e magistrado, detendo o poder de decidir sobre os problemas daqueles que estavam sob a sua dependência e tutela, além de velar pelo patrimônio da família.¹¹⁶ A *fase jurídica* surge, considerando-se que, com o passar dos tempos, a vontade suprema do pai de família foi encontrando resistência e oposição nas leis, coincidindo a intromissão do legislador nos negócios domésticos, sem, no entanto, excluir aquela autoridade paterna.¹¹⁷

Dessa forma, verifica-se que, ao longo da história romana, compreendida no período de 753 a.C. a 565 d.C., a família se apresentou sob diversas formas. Rolim afirma que a família romana, como reunião de pessoas, mostrou-se eminentemente patriarcal, nos tempos da Realeza (753 a.C. a 510 d.C.) e do Império (27 a.C. a 565 d.C.).¹¹⁸ Já nos primórdios do Direito romano,

¹⁰⁹ COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

¹¹⁰ MARQUARDT, Joachim; MOMMSEN, Theodore. *Manuel des antiquités romaines*. França: Nabu Press, 2010.

¹¹¹ JHERING, Rudolph von. *O espírito do Direito romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

¹¹² BONFANTE, Pietro. *Opere complete di Pietro Bonfante*. Storia del diritto romano. Giuffrè, 1958, p. 119.

¹¹³ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de Direito romano*, v. 78. Brasília: Senado federal, 2006, p. 57.

¹¹⁴ LOBO, 2006, p. 57.

¹¹⁵ LOBO, 2006, p. 57.

¹¹⁶ FILARDI, Luiz Antonio. *Curso de Direito romano*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 56.

¹¹⁷ LOBO, 2006, p. 57.

¹¹⁸ ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 153.

compreendido no período de 753 a.C. a 130 a.C., a família significava tanto o conjunto de pessoas que viviam sob a dependência do chefe, como também os bens que constituíam a sua propriedade; economicamente, a unidade patrimonial da família era absoluta, e que externava, na *affectio*, o seu elemento mais importante.¹¹⁹ Maynz afirma que a família, no Direito romano, representava o conjunto de pessoas submetidas ao poder do *pater*, compreendendo-se tanto pessoas quanto bens. Agia, desta forma, a organização familiar, diretamente na condição individual e patrimonial do indivíduo.¹²⁰ Portanto, a palavra família, certamente, poderá ser entendida com variedade, porque se aplica a coisas e a pessoas.¹²¹ Nesta perspectiva, constituiu-se a família, em sua fase natural.

Na época clássica, compreendida no período de 130 a.C. a 230 d.C., em que a família romana atravessa a sua fase religiosa, esta “apresentava uma estrutura tipicamente patriarcal, detendo o *pater familiae* o controle total da entidade familiar enquanto vivesse”¹²². Segundo o jurista romano, Ulpiano, em Roma, a família era organizada sob o princípio da autoridade, e abrangia quantos a ela estavam submetidos.¹²³ Bonfante, ao tratar da história do Direito romano, afirma que a família é entendida como o conjunto de pessoas que descendem de um ancestral comum vivo – o *pater familias* – e que apresenta um caráter de comunidade política, onde se adentra pelo nascimento, pela *adoptio*, pela *arrogatio* ou pelo matrimônio válido.¹²⁴ Perozzi afirma que a organização primitiva formou a *gens*, e a união destas, a *civitas*, procedente da agregação de outras gentes. Logo, a família pode ser entendida como um organismo natural, formado pelo parentesco de sangue ou pelo casamento, inspirada pelo espírito, pelos sentimentos e deveres próprios da sociedade doméstica. Apresentava-se como um organismo fechado, bem delineado, submetido à potestade do *pater familiae*,¹²⁵ “que exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre sua esposa e sobre as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes”¹²⁶. E, em caso de morte do *pater familias*, quem assumia a família era o primogênito e/ou outros homens pertencentes ao grupo familiar, sendo

¹¹⁹ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Rio. 1979, p. 19; BONFANTE, Pietro. *Storia del diritto romano*. v. 1. Milano: Società Editrice Libreria, 1923, p. 70.

¹²⁰ MAYNZ, Charles. *Cours de droit romain*. 5. éd. t. 3. Paris: A Durand et Pedone-Lauriel, 1891, p. 1-2.

¹²¹ ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 154.

¹²² DANTAS, 1979, p. 20.

¹²³ ULPIANO. Livro 50, Título 6, fr. 195, § 3º. In: MADEIRA, Hécio Maciel França. *Digesto de Justiniano*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, UNIFIEO, 2002, p. 73.

¹²⁴ BONFANTE, 1923, p. 70.

¹²⁵ PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. v. 1. Roma: Athaeneum, Casa Vallardi, 1928, p. 311.

¹²⁶ WALD, Arnold; FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Direito civil: Direito de família*, v. 5, 19. ed, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 35.

que o poder nunca se transferia à matriarca ou às suas filhas, sendo vedado o pátrio poder à mulher.¹²⁷

Faz-se necessário ressaltar que o termo família era empregado em dois sentidos pelos juristas romanos: a) em *sentido amplo*, abrangendo o conjunto de pessoas que descendiam de um parente comum, e sob cujo poder estavam, caso este parente estivesse vivo; e, b) em *sentido estrito*, designando o complexo de pessoas que estavam sob a *potestas* do *pater familiae*, caracterizando, então, o próprio *status familiae*,¹²⁸ que seria a posição exercida dentro da família, considerando-se a presença (*aliena iuris*) ou ausência (*sui iuris*) de subordinação.¹²⁹ Segundo Ulpiano, existia, de um lado, o *pater familias*, que não estava subordinado a nenhum ascendente vivo masculino; e, de outro, a *filii familias*, que abrangiam todas as demais pessoas que se encontravam submetidas, sob as referidas *potestas do pater*.¹³⁰

Assim, a família organizou-se, desempenhando uma função religiosa, política, biológica e psicológica, além de econômica. Em relação à sua função religiosa, a família romana possuía uma religião própria, como sendo a religião doméstica dos antepassados falecidos, o seu elo espiritual, que justificava o comportamento de seus membros, sendo que o poder do Império Romano nasceu de tal organização.¹³¹ Vale destacar que os romanos nutriam veneração aos antepassados, sendo estes considerados a base da ramificação familiar, justificando-se, portanto, a obrigatoriedade de se ter filhos, advindos do casamento, a fim de perpetuar os cultos religiosos.¹³² Ademais, “uma série de atos e de ritos a que a vida da família está intimamente ligada tem, no passado, a sua origem nessas funções religiosas”¹³³, tais como o casamento, o nascimento, a virgindade, a morte, o sepultamento. Quanto à função política, esta se encontra presente na primeira fase do Direito romano, em que o Estado teria sido dividido em famílias, sendo, a família, um segmento do grupo político, representada pelo seu chefe, participando das votações e das escolhas; contribuindo para a defesa do solo, por meio do esforço militar ou da tributação; na investidura de cargos políticos a ele deferidos, transmitindo-se por hereditariedade, aos seus sucessores.¹³⁴

¹²⁷ FILARDI, 1999, p. 64.

¹²⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, v. 2, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 244-245.

¹²⁹ ROLIM, 2000, p. 154.

¹³⁰ ULPIANO D.1.6.4. – libro primo institutionum. In: MADEIRA, 2002, p. 69.

¹³¹ COULANGES, 2006, p. 93.

¹³² FILARDI, 1999, p. 64.

¹³³ DANTAS, 1991, p. 5.

¹³⁴ DANTAS, 1991, p. 5-6.

No que se relaciona à função biológica-psicológica, estas estariam ligadas à sua razão de ser primitiva, à sua formação natural, fundamentando-se no fato de que a família seria um meio de defesa biológica e cultural do indivíduo, transmitindo às novas gerações os complexos culturais de seu meio, compartilhando experiências para uma melhor adaptação destas às condições da vida, garantindo a procriação. O parentesco decorre da função biológica da família e a mantém, aproximando os seus membros, assim como o matrimônio.¹³⁵ Em se tratando da função econômica, verifica-se o predomínio de uma economia familiar, doméstica, em que, raramente, as famílias recorriam à troca, havendo um patrimônio uno. No entanto, com a evolução econômica, a função econômica da família como grupo começou a reduzir, sendo que, no período moderno, ela se traduziu no dever de sustento dos filhos pelo chefe da família, bem como do pai pelos filhos, na transmissão do patrimônio,¹³⁶ dentre outras, que foram mantidas no período pós-moderno. Convém destacar que, ao longo da história, tais funções foram gradualmente, desaparecendo.

Quanto ao parentesco, na organização familiar romana, existiam duas espécies: a) a *agnação*, que vinculava as pessoas sujeitas ao mesmo *pater*, mesmo que estas não fossem consanguíneas, portanto, transmitindo-se apenas pelos homens; e b) a *cognação*, que se referia ao parentesco pelo sangue, existente entre pessoas que não eram, necessariamente, agnadas uma da outra, portanto, transmitindo-se por via masculina ou feminina. Cumpre registrar que, com o desenvolvimento da família romana, o parentesco *agnatício* foi sendo substituído pelo *cognatício*, sendo que, a partir de Justiniano, 530 d.C. a 565 d.C., permaneceu apenas o parentesco pelo sangue, tal como ocorre atualmente.¹³⁷ Ao lado da família, existia a *gens*, considerada como subdivisão da cúria, por alguns; ou como um agregado das famílias, oriundas de um tronco comum, por outros. Esta criava direitos sucessórios entre os seus membros, possuía território próprio e chefe, exercendo importante função política.¹³⁸

Em se tratando do matrimônio romano, cumpre ressaltar que este se constituía numa relação essencialmente monogâmica, uma união entre homem e mulher, com a finalidade de estabelecer convivência íntima e duradoura, “instituição privada, não escrita e pouco solene”¹³⁹. Rolim complementa, afirmando que, nos primórdios da história romana, compreendido no

¹³⁵ DANTAS, 1991, p. 7-8.

¹³⁶ DANTAS, 1991, p. 9-10.

¹³⁷ WALD, Arnold. *Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10. ALVES, 2003, p. 247.

¹³⁸ WALD; FONSECA, 2015, p. 36.

¹³⁹ ARIÈS, Phillipe; DUBY, Georges. *História da vida privada: Do Império romano ao ano mil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 43-44.

período de 753 a.C. a 130 a.C., “o casamento era celebrado segundo os costumes das gentes (famílias patrícias) e tinha caráter semi-religioso”¹⁴⁰. Com relação a este caráter religioso, presente no Direito romano, Lobo sustenta que nunca foi possível separar, inteiramente, a religião da legislação que regula os direitos e deveres dos membros da família romana, considerando-se que o casamento representa uma instituição divina, para os romanos, sendo que, para eles, Jesus deu-lhe o caráter de indissolúvel, tendo sido elevado à categoria de sacramento, pelo Cristianismo.¹⁴¹

Bonfante, seguindo a perspectiva de Manenti¹⁴², afirma que o casamento romano era uma situação de fato, sendo que dois elementos eram essenciais para a sua constituição: o *elemento subjetivo*, que seria a intenção de ser marido e mulher (*affection maritalis*) e o *elemento objetivo*, que seria a convivência conjugal (*honor matrimonii*).¹⁴³ Marky acrescenta que, além destes dois elementos, deveria haver “um acordo contínuo entre cônjuges para viverem em comum, com a finalidade de realizar um união duradoura entre eles”¹⁴⁴. Assim, este mesmo autor afirma que o casamento romano se consubstanciava numa simples relação jurídica de fato, que perdura enquanto persistem as condições de sua existência, convivência e *affectio maritalis*.¹⁴⁵ Para Dantas, os romanos definiam o casamento, considerado fonte fundadora da família, como um estado de fato, que produz consequências jurídicas, detendo um elemento objetivo, como sendo a transferência da mulher para o *domus* do marido (*deductio in domum mariti*); e outro subjetivo, a *affectio maritalis*; sendo que a consumação em si, que seria a conjunção carnal, não seria o mais importante, tendo sido valorizada apenas com o Direito Canônico.¹⁴⁶ Basdevant-Gaudemet sustenta que:

Roma conheceu um casamento monogâmico, heterossexual que se formou pela expressão do consentimento dos nubentes, ou seja era um casamento instantâneo, de caráter essencialmente consensualista de onde se libertavam facilmente, tanto que o divórcio e os recasamentos eram frequentes – mesmo quando sofreram as limitações legislativas impostas pelas leis imperiais.¹⁴⁷

¹⁴⁰ ROLIM, 2000, p. 159.

¹⁴¹ LOBO, 2006, p. 58.

¹⁴² MANENTI, P. *Della inopponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte ai matrimoni*. Siena: 1889.

¹⁴³ BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: F. Vallardi, 1902, p. 71.

¹⁴⁴ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 160.

¹⁴⁵ MARKY, 1995, p. 160.

¹⁴⁶ DANTAS, 1991, p. 31-33.

¹⁴⁷ GAUDEMET, Brigitte Basdevant. Um contrat entre l’homme et la femme? Quelques points à travers l’histoire em occident. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIÈRES, Pascal de Vareilles (Dirs.). *La contractualisation de la famille*. Paris: Economica, 2001. p. 17.

Ademais, o casamento romano constituía-se de duas formas: matrimônio *cum manu* e matrimônio *sine manu*, sendo que o *manus* era o “poder do marido sobre a mulher, originário de atos formais de aquisição daquele (*conventio manu*)”¹⁴⁸, sendo relativo e eventual, estando presente apenas no matrimônio *cum manu*. Assim, no casamento *cum manu*, a mulher era submetida ao poder do marido¹⁴⁹, manifestando-se de três formas: a) a *confarreatio*, cerimônia religiosa, de forma solene e mais antiga, exclusiva da classe patrícia, ligada ao rapto (*deductio* da mulher), tendo desaparecido em fins do século I a.C.; b) a *coemptio*, relacionada à compra de mulheres, por meio do pagamento de um preço, efetuado no meio de um cerimonial, para tomar a posse da mulher, tendo desaparecido nos primeiros séculos d. C.; e c) o *usus*, que não era um casamento propriamente dito, mas uma preparação, que consistia na posse prolongada da mulher (*usus*), durante um ano de coabitação ininterrupta, sendo, esta, uma exigência necessária para a consumação do casamento. Cumpre ressaltar que o casamento *cum manu* caiu em desuso antes do fim da República (510 a.C. - 27 a.C.), considerando-se que, com o passar do tempo, o matrimônio tornou-se mais flexível em Roma.¹⁵⁰

Já no casamento *sine manu*, não havia poder marital, sendo que a mulher tinha independência em relação ao marido, mas continuava sob a autoridade do *pater familias*, continuando a pertencer à sua família originária, conservando os seus bens e o seu *status familiae* anterior ao casamento. Assim, os direitos e deveres eram recíprocos, não havendo qualquer subordinação, embora o marido exercia certa autoridade, sendo responsável pela chefia da vida familiar, estabelecia o domicílio da família, sustentava a casa, podendo, inclusive, utilizar-se de meios judiciais para defender a mulher contra atos injuriosos de outrem. Insta salientar que o divórcio era bem frequente, e era tão informal quanto o casamento,¹⁵¹ considerando-se a importância dada à existência ou ausência da *affectio maritalis*, que justificava a manutenção ou dissolução do casamento.¹⁵² Registre-se que, no século III d.C., o casamento *sine manu* substituiu definitivamente o casamento *cum manu*,¹⁵³ sendo que tal matrimônio prevaleceu no Direito romano. Importante destacar que o direito de contrair núpcias (*jus connubii*) era exclusivo dos cidadãos romanos, sendo que nem os estrangeiros, e muito menos, os escravos, o tinham.¹⁵⁴

¹⁴⁸ MARKY, 1995, p. 159.

¹⁴⁹ MARKY, 1995, p. 159-160.

¹⁵⁰ ROLIM, 2000, p. 160-162.

¹⁵¹ MARKY, 1995, p. 160;163.

¹⁵² DANTAS, 1991, p. 33.

¹⁵³ ROLIM, 2000, p. 162.

¹⁵⁴ DANTAS, 1991, p. 35.

Dessa forma, havia outras formas de união, que também constituíam família: a) a *iniustum*, formada entre romanos e peregrinos ou somente entre estes, regulada pelo *ius gentium* ou pelo Direito nacional dos estrangeiros, que passavam a conviver *sine connubio*; b) a *contubernium*, formada entre escravos ou entre estes e pessoas livres, sendo que, desta união, não advinha quaisquer efeitos jurídicos, até o período Justiniano (530 d.C. a 565 d.C.), em que foram-lhe reconhecidos efeitos quanto ao parentesco; e c) o concubinato, que se estabelecia livremente,¹⁵⁵ quando não se cumpriam os requisitos para a realização do casamento legal, apresentando grande aceitação social, embora, teoricamente ignorado pelo Direito - até o período correspondente ao Baixo-Império (284 d.C. a 565 d.C.), em que foi regulamentado, sobretudo, com Constantino;¹⁵⁶ d) os sponsais, convenção pela qual duas pessoas de sexo diverso, ou seus *petre familias*, se comprometem a contrair futuro casamento. Registre-se que, no Período Pós-Clássico, 230 d.C. a 530 d.C., e Justiniano, 530 d.C. a 565 d.C., sob certos aspectos, os *sponsi* - prometidos - equiparavam-se aos cônjuges.

Na época Clássica, 130 a.C. a 230 d.C., o casamento gerava efeitos jurídicos, destacando-se, dentre eles, a presunção de paternidade, na constância do matrimônio. Além disso, a mulher sujeitava-se absolutamente ao *pater*, não tendo qualquer direito sobre o filho recém-nascido,¹⁵⁷ sendo que, este, ao nascer, poderia ser aceito ou rejeitado, por decisão exclusiva do pai. Ademais, no tocante à filiação, independente da idade do filho, o *pater* tinha poderes de dirigir os seus bens, bem como a sua vida, decidindo sobre o casamento e/ou divórcio deste, podendo, inclusive, vendê-lo ou abandoná-lo.¹⁵⁸ Considerando-se que, em Roma, a família representava uma base sólida de organização social, sendo fundada sob elos fortes de coesão entre os membros submetidos ao *pater*, que levava em consideração apenas os interesses individuais e do Estado, a *patria potestas* era extremamente forte, além de ser perpétua. Registre-se que a situação da mulher, considerada relativamente incapaz, sem qualquer autonomia ou capacidade jurídica, nem direitos próprios, persistiu até os tempos do Imperador Claudius, no século II a.C.,¹⁵⁹ que trouxe à família um caráter mais liberal.

Dentre os efeitos jurídicos gerados pelo casamento, tem-se, ainda, o dote, que seria uma quota da herança de sua família de origem, esperada pela mulher, que se entregava ao marido, no momento da consumação das núpcias e, por outro lado, a *donationes ante ou propter*

¹⁵⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto de família de fato*. 2. ed. São Paulo: Jurídica Atlas, 2002, p. 167.

¹⁵⁶ GAUDEMET, 2001. p. 18.

¹⁵⁷ DANTAS, 1979, p. 20.

¹⁵⁸ DANTAS, 1979, p. 20.

¹⁵⁹ DANTAS, 1979, p. 20.

nuptias, que representava uma espécie de preço da pudicitia, a ser pago pelo noivo antes ou depois da consumação das núpcias. Insta salientar que essas duas prestações, o dote e a doação, viriam a compor o patrimônio do casal, no período Justiniano (530 d.C. a 565 d.C.).¹⁶⁰ Urge destacar que a comunhão universal, que os romanos jamais conheceram como regime de bens, foi atingida, desde então, em seus resultados práticos, graças ao mecanismo que se introduziu ao longo do Baixo Império (284 d.C. a 565 d.C.), com este duplo expediente jurídico.¹⁶¹

Já na época do Império, 27 a.C. a 476 d.C., em que a família romana atravessou a fase jurídica, com a intervenção do Estado, limitando a autoridade do *pater*, tendo sido reconhecido o abuso de poder deste, verifica-se uma transformação na visão da família, garantindo uma maior autonomia à mulher, que passa a participar da vida social e política, passando, também, a ter direito à guarda e à herança dos filhos, caso estes não tivessem descendentes e/ou irmãos.¹⁶² Dessa forma, a autoridade do *pater* foi sendo, progressivamente, restringida, tendo perdido o direito de vida e de morte que exercia sobre os filhos e sobre a mulher, sendo permitido apenas a aplicação de penas moderadas; desapareceu a venda dos filhos pelo pai, sendo que, além disso, os filhos passaram a administrar os seus vencimentos e as suas doações, com direito à emancipação, tendo sido reconhecida a sua autonomia e independência. Ademais, manteve-se o parentesco cognatício e o casamento *sem manus*, desapareceu a *gens*, tendo sido concedidos direitos sucessórios e alimentares aos cognados.¹⁶³ Nesta fase, ocorre a desintegração da estrutura familiar romana, tendo início o feminismo, associado a um considerável aumento do número de adultérios e de divórcios. Segundo Mazeaud:

O afluxo de riquezas e a dissolução dos antigos costumes conduziram a uma ruptura da estrutura familiar até então conhecida, marcada pela diminuição do poder do *pater familias*, da multiplicação de divórcios, da frequente realização de casamentos *sine manus* – onde a mulher não mais pertence à família de seu marido.¹⁶⁴

Rolim sustenta que, após a queda de Roma, em 476 d.C., e o consequente esfacelamento da parte ocidental do império, o Império Romano do Oriente, com sede em Constantinopla, manteve-se coeso e forte até 1.453, quando esta foi invadida pelos turcos. Até então, o Direito Romano era o único Direito aplicado no Império Bizantino (565 d.C. a 1.453),

¹⁶⁰ DANTAS, 1991, p. 36-39.

¹⁶¹ DANTAS, 1991, p. 40.

¹⁶² WALD, 2004, p. 22.

¹⁶³ WALD; FONSECA, 2015, p. 37.

¹⁶⁴ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*. 6. ed. Paris: Editions Montchrestien, 1976, t. 1, v. 3, p. 28-29.

sendo que as suas leis estavam contidas no *Corpus Juris Civilis*, compilado por Justiniano, e tinham vigência obrigatória em toda a região abrangida pelo Império Romano do Oriente.¹⁶⁵ Vale ressaltar, no entanto, que, com a imposição do Direito da cidade, o poder do *pater* foi diminuindo, gradativamente, sobretudo, com a influência do Cristianismo, apresentando uma família formada pelo casal e sua prole, cuja coesão se funda no sacramento do casamento, conforme será visto a seguir. Ademais, “deve-se ao Direito romano ter elevado a mulher, na Antiguidade, à categoria de sujeito do matrimônio, esboçando uma profunda transformação moral e jurídica, que o Cristianismo iria aperfeiçoar e terminar”¹⁶⁶.

1.2.3 A família no Direito medieval

A concepção da família, no período medieval, recebeu a influência do *Direito romano*, que continuava a reger os povos dominados; do *Direito germânico*, advinda dos conquistadores bárbaros; e, em especial, do *Direito canônico*, que fundamentou-se no prestígio da igreja, estabelecendo o núcleo da família no casamento, com caráter de sacramento, substituindo o enfoque autocrático, advindo do *pater*, por um enfoque mais democrático e afetivo, alterando-se a estrutura das relações de família.¹⁶⁷ Assim, na Idade Média, o que funda a família não é mais a existência do *pater*, mas o casamento, definido como uma sociedade de vida, um contrato onde os indivíduos dos dois sexos inserem-se na gênese de uma nova família, como um bem,¹⁶⁸ considerando-se a indissolubidade.

Com as invasões bárbaras, tornou-se inevitável o choque entre o Direito romano, mais avançado, e o Direito dos povos invasores, mais rudimentar, conhecido como Direito bárbaro, sendo o mais notório deles, o Direito germânico, sobretudo, por se basear no pátrio poder, e por condicionar a celebração do casamento à presença de um juiz, como ocorre até os dias de hoje, no casamento civil.¹⁶⁹ Nesse sentido, dispõe Gama:

Já na Idade Média, em um contexto permeado pelo Direito Canônico e ainda com fortes influências do Direito Romano, surgiu o Direito Bárbaro, que era atrasado em relação ao Direito Romano. Pode-se dizer que o Direito Bárbaro adotou mais a linha ideológica do Direito Canônico, até mesmo porque os povos bárbaros adotaram o Cristianismo como religião. Dentre os povos bárbaros do período medieval, o Direito Germânico se destacou e influenciou em muitas relações familiares desta época. A

¹⁶⁵ ROLIM, 2000, p. 96.

¹⁶⁶ DANTAS, 1991, p. 29.

¹⁶⁷ DANTAS, 1991, p. 54.

¹⁶⁸ NADAUD, Stéphane. *L'homoparentalité: uma nouvelle chance pour la famille?* Paris: Fayard, 2002, p. 22.

¹⁶⁹ DANTAS, 1979, p. 19.

família germânica baseava-se no pátrio poder, ou seja, no qual o pai exercia o poder, mas não chefiava sozinho a família, esta tarefa era dividida com a mãe.¹⁷⁰

No entanto, os bárbaros introduziram o chamado “regime de lei pessoal”, permitindo que os romanos conservassem as suas instituições, simultaneamente às suas, subsistindo lado a lado, duas ordens jurídicas, sendo aplicada segundo a nacionalidade das pessoas. Contudo, vieram a sofrer a influência do Direito romano, por ser esta instituição jurídica mais completa e mais avançada, suprimindo-lhe as lacunas legislativas e influenciando nos seus institutos. Por outro lado, os bárbaros convertiam-se ao Cristianismo, adotando as instituições e os preceitos da igreja, colocando-se diretamente sob a influência do Direito canônico.¹⁷¹ Nesse contexto, nasceu a civilização medieval, da síntese destas três instituições jurídicas, onde é difícil distinguir as tradições romanas e as múltiplas contribuições bárbaras.¹⁷² Nesse sentido, Gonçalves afirma que:

Durante a Idade Média, as relações de família regiam-se exclusivamente pelo Direito Canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Embora as normas romanas continuassem a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, observava-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica.¹⁷³

No tocante à contribuição dos bárbaros, das instituições germânicas, tem-se que estes vieram a estabelecer uma modalidade de família de estrutura simples, do tipo paternal, baseada no pátrio poder, em que o pai exercia o poder, com um matrimônio em que a mulher participava na comunhão da vida conjugal, como esposa, sendo admitida a intervenção do Estado, representado por um magistrado,¹⁷⁴ como uma antecipação histórica do casamento civil.¹⁷⁵ Isto porque, até então, o matrimônio romano era doméstico, sendo admitida a intervenção apenas das famílias; já o matrimônio canônico, embora privado, admitia a intervenção da igreja, recomendando-se a celebração *in facie Ecclesiae*.¹⁷⁶ Entretanto, a forma do matrimônio germânico se dava por meio da compra, em que, por meio desta, o marido adquiria poder sobre

¹⁷⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 28.

¹⁷¹ DANTAS, 1991, p. 54-55.

¹⁷² HEERS, Jaques. *História medieval*. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 1991, p. 25.

¹⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Direito de família*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 32.

¹⁷⁴ DANTAS, 1991, p. 54-55.

¹⁷⁵ BRANDILEONE, Francesco. *Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia*. Milano: 1906. p. 343 *apud* FINOCCHIARO, Francesco. *Matrimonio civile, formazione, validità, divorzio*. 2. ed. A. Giuffrè: 1989. p. 4.

¹⁷⁶ DANTAS, 1991, p. 56-57.

a mulher, chamado de *mundio*. Havia também a *morgengabe*, doação feita pelo marido à mulher, na manhã seguinte à noite de núpcias, espécie de *pretium pudicitiae*. Cumpre ressaltar que, tal como os romanos, os germânicos, via de regra, eram monogâmicos. No entanto, considerando-se que as alianças entre os clãs eram tomadas pelos laços de casamento, vinham a contrair vários matrimônios, a fim de ampliar o poder.¹⁷⁷

Já o termo “canônico” advém de *canôn*, vocábulo que deriva de outra palavra grega *kánon* – régua, norma, critério de medida -, ou seja, “lei posta por uma autoridade social”. Assim, “Canônico dizia respeito às leis eclesiásticas e as que fossem ao mesmo tempo eclesiásticas e civis: nomocânones”¹⁷⁸. Lombardia traz o conceito de Direito canônico como sendo o “ordenamento jurídico da Igreja Católica, vale dizer, ao conjunto de fatores que estruturam a Igreja como uma sociedade juridicamente organizada”¹⁷⁹.

Urge destacar que o Direito canônico foi desenvolvido a partir do século V, em que deslocou-se o poder de Roma para as mãos do chefe da igreja católica romana, tendo sido estruturado num conjunto normativo dualista, laico e religioso, que se manteve até o século XX. A partir de então, o Direito passou a ser ditado pela igreja, que, detentora de autoridade e poder, dizia-se intérprete de Deus na terra, sendo responsável por legislar sobre a família e o matrimônio.¹⁸⁰ Insta salientar que, na Idade Média, a igreja consolida-se, transformando-se num “poder espiritual tão forte quanto o Império”, emergindo-se daí a “Igreja do Estado”¹⁸¹. No século XI, a igreja era um “poder incontestado na Terra”, uma “potência ao lado do Estado, que não só coroava e destronava imperadores, como se insinuava no tecido da vida doméstica, da herança e do casamento”¹⁸².

A partir daí, surgiram os cânones, regras jurídicas sagradas que deveriam ser cumpridas, pois, “mais do 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 desígnios de Deus, transformados em regras a serem seguidas sem questionamentos dos homens”¹⁸³.

¹⁷⁷ DANTAS, 1991, p. 54-55.

¹⁷⁸ LIMA, Maurílio Cesar de. *Introdução à história do direito canônico*. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 18.

¹⁷⁹ LOMBARDIA, Pedro. *Lições de direito canônico*. São Paulo: edições Loyola, 2008, p. 15.

¹⁸⁰ CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania*. Ijuí: Unijuí, 1999, p. 62.

¹⁸¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. Vol. I. Curitiba: Juruá Editora, 1991, p. 149.

¹⁸² LEITE, 1991, p. 257.

¹⁸³ WOLKMER, Antonio Carlos e José Rubens M. Leite. *Os “novos” direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 224.

Assim, tem-se a concepção de família, para o Direito canônico, formada pelo matrimônio, que traz consignado um caráter de sacralização, externado pela indissolubilidade do vínculo matrimonial, tendo o seu elemento objetivo na conjunção carnal. Nessa perspectiva, o matrimônio era tido como uma comunhão de Deus e do homem, um contrato indissolúvel para toda a vida. E, assim, a igreja faz com que suas concepções sejam introduzidas na estrutura familiar.¹⁸⁴ Segundo Dantas:

O que há de original na doutrina da Igreja é a transformação do contrato em sacramento, elevando-se o contrato natural que existia no Direito Romano, em ato capaz de comunicar certos efeitos sacramentais, atuando sobre as condições psicológicas em que se passa a vida conjugal. De sorte que a própria Igreja proclamou *ex cathedra*, a inseparabilidade dos dois elementos, do contrato e do sacramento.¹⁸⁵

Para Esmein, os elementos formadores do casamento, no Direito canônico, eram: a) o consentimento das partes, que significava a essência do matrimônio, inspirado no Direito romano; b) a cópula; c) o consentimento precedente ao definitivo - promessa de casamento - e d) a benção nupcial.¹⁸⁶ No entanto, havia uma dicotomia, que distinguia duas espécies de casamento: a) o *matrimonium initiatum*, puramente consentido, válido, mas incompleto, não sendo considerado um sacramento, não sendo, portanto, indissolúvel, defendido pelo bispo francês Ivo de Chartres (1040-1115) e pelo filósofo, padre católico e teólogo francês do século XII, Pedro Lombardo (1100-1160); e b) o *matrimonium consumatum*, que seria um sacramento e, portanto, indissolúvel.

No fim do século XII, a fim de tentar conciliar as duas tendências, o Papa Alexandre III decidiu, por meio das *Decretias* de Gregório IX, impor, como doutrina clássica, um meio termo entre as duas concepções, determinando que o casamento existe desde a manifestação do consentimento, mas poderá ser dissolvido pelo Papa, caso não seja consumado. Segundo Gilissen, essa teoria permanecerá em vigor até o Concílio de Trento (1545-1563), quando será confirmada e desenvolvida pelo frade católico italiano, São Tomás de Aquino (1225-1274), que entende o casamento como um contrato consensual, não real, em que a consumação não é um elemento essencial, além disso, não é solene, não sendo imposta nenhuma sanção jurídica à falta de benção nupcial.¹⁸⁷ Neste período, o divórcio passou a ser admitido por uma parte da

¹⁸⁴ MAZEAUD; MAZEAUD; MAZEAUD, 1976, p. 29.

¹⁸⁵ DANTAS, 1991, p. 50.

¹⁸⁶ EISMEIN, Adhémar. *Le mariage en droit canonique*. t. 1 e 2. Paris: (s. n.), 1891, p. 97-100.

¹⁸⁷ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 571.

doutrina medieval, em caso de adultério, considerando-se a realidade social, e, sob a influência dos romanistas do século XII, surgiu a Teoria da Contratualização do Matrimônio.¹⁸⁸

Insta salientar que a igreja reivindicou o direito de exercer jurisdição exclusiva sobre o matrimônio, a fim de poder julgar sobre a existência ou inexistência do vínculo, ao argumento de ser este um sacramento. Posteriormente, passa a exigir que o casamento seja celebrado *in facie Ecclesiae*, vindo a intervir, também, na conclusão do matrimônio, por meio do sacerdote, como testemunho do ato, além da reivindicada jurisdição. Com isso, verifica-se a influência do matrimônio germânico sobre o matrimônio canônico, quando, na igreja, um sacerdote começa a administrar o matrimônio, assumindo o papel do magistrado germânico. E tal fato fundamenta-se na preocupação da igreja em garantir o princípio da indissolubidade, evitando que fosse celebrado casamento eivado de vícios, capazes de conduzir à sua nulidade. Cumpre registrar que esta foi uma das grandes conquistas do direito matrimonial: o princípio da sindicância prévia, a ser aplicado sobre o casamento que se vai realizar, considerando-se que todo o direito matrimonial da igreja fundamenta-se sobre tal princípio, criado pelos canonistas, constituindo uma relevante contribuição para a formação da instituição.¹⁸⁹

Convém ressaltar que, para a celebração dos casamentos, a igreja editou regras, por meio do Concílio de Latrão de 1215, indicando que cometia pecado quem se casasse sem a benção nupcial, ou não procedesse ao anúncio do casamento (proclamas), sendo que, no século XIII, elaborou, também, a Teoria dos Impedimentos Matrimoniais¹⁹⁰, introduzindo o sistema dos *banhos*, por meio de publicações, feitas com antecedência, anunciando o casamento. Insta salientar que os impedimentos matrimoniais, tanto civis, quanto religiosos, foram introduzidos nas nossas instituições, tornando aquisição permanente do Direito ocidental, tendo sido sistematizados no Direito eclesiástico.¹⁹¹ Sobre este aspecto, Wald discorre:

O Direito canônico fomentou as causas que ensejavam impedimentos para o casamento, incluindo as causas baseadas na incapacidade de um dos nubentes como eram: a idade, casamento anterior, infertilidade, diferença de religião; as causas relacionadas com a falta de consentimento, ou decorrente de uma relação anterior (parentesco, afinidade).¹⁹²

¹⁸⁸ GAUDEMET, 2001, p. 24.

¹⁸⁹ DANTAS, 1991, p. 57-58.

¹⁹⁰ GILISSEN, 1995, p. 571.

¹⁹¹ DANTAS, 1991, p. 58.

¹⁹² WALD, 2004, p. 13.

Ressalte-se que a doutrina católica pregava que o matrimônio sacramental, validamente contraído e consumado pela cópula sexual, só poderia ser dissolvido pela morte. Os canonistas entendiam que os homens não podiam dissolver a união realizada por Deus.¹⁹³ Assim, em face da indissolubilidade do casamento, não havia espaço para o divórcio. No entanto, a indissolubilidade do casamento apresentava significativos inconvenientes, sendo que, no século XIII, a igreja veio a criar duas instituições visando saná-los: a) “a Teoria da Nulidade do Casamento”, em caso de consentimento viciado; e b) “a Separação das Pessoas (dos Corpos)”, por motivos graves. Wald aponta a existência desse tipo de “separação de corpos”, que não dissolvia completamente o vínculo, e afirma que “a evolução do Direito canônico se realizou no sentido da elaboração da teoria das nulidades e da regulamentação da separação de corpos e de patrimônios (*divortium quoad thorum et mensam*), que extingue a sociedade conjugal sem, todavia, dissolver o vínculo”¹⁹⁴. E, conforme relata Vasconcelos, “a partir do séc. XIV, a Igreja autorizou a separação de fato, chamada de divórcio, quando o marido batia ou feria a mulher, mas a medida era sempre revogável”¹⁹⁵.

Por sua vez, Hortal sustenta que o matrimônio “ratificado e consumado” somente poderia ser dissolvido pela morte de um dos cônjuges, nunca podendo ser anulado. Porém, diante do requisito de que não haveria matrimônio sem vontade livre, seria possível declará-lo nulo, nos seguintes casos: a) falta de capacidade para consentir (cânon 1.095); b) ignorância (cânon 1.096); c) erro quanto à pessoa (cânones 1.097-1.099); d) simulação (cânon 1.101); e) condição não cumprida (cânon 1.102); e f) violência ou medo (cânon 1.103).¹⁹⁶

Quanto ao concubinato, este era classificado como pecado, tendo sido severamente combatido pela igreja, com a criação de sanções visando coibir tal prática, sendo que as relações não matrimonializadas ficavam à margem da sociedade. No entanto, Fachin relata que “o concubinato existia, mas apenas entre pessoas de baixa renda e clandestinamente, não se inserindo nas camadas abastadas ou médias, que pelo casamento garantiam a transmissão da propriedade”¹⁹⁷.

À margem da igreja, como um movimento reformista cristão do século XVI, eclodiu a Reforma Religiosa, liderada pelo monge alemão, Martinho Lutero, simbolizado pela

¹⁹³ MAZEAUD, 1976, t. 1, v. 3, p. 29.

¹⁹⁴ WALD, 2004, p. 14.

¹⁹⁵ VASCONCELOS, Abílio Soares de. *Direito matrimonial comparado: canônico - civil*. Rio de Janeiro: Maanaim, 2007, p. 11-12.

¹⁹⁶ HORTAL, Jesus. *Código de direito canônico – Codex iuris canonici*. São Paulo: Loyola, 2011, p. 11.

¹⁹⁷ FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 35.

publicação de suas noventa e cinco Teses, na porta da Igreja do Castelo de Wittenberg, na Alemanha, em 1517. Entre as afirmações de Lutero sobre os dogmas, destaca-se a negação expressa do caráter sacramental do matrimônio, sendo considerado um ato profano, um contrato natural que se estipulava entre as pessoas, sem qualquer natureza religiosa. A partir desta concepção, o desenvolvimento das instituições matrimoniais, relacionadas à celebração do matrimônio, passaram a se efetivar na órbita civil.¹⁹⁸

Por outro lado, dentro da própria igreja, formava-se uma doutrina, que conduziria à cisão quanto à celebração do casamento, trazendo a diferença entre o sacramento e o contrato, exposta pelo arcebispo croata, Marco Antonio de Dominis¹⁹⁹ (1560-1624), sendo, posteriormente, retomada pelo historiador francês do século XVII, Johannes De Launoy²⁰⁰ (1603-1678). Para referidos canonistas, o momento da imposição da bênção matrimonial seria o momento técnico do sacramento, em que se comunicariam aos nubentes os efeitos do sacramento, sendo, a declaração do consentimento recíproco, um ato natural apenas, válido como contrato civil, não como sacramento. Ao final, com o fim de sustentar a separação dos dois momentos, propuseram que o contrato fosse regulado pelo príncipe, ao passo que a bênção nupcial seria regulada pela igreja.²⁰¹

Convém salientar que tal doutrina teve influência antes, durante e depois do Concílio de Trento, sendo importante na evolução das instituições canônicas, em matéria matrimonial. Nesse sentido, proclamando a unidade e a indivisibilidade do ato matrimonial, os padres conciliares, de um lado, afirmaram a identidade entre o sacramento e o contrato, e, do outro lado, estabeleceram a forma do negócio jurídico-matrimonial, exigindo-se que o casamento se celebrasse *in facie Ecclesiae*, definindo-se a natureza da assistência do sacerdote, sob pena de nulidade.²⁰² E “o Concílio, posto em vigor em todos os países católicos, à medida que era publicado, definiu a posição da Igreja perante as controvérsias dos canonistas, em favor da unidade do sacramento e do contrato”²⁰³.

No entanto, tal doutrina harmonizava-se com as ideias protestantes, ao admitir a celebração do contrato pela autoridade política. E, com a Revolução Francesa (1789-1799), cria-se uma consciência política e religiosa, fazendo do matrimônio civil uma reivindicação

¹⁹⁸ DANTAS, 1991, p. 58.

¹⁹⁹ DOMINIS, Marco Antonio de. *De republica ecclesiastica*. Londres: (s. n.), 1617.

²⁰⁰ LAUNOY, Johannes. *De Regia in matrimonium potestate*. Paris: Edmundi Martini, 1674.

²⁰¹ DANTAS, 1991, p. 59.

²⁰² DANTAS, 1991, p. 59-60.

²⁰³ DANTAS, 1991, p. 60.

revolucionária, a fim de que seja introduzido o casamento civil, considerando o casamento religioso um negócio eclesiástico, sem quaisquer efeitos civis²⁰⁴.

Não obstante o longo período em que reagiram, mutuamente, umas sobre as outras, “as instituições jurídicas, que haviam convivido durante toda a Idade Média, matrimônios Germânico, Canônico e Civil, não tinham conseguido chegar a uma fusão”²⁰⁵, vindo a se separar, embora, tenham deixado influências marcantes entre si. Nesse sentido, o matrimônio canônico seguiu o matrimônio germânico, quanto à posição do sacerdote, na celebração do casamento. Posteriormente, o casamento civil veio a se separar do canônico, embora tenha apreendido toda a sua estrutura, além de manter a teoria dos impedimentos, o processo preliminar, bem como a concepção do casamento como negócio jurídico. Cumpre registrar que o princípio canônico, da instantaneidade do consentimento prevalece sobre o princípio romano, da continuidade da *affectio*. Ao final dessa evolução, tem-se dois institutos distintos: o casamento civil e o casamento canônico, embora, profundamente identificados na estrutura técnica, por terem um longo período de convivência e recíprocas influências. Divergem, no sentido de que o matrimônio religioso é considerado um sacramento, enquanto o matrimônio civil é considerado um contrato. E, considerado um contrato civil, pela Teoria do Contrato, é cabível a sua dissolução, por meio do distrato, o que torna possível o divórcio. Entretanto, quanto à forma, quanto ao conteúdo, bem como quanto aos requisitos preliminares e consequências, as duas instituições confundem-se, por um longo período de tempo.²⁰⁶

No tocante ao regime de bens do casamento, vigorava o regime dotal, entre os romanos, modificado pela introdução da *donatio propter nuptias*, exigindo-se a conclusão de um contrato matrimonial, embora, entre os germânicos, vigorava o princípio da comunhão universal, tendo sido transmitido, através do costume, aos povos medievais. Acrescente-se que, entre os bárbaros, vigorava o regime da comunhão, tendo sido, este regime, introduzido na Península Ibérica, pelos visigodos.²⁰⁷ Quanto ao pátrio poder, abrandou-se a *patria potestas* romana, sob a influência da igreja. No entanto, na Idade Média, este veio a se fortalecer, sob a influência dos costumes bárbaros, embora a igreja não apoiasse, considerando os seus ensinamentos, em relação ao prestígio paterno. Além disso, na Idade Média, a relação entre pais e filhos veio a sofrer outras transformações, dentre as quais, o fim do pátrio poder com a

²⁰⁴ DANTAS, 1991, p. 60-61.

²⁰⁵ DANTAS, 1991, p. 61.

²⁰⁶ DANTAS, 1991, p. 61-63.

²⁰⁷ DANTAS, 1991, p. 63.

maioridade, por influência do Direito lombarda e dos estatutos locais. Ademais, por influência bárbara, e das instituições políticas medievais, foi atribuída ao primogênito uma precedência, ao recolher o patrimônio, ou uma ascendência pessoal sobre os outros familiares, dentre eles, mulheres e irmãos.²⁰⁸

Portanto, restou comprovada a importância do casamento para a igreja, considerado por esta, como um instrumento de proteção do patrimônio da família, além de agente impulsionador das relações sociais e econômicas da época. E, considerando-se a influência da igreja, na sua defesa do casamento monogâmico, surgiram muitas leis, visando evitar o surgimento de novas relações familiares, tendo sido apenas tolerada a relação entre pessoas pelo casamento.²⁰⁹

Diante do exposto, verifica-se que, durante toda a Idade Média, a igreja consolidou sua competência em matéria matrimonial, situação que permaneceu praticamente inalterada, até o final do século XIX, com o apogeu do Estado, que, a partir de então, passou a regulamentar o casamento.²¹⁰ Neste período, o Direito canônico consolidou-se, impondo uma visão sacramental e indissolúvel do matrimônio, não admitindo o divórcio. No entanto, podemos constatar a sua evolução, com a criação dos impedimentos matrimoniais, das teorias das nulidades, e da separação de corpos. Por fim, faz-se necessário destacar que a família, no Direito moderno, é resultado das influências recíprocas das três formas de matrimônio, que se estabeleceram na Idade Média: o germânico, o romano e o canônico, conforme será exposto a seguir.

1.2.4 *A família no Direito moderno*

Na Idade Moderna, ocorreu a decadência do feudalismo, o início do capitalismo, a Reforma Protestante, o enfraquecimento do poder da igreja, a Revolução Industrial, destacando-se uma crença no progresso e nos ideais do Iluminismo, sendo que todos estes fatores contribuíram para a configuração da família moderna. Nesta, destacam-se uma significativa preocupação com os interesses patrimoniais, a valorização do amor, da sexualidade e dos sentimentos recíprocos, que instauraram um novo estilo de vida social e familiar, resultando em

²⁰⁸ DANTAS, 1991, p. 64.

²⁰⁹ WALD, 2004, p. 21.

²¹⁰ GILISSEN, 1995, p. 572.

significativas transformações na intimidade e na vida pessoal dos membros da família, conforme será visto a seguir.

Segundo o cientista social inglês contemporâneo, Guinness:

Modernidade é uma terminologia que define um sistema oriundo das forças da modernização e desenvolvimento centrado, sobretudo na premissa que toda causa ‘de cima para baixo’, vinda de Deus ou do sobrenatural, foi substituída definitivamente por causas ‘de baixo para cima’, frutos dos designos e produtividade humana.²¹¹

Dessa forma, na Modernidade, os fundamentos do renascimento, antropocentrismo, racionalismo e individualismo entram em conflito com o teocentrismo e com as concepções da filosofia escolástica. Assim, idéias contrárias à igreja católica são disseminadas, culminando na Reforma Protestante, iniciada em 1517, por vários líderes, dentre eles, o monge agostiniano e professor de teologia alemão, Martinho Lutero (1483-1546).²¹² Em contrapartida, no Concílio de Trento (1545 a 1563), a igreja adota importantes medidas relacionadas à família, especificamente ao casamento, na tentativa de conter a Reforma. Assim, pelo Decreto *Tametsi*, de 1563, o casamento passou a ser um contrato solene, devendo serem observadas várias formalidades, fazendo com que os casamentos clandestinos se tornassem nulos. No entanto, foi mantida a indissolubilidade dos votos e a desnecessidade de consentimento parental para a validade do ato.²¹³

Entretanto, o enfoque concedido à família, na Idade Média, altera-se na Idade Moderna, com a Reforma Protestante, que faz com que a igreja cristã, agora, católica, deixe de ser representante exclusiva dos preceitos cristãos. Assim, o sistema feudal é substituído pelo Estado Nacional, sendo que a família passa a contar com a proteção estatal, surgindo, a partir daí, as primeiras leis civis disciplinando o casamento não religioso, transformando-o no único válido legalmente.²¹⁴ Dessa forma, o domínio da igreja sobre a família foi atingido pela Reforma Protestante, excluindo o caráter sacramental do casamento. Ariès afirma que as grandes mudanças no casamento iniciaram-se na modernidade, sendo que o “patriarcalismo puritano” que imperava no Direito canônico, cede lugar a uma família mais igualitária.²¹⁵

E, em 1685, com a revogação do Édito de Nantes, tem-se a perda do caráter sacramental do casamento, abrindo-se espaço para a sua regulamentação pelo Estado, tendo como

²¹¹ GUINNESS, Os; SEEL, John. *No God but God*. Chicago: Moody Press, 1992, p. 160. (Tradução própria).

²¹² MAZEAUD; MAZEAUD; MAZEAUD, 1976, p. 28.

²¹³ GILISSEN, 1995, p. 573.

²¹⁴ MAZEAUD; MAZEAUD; MAZEAUD, 1976, p. 29.

²¹⁵ ARIÈS, Phillipe. *O amor no casamento*. In: BÉJIN, A; ARIÈS, P. Sexualidades ocidentais. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 153.

consequência a sua secularização e laicização, gerado pelos ideais da Revolução Francesa e dos seus efeitos no Código Civil Francês. Assim, o casamento passou a ser definido como um contrato civil, na Constituição Francesa, de 1791, seguido da autorização legal do divórcio, concedida em 1792. Registre-se que, na França, no período pós Revolução, Napoleão Bonaparte renega o poder eclesiástico, ao introduzir, no Código Civil Francês, em 1804, a noção de matrimônio meramente civil, influenciando os sistemas legais de diversos países do mundo.

Dessa forma, o casamento foi transformado numa união livre, segundo os ideais dos filósofos do século XVIII, formando-se e dissolvendo-se, conforme o desejo do casal, observadas as formalidades estabelecidas na lei.²¹⁶ Destarte, instituiu-se o casamento civil, relegando o casamento religioso a um negócio eclesiástico, sendo que o matrimônio foi considerado apenas como um contrato civil. Convém salientar que a família continuou a ser formada pelo matrimônio, no entanto, o regime dotal foi substituído pelo regime da comunhão, tendo sido elevada a condição da mulher, entretanto, manteve-se a forma patriarcal, embora mais atenuada que no Direito Romano.²¹⁷ Assim, o Código Civil Francês formalizou as conquistas da Revolução Francesa, e introduziu os princípios do Estado Liberal - liberdade, igualdade e fraternidade - consolidando um modelo de família alinhado com os valores burgueses, referentes à transmissão do patrimônio, ao direito à propriedade, à herança, aos bens.

Sustenta Gilissen que, na Europa Ocidental, a família obedeceu a um modelo patriarcal, em que a autoridade suprema era exercida pelo pai ou avô, sendo formada por todos aqueles que sentiam uma relação de parentesco entre si, estendendo-se este ao reconhecimento dos laços de sangue. Como característica marcante, destaca os elos de solidariedade familiar entre os parentes, que obrigavam os partícipes à vingança privada, à responsabilização ou hostilização por qualquer malefício causado a um familiar, à assistência em justiça, bem como ao acesso à propriedade. Com isso, a família passou a desempenhar um papel essencial na formação social e jurídica do Estado. Ao final, conclui que, nos séculos XI ao XIX, a evolução do Direito de família gerou um enfraquecimento dos direitos e deveres da família, considerando-se que, à medida em que o Estado se consolida, e consegue assegurar a ordem pública, a solidariedade familiar torna-se desnecessária.²¹⁸

Apenas na segunda metade do século XIX, percebe-se uma maior valorização do relacionamento amoroso e da sexualidade, buscando transpor a função meramente procriadora do casamento sacramental, constante na Idade Média. Destarte, a família chefiada pelo *pater*,

²¹⁶ MAZEAUD; MAZEAUD; MAZEAUD, 1976, p. 30.

²¹⁷ GILISSEN, 1995, p. 561.

²¹⁸ GILISSEN, 1995, p. 563-564.

flexibiliza este poder, não obstante, seja de forma superficial, cedendo lugar à uma nova entidade familiar, fundada no reconhecimento do amor romântico, na importância da sexualidade, bem como na reciprocidade dos sentimentos. Nesse sentido, Marx afirma que: “Perde-se o halo, símbolo primordial da experiência religiosa. Tudo que era sólido e estável evapora-se, tudo que era sagrado é profanado, e os homens são, finalmente, obrigados a encarar com serenidade suas condições de existência e suas relações recíprocas”²¹⁹.

Registre-se que o casamento por amor ocorria entre os camponeses, desde a Idade Média, e, lentamente, passou a ser adotado pelas altas camadas da sociedade, na Idade Moderna, a partir do século XV. Cumpre ressaltar que o amor individual, presente na ideologia burguesa, sugere o casamento por amor, com predomínio do erotismo e paixão, na relação conjugal, havendo uma valorização do amor e dos sentimentos, a partir da segunda metade do século XVIII, articulada, sobretudo, pela valorização do amor romântico, no âmbito da família burguesa. No entanto, a concepção de casamento por amor apresentou aspectos positivos e negativos: por um lado, a vontade das pessoas passou a ser levada em consideração; por outro lado, a busca incessante por um amor e uma felicidade inerente ao matrimônio, passou a criar eventuais idealizações, gerando conflitos, resultantes da frustração das expectativas ilusórias, o que comprometia a duração dos casamentos.²²⁰

Insta salientar que, durante o século XIX, a introdução de uma concepção mais individualista, na Europa, valorizou o nascimento da família nuclear, fazendo surgir, também, a família monoparental, fruto do divórcio, e da filiação extra-matrimonial, passando a coexistir várias modalidades de família.²²¹ Isto porque retirou-se da família, o seu principal fundamento, o casamento, passando-se a investigar a equiparação jurídica das diversas formas de composição familiar, bem como do *status* legal da prole, advinda da pluralidade dessas relações.²²²

Por fim, Díez-Picazo e Gullon afirmam que a família se configura através das relações recíprocas entre pessoas que possuem um ascendente comum ou, também, entre aquelas que vivem juntas, mantendo uma vida doméstica ou um destino conjunto. Assim, pressupõem a família como uma dada organização social, que detém normas próprias de comportamento, crenças e tradições. Além disso, afirmam que, somente através da valorização das ideias,

²¹⁹ MARX, Karl; ENGELS, Frederick. *Manifesto do partido comunista*. São Paulo: Global: 1990, p. 79.

²²⁰ ARIÈS, 1987, p. 153-162.

²²¹ BRAHINSKY, Corinne Renault. *Droit de la famille*. Paris: Dunod, 1994, p. 10.

²²² MAZEAUD; MAZEAUD; MAZEAUD, 1976, p. 30.

preconizadas em um dado momento histórico da existência humana, bem como das necessidades econômicas que se impõem, pode-se definir o que, efetivamente, entende-se por família, em cada período de sua evolução.²²³

Diante do exposto, Roudinesco destaca três fases, na evolução da família: a) a *primeira fase*, em que identifica a família tradicional, como ligada à transmissão de um patrimônio, sendo inteiramente submetida à autoridade patriarcal; b) a *segunda fase*, entre o final do século XVIII e meados do século XX, em que identifica a família moderna, com fundamento no amor romântico, reciprocidade de sentimentos e sexualidade no casamento; e c) a *terceira fase*, a partir de 1960, quando surge a família contemporânea ou pós-moderna, que une dois indivíduos, em busca das relações íntimas ou realização sexual,²²⁴ que irá ser tratada a seguir.

1.2.5 A família no Direito pós-moderno

A segunda metade do século XX assistiu a um processo de mudanças na história do pensamento e da técnica, que levaram a uma alteração paradigmática no modo de se pensar a sociedade e suas instituições. Com todas estas mudanças e alterações, os valores da família, na pós-modernidade, modificaram-se, passando a ser valorizado o afeto e a dignidade da pessoa humana, observadas as peculiaridades que envolvem cada ser, individualmente considerado.

Segundo o filósofo francês contemporâneo, Ferry, “o século XX funcionou como um ácido, fazendo desmoronar, ou pelo menos apagar, os princípios de sentido e valor que formavam os quadros tradicionais da vida humana”²²⁵. E, ainda, afirma que há, na contemporaneidade, uma desconstrução, uma desapropriação e uma dessacralização do pensar, com a valorização da verdade, da afetividade, alterando-se o sentido da vida. Assim, sustenta que o sagrado mudou de sentido, “abandonando progressivamente as entidades tradicionais, que se supunham grandiosas pois inumanas, para se estabelecer, cada vez mais solidamente no coração do menos divino”, valorizando os princípios de identidade e igualdade, considerando-se o desenvolvimento do ser humano.²²⁶ E, a partir daí, houve uma libertação das dimensões do

²²³ DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil: derecho de familia*. v. 4. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 31-32.

²²⁴ ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Zabar, 2004, p. 19.

²²⁵ FERRY, Luc. *Famílias: amo vocês: política e vida privada na era da globalização*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2008, p. 49-50.

²²⁶ FERRY, 2008, p. 19-20.

inconsciente, dos afetos, do corpo, da sexualidade, sendo compreendida a supremacia da esfera da intimidade, até então negligenciada ou recalcada pela cultura.²²⁷

Nesse sentido, Hironaka sustenta que a pós-modernidade traz consignada a valorização da verdade e da realização pessoal, bem como a busca do prazer, abandonando o conformismo e a comodidade, estes últimos associados à noção de dever dos tempos anteriores. Portanto, na contemporaneidade, o homem passa a buscar a sua real felicidade, tendo em vista suas opções e preferências, considerando-se liberto de preconceitos e noções comportamentais pré-estabelecidas.²²⁸ Para o filósofo francês contemporâneo, Lipovetski:

A pós-modernidade representa o momento histórico preciso em que todos os freios institucionais que se opunham à emancipação individual desaparecem, dando lugar à manifestação dos desejos subjetivos, à realização individual, ao amor-próprio. O âmbito social não é mais um prolongamento do privado.²²⁹

E, conforme o filósofo e sociólogo alemão contemporâneo, Habermas, na Idade Pós-Moderna, “uma ininterrupta modernização social destaca-se, através de uma irresistível velocidade dos processos sociais, que representam o reverso de uma cultura saturada, em estado de cristalização”²³⁰, e que, cujos efeitos, entendemos, projetam-se na família. E tal como aduz Mizrahi, houve a ocorrência de uma segunda revolução individualista, em que o indivíduo da idade moderna, extremamente limitado, abriu espaço para o individualismo total, da idade pós-moderna. Assim, sendo recusadas as estruturas rígidas, uniformes e hierarquizadas do passado, foram adotadas instituições mais flexíveis e abertas, fortalecendo o ecletismo cultural, a informação, bem como o estímulo das necessidades. Dessa forma, houve uma liberação dos costumes, fazendo-se prevalecer a inclusão sobre a exclusão, as ideologias dominantes hegemônicas foram abandonadas, ampliando-se a autonomia individual, associada a uma valorização da realização pessoal do indivíduo. Cumpre ressaltar que essa abertura ideológica abrange os diversos planos da existência humana, dentre eles, as escolhas pessoais, a sexualidade, bem como as barreiras ideológicas de expressão individual. Por fim, afirma que a pós-modernidade aparece como a democratização do hedonismo.²³¹

²²⁷ FERRY, 2008, p. 13-14;18;25.

²²⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós modernidade. In: SOUZA, Ivone Candido Coelho de (Org.). *Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade*. Porto Alegre: IBDFAM. 2007, p. 19.

²²⁹ LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 8-9;23.

²³⁰ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 5-7.

²³¹ MIZRAHI, Mauricio Luis. *Família, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998, p. 62-63.

Nesse diapasão, Hironaka aduz que a estrutura da família foi alterando-se, paulatinamente, com a mudança dos costumes, dos valores, “com a introdução de novos comportamentos e novos princípios, com o abandono de matizes em desuso”²³². E relaciona como elementos transformadores da família contemporânea: a independência econômica da mulher, o controle de natalidade, a reprodução assistida, o divórcio, a reciprocidade alimentar, a afetividade, a autenticidade, a igualdade e emancipação dos filhos, entre outros, que “tornaram a estrutura familiar mais maleável, adaptável às concepções atuais da humanidade”. Neste contexto, na entidade familiar pós-moderna, tem-se a “perda da autoridade paterna, o fortalecimento da autoridade materna e o surgimento dos relacionamentos virtuais”²³³. Assim, alteram-se, cotidianamente, a família e as relações familiares, que passaram a desempenhar distintos papéis, havendo uma valorização da função afetiva da família, que se torna um refúgio privilegiado dos indivíduos, diante das pressões sociais e econômicas, interpostas pela existência.²³⁴

Diante de tais transformações, a família pós-moderna, gerada em movimentos revolucionários e de contracultura, ocorridos na década de 60, constitui-se por meio da união temporária de indivíduos que buscam relações íntimas, ou mesmo, realização sexual, destacando-se o significativo aumento das separações e divórcios. Cumpre ressaltar que o direito ao divórcio foi uma grande conquista das pessoas, que passaram a ter a sua vontade e autonomia preservada, sendo uma alteração muito importante para aquelas que se viam presas às outras, apenas pelo respeito às regras de indissolubilidade, até, então, vigentes. Rompe-se “a bolha sufocante dos casais”²³⁵. Por outro lado, tal instituto banalizou-se. Nesse sentido, tem-se o entendimento do sociólogo, Sanda:

O sujeito de nossas sociedades liberais, com a onipotência que o caracteriza, ao procurar a satisfação e o prazer imediato, torna-se incapaz de renúncias exigidas pela constituição de uma família. O primado do “eu” sobre o “nós conjugal” desvaloriza a fidelidade e a constância em prol da auto-realização das potencialidades, colocando a existência conjugal em novos termos. Não se trata mais de o indivíduo se instalar na vida a dois, mas de vivê-la sabendo que o outro tem a liberdade de reivindicar, a qualquer momento, sua alteridade radical, deixando para trás a época em que a cumplicidade cultivada ao longo dos anos fazia os cônjuges acreditarem que envelheceriam juntos, partilhando as lembranças de uma vida.²³⁶

²³² HIRONAKA, 2007, p. 12.

²³³ SANDA, Samuel Magoji. *Ensaio sobre a família pós-moderna*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007, 114 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Sociais. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 28. Disponível em: <<https://bit.ly/2Q5IJtn>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

²³⁴ HIRONAKA, 2007, p. 12-14.

²³⁵ BAUMAN, Zigmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Título original: *Liquid love (on the Frailty of Human Bonds)*. Tradução e edição brasileira, Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2004, p. 11.

²³⁶ SANDA, 2007, p. 33-34.

Com relação à flexibilidade nas relações amorosas, Bauman analisa as suas particularidades, na pós-modernidade, que identifica como “modernidade líquida”, diante da “misteriosa fragilidade dos vínculos”, em face dos “desejos conflitantes de apertar laços e ao mesmo tempo mantê-los frouxos”. Por fim, afirma que “as relações tornam-se cada vez mais ‘flexíveis’, gerando níveis de insegurança sempre maiores”²³⁷.

Com isso, na pós-modernidade, a família se estabelece, de um lado, com a afirmação da individualidade, que muito impactou os laços familiares; de outro lado, com a busca pelo relacionamento baseado no amor e afetividade, buscando valorizar a essência do ser humano, e respeitar aos direitos personalíssimos. E é inegável que também se estabelece de uma forma mais plural e menos conservadora, mais democrática e menos autoritária, mais humanizada e voltada para a valorização do homem e o respeito aos direitos humanos.²³⁸

Conforme entedimento do jurista francês, Carbonnier (1908-2003), a família, na contemporaneidade, pode ser definida como:

Um fenômeno de grupo, de associação e dissociação, que subsiste pela diferença e pela satisfação de necessidades diversas, dentro da amplitude do quadro social, que se transforma no tempo, nas funções, nas estruturas, e continuará sempre a se transformar, certamente agrupando formas novas, impondo novos contornos.²³⁹

Diante do exposto, considerando-se a presença do afeto privado, da solidariedade, da tolerância, do respeito aos direitos humanos, podemos afirmar que, na concepção principiológica da pós-modernidade, tem-se o fundamento para o reconhecimento das diversas formas de entidades familiares já existentes, onde muitos desenvolvem a sua personalidade, as suas potencialidades, o seu afeto, tendo em vista os seus interesses valorativos. E é dentro desta perspectiva, que percebemos que a sociedade vem se conscientizando de que existem outras possibilidades de relacionamento, bem como diversas orientações sexuais, que necessitam de seu reconhecimento.

A seguir será apresentado o desenvolvimento histórico e legislativo da família, especificamente, no Direito canônico, considerando-se a sua significativa influência no Direito de família brasileiro, tema que será objeto de estudo do próximo capítulo.

²³⁷ BAUMAN, 2004, p. 6.

²³⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito de família na pós modernidade: separação de fato e ética. In: SOUZA, 2007, p. 93.

²³⁹ CARBONIER, Jean. *Flexible droit*. 8. ed. Paris: LGDJ, 1995, p. 239.

1.3 A família no Direito canônico

Tratando-se *da família no Direito canônico*, nos propomos a compreender como o referido instituto foi sendo construído, juridicamente, ao longo da história deste sistema. Para tanto, iremos abordar, no primeiro subtópico, o *desenvolvimento histórico da família, especificamente, no Direito canônico*, destacando-se o significado interesse da igreja católica por temas relacionados à família. No segundo subtópico, iremos apresentar o seu *desenvolvimento legislativo*, relacionando os documentos pontifícios, publicados ao longo do tempo, tratando-se do tema. Ao final, no terceiro e último subtópico, iremos analisar *o Direito canônico no Direito de família brasileiro*, a fim de ser constatada a influência do Direito canônico no Direito de família deste país, de modo a serem modeladas as instituições atuais da família, no Brasil.

1.3.1 *Desenvolvimento histórico da família no Direito Canônico*

Faz-se necessário ressaltar que a igreja católica sempre despertou um significativo interesse pelos temas relacionados à família, ao longo da história, dando uma especial atenção ao matrimônio²⁴⁰, tendo sido este totalmente reformado. Isto porque, o matrimônio romano é apenas a união do marido e da mulher, a que se comunicam certos efeitos jurídicos. Já para a igreja, desde o século XII, tal como concebeu o Cristianismo, o matrimônio é um sacramento²⁴¹, considerando-se o sacramento “um ato externo capaz de comunicar ao homem uma força que se acrescenta à sua vontade, ou capaz de lhe modificar o estado: o batismo, a comunhão, a penitência, a ordem, a extrema-unção²⁴², todos são sacramentos que têm tal eficácia”²⁴³. E a eficácia do sacramento do matrimônio encontra-se especificamente no amor e na concupiscência, que é imperfeita na nossa condição, sendo considerada origem de força, equilíbrio e paz, e, também, origem de corrupção no homem, provocando-lhe a fraqueza, a dissolução dos seus costumes, a perda da própria constância no amor, considerando-se que a concupiscência leva o homem a variar nos seus sentimentos, destruindo aquilo que deveria ser

²⁴⁰ VATICANO. *Código de direito canônico*, 1983, Cânon 1.055-1.165. Disponível em: <<https://bit.ly/18Dxmwl>>. Acesso em: 10 out. 2018.

²⁴¹ VATICANO, 1983, Cânon 1.055.

²⁴² VATICANO, 1983, Cânon 998-1.007.

²⁴³ DANTAS, 1991, p. 43.

a obra do seu próprio afeto.²⁴⁴ E assim, dispõe, Dantas, sobre o poder santificante do sacramento do matrimônio:

Pretende a Igreja, por meio do sacramento do matrimônio, comunicar ao homem aquela parcela de graça necessária para o auxiliar a vencer o que há de corruptível na concupiscência, e conservar-se dentro do amor em perfeita castidade. É este o sentido fundamental do matrimônio como sacramento: um meio de permitir ao homem vencer aquilo que no próprio amor é corruptível e conservar aquilo que nele é força e princípio de vida para todos.²⁴⁵

A primeira consequência do matrimônio seria a *fusão completa e indissolúvel*²⁴⁶ entre os nubentes, não sendo possível a separação. Os canonistas a sustentam, sob o fundamento de que o matrimônio, como sacramento, visa produzir uma graça santificante, permitindo enfrentar as dificuldades da condição de casado, produzindo uma fusão de vida entre as pessoas que o contraem, sendo inadmissível a sua dissolução ou renúncia, assim como não se renuncia ao efeito de nenhum dos outros sacramentos: ordem, comunhão, batismo, extrema-unção ou qualquer outro. E, simbolizando, o matrimônio, a união entre o Cristo e a sua igreja, seria inadmissível que o matrimônio tenha outro regime, senão o dessa mesma união, sendo este um argumento muito recorrente entre os canonistas, sobretudo os antigos.²⁴⁷ Portanto, no Direito canônico, é inadmissível a existência de um casamento válido, ao lado de outro que também o seja.²⁴⁸

A segunda consequência do matrimônio refere-se à *exclusividade da jurisdição eclesiástica*, não cabendo intervenção estatal. Sob o argumento de que o matrimônio cristão é um sacramento, portanto, indissolúvel, a igreja alega que todas as demais uniões são precárias, por não estarem sujeitas à indissolubilidade, sendo consideradas concubinatos, tanto pelos canonistas quanto pelos juristas romanos. Entretanto, a igreja procurou conciliar a coexistência do casamento civil com o eclesiástico, admitindo-se que o casamento civil regulasse os efeitos civis do matrimônio, embora, não tenha admitido que o mesmo tenha eficácia de produzir matrimônio entre os cônjuges.²⁴⁹

Dessa forma, o instituto do casamento foi sendo construído, juridicamente, no Direito canônico, partindo-se do Direito romano, que era a base de que dispunham os canonistas. No

²⁴⁴ DANTAS, 1991, p. 43-44.

²⁴⁵ DANTAS, 1991, p. 44.

²⁴⁶ VATICANO, 1983, Cânon 1.056.

²⁴⁷ DANTAS, 1991, p. 45-46.

²⁴⁸ VATICANO, 1983, Cânon 1.059.

²⁴⁹ DANTAS, 1991, p. 46-47.

entanto, diferenciavam-se em relação à doutrina do *consensus*. Isto porque, no Direito romano, exigia-se que existisse a *affectio maritalis*, enquanto perdurasse o matrimônio, sendo que, a partir do momento em que esta faltasse, faltava ao matrimônio a sua base. Por outro lado, no Direito canônico, a existência do *consensus* era exigida apenas no momento inicial.²⁵⁰ Daí em diante, deixavam-se as causas do matrimônio, passando-se para os seus efeitos. Assim, para os canonistas, o *consensus* inicial é o primeiro elemento subjetivo, que vem a substituir a *affectio maritalis*, como *consensus* continuado.²⁵¹

No Direito romano, a *deductio in domum mariti* constituía-se na emigração da mulher de uma para outra família, sendo um elemento substancial da união. No entanto, no Direito canônico, o elemento objetivo da *deductio* foi substituído pela *copula*, ao argumento de que a substância do matrimônio encontra-se no amor conjugal, interessando-lhes a união entre o homem e a mulher, sendo a conjunção carnal, o elemento objetivo do matrimônio, a consumar a união.²⁵² Destarte, na concepção canônica, o dom do próprio corpo constitui a matéria do matrimônio, tendo sido criada, na Antiguidade, a ideia de respeito pelo próprio corpo, algo que o homem tem que defender com a virtude da castidade.²⁵³

No século XII, o Direito canônico consolidou-se, tendo sido formada a doutrina do matrimônio. A partir de então, sua celebração se dá pelo *consensus*, expresso, por meio de palavras, pronunciadas pelos nubentes, sendo recomendado que tal manifestação ocorra perante a igreja. Convém destacar que a ausência de intervenção do sacerdote não induz qualquer tipo de nulidade do matrimônio, posto não tratar-se de uma exigência, servindo apenas como simples testemunha do consentimento, sendo, portanto, dispensável. Destarte, a partir do momento em que o *consensus* se verifica, o casamento considera-se realizado, embora, não tenha sido consumado, visto que a consumação se dá pela *copula carnalis*, podendo ser dissolvido, caso não ocorra.²⁵⁴

Convém ressaltar que, ao longo dos anos, a doutrina canônica passou por uma significativa evolução. Isto se deu quando alguns canonistas despertaram a atenção quanto à importância dada ao elemento da cópula, sendo utilizada para decidir-se quanto à dissolução do casamento. Assim, criaram uma teoria, identificando a cópula como um marco para a constatação do casamento, sendo que, até a cópula, haveria apenas uma promessa de casamento

²⁵⁰ VATICANO, 1983, Cânon 1.096.

²⁵¹ DANTAS, 1991, p. 47.

²⁵² VATICANO, 1983, Cânon 1.061.

²⁵³ DANTAS, 1991, p. 47-48.

²⁵⁴ DANTAS, 1991, p. 48.

e, a partir desta, é que teria sido contraído o matrimônio, sendo o momento em que comunicava-se o sacramento. Tal teoria foi exposta pelo monge ascético britânico, Pelagius (350-423), pelo arcebispo de Reims, o francês, Hinomar e, sobretudo, pelo monge, Graciano²⁵⁵, tendo sido este o nome da referida doutrina, que, dividida em causas, inicia-se pelo estudo dos esposais, identificando nele, a presença do *consensus*, mas, diferenciando-o do matrimônio. Entretanto, referida doutrina foi combatida pelo teólogo escolástico e bispo italiano, do século XII, Pedro Lombarda (1100-1160), por meio da "teoria do consenso", que, inspirando-se no Direito romano, sustenta que é pelo consentimento mútuo dos esposos que se estabelece o matrimônio, comunicando-se, a partir de então, os efeitos sacramentais aos nubentes. Assim, é possível dissolver o casamento antes da cópula, apenas em circunstâncias especialíssimas, demonstrando que o casamento encontra-se num período de matrimônio celebrado, embora não tenha ocorrido sua consumação absoluta.²⁵⁶ Cumpre ressaltar que, na evolução do Direito canônico, prevaleceu a doutrina do consenso, sendo que, tratando-se de matrimônio, o Código de Direito canônico faz uma distinção, fundamental para os casos de dissolução do casamento, tendo sido dividido entre: a) o matrimônio *ratum*, em que já se verificou o *consensus*, e b) o matrimônio *ratam et consummatum*, em que já se verificou tanto o *consensus*, quanto a *copula carnalis*.²⁵⁷

Vale destacar, ainda, a distinção entre sacramento e contrato, como sendo uma significativa controvérsia, no Direito canônico. Isto porque, alguns canonistas pretendiam que o contrato matrimonial fosse distinto do sacramento, ao argumento de que, quando o homem e a mulher davam o seu consentimento à vida em comum, ter-se-ia um contrato, que, no entanto, já existia como contrato natural, entre os romanos, embora, distinto do sacramento, que apenas se verifica pela imposição da bênção nupcial. Inicialmente, tal doutrina foi discutida, buscando compreender a natureza do ato; sendo que, posteriormente, foi explorada, a fim de se admitir o matrimônio civil, como disciplina do *contractus*, ao lado do matrimônio eclesiástico, como disciplina do sacramento. Convém destacar que, o que há de original na doutrina da igreja é a transformação do contrato em sacramento, elevando-se o contrato natural, já existente no Direito romano, em ato capaz de comunicar certos efeitos sacramentais, atuando sobre as condições psicológicas da vida conjugal. Inclusive, a própria igreja proclamou, *ex cathedra*, a

²⁵⁵ GRACIANO. *Corpus iuris canonici*. Ed. E. Friedberg, 1959. Disponível em: <<http://mdz.bib-bvb.de/digbib/gratian/text/@GenericBookView;cs=default;ts=default;lang=pt>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

²⁵⁶ DANTAS, 1991, p. 49.

²⁵⁷ VATICANO, 1983, Cânon 1.061.

inseparabilidade dos dois elementos, do contrato e do sacramento, tendo, assim, estabelecido, no *Syllabus errorum* - coletânea de oitenta proposições filosófico-religiosas, consideradas erradas pela autoridade da Igreja, promulgada pelo papa Papa italiano, Pio IX (1792-1878)²⁵⁸, em 1864, publicado como apêndice da encíclica *Quanta cura*²⁵⁹ - sendo que o *Codex juris canonici*²⁶⁰ inicia o tratamento do assunto com uma afirmação nesse sentido.²⁶¹

No que tange aos efeitos produzidos pelo matrimônio canônico, tem-se o estabelecimento da concepção de igualdade moral entre os nubentes. Para tanto, por meio de numerosos princípios sobre a convivência dos esposos, formulados pelo Direito canônico, a igreja procurou criar uma situação jurídica de igualdade tanto para o homem, quanto para a mulher, inspirando-se na sua consideração de pessoa humana, obra do Cristianismo. Com tais princípios, a igreja visava assegurar e efetivar a vida conjugal, considerando-se que o casamento passou a ser considerado sob o aspecto moral, abandonando o seu aspecto político. Insta salientar que, embora o Direito romano tenha realizado uma importante evolução, tirando a mulher da condição de objeto, para torná-la um dos sujeitos do ato matrimonial; a sua posição continuou a ser inferior à do homem, inclusive, na família para onde vai, onde será uma estranha ou estará *sub aliena potestate*. Isto porque, o matrimônio romano é, essencialmente, um negócio do homem, sendo a mulher apenas um participante, não havendo que se falar em equivalência de posições.²⁶² No entanto, no matrimônio canônico, estaria sendo visado exatamente o contrário.

Para tanto, a igreja foi muito severa em suas prescrições, relacionadas ao dever conjugal, de um cônjuge para com o outro, tendo proibido, inclusive, o estabelecimento da separação de corpos entre os esposos, mesmo havendo moléstia grave ou repugnante. Também buscou equilibrar a posição do marido e a da mulher, no que diz respeito ao consentimento para a prática de atos da vida civil, não obstante tenha mantido a proeminência do marido, com a chefia da sociedade conjugal, inclusive, com poder de correção sobre a mulher. Nesse sentido, tem-se a *Encíclica casti connubii*²⁶³, promulgada pelo Papa italiano, Pio XI (1857-1939)²⁶⁴, em

²⁵⁸ Giovanni Maria Mastai Ferretti tornou-se Papa com o nome de Pio IX, em 1846, tendo permanecido até a sua morte, em 1878, sendo o segundo pontificado mais longo da história, após São Pedro Apóstolo. Disponível em: <<https://bit.ly/2HZYJax>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

²⁵⁹ PIUS PP. IX. *Quanta cura*, 1864. Disponível em: <<https://bit.ly/2Qx5J2H>>. Acesso em: 12 out. 2018.

²⁶⁰ VATICANO, 1983, Cânon 1.055.

²⁶¹ DANTAS, 1991, p. 50.

²⁶² DANTAS, 1991, p. 50-51.

²⁶³ PIUS PP. XI. *Encíclica casti connubii, sobre o casamento cristão, 1930*. Disponível em: <<https://bit.ly/2E71VQ1>>. Acesso em: 15 out. 2018.

²⁶⁴ Achille Ratti tornou-se Papa com o nome de Pio XI, em 1922, tendo permanecido até a sua morte, em 1939. Disponível em: <<https://bit.ly/2G1dWFd>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

1930, tratando-se do matrimônio cristão em face das condições da época, exigências, erros e vícios da família e da sociedade, que contempla, embora, sutilmente, o direito de correção do marido sobre a mulher.²⁶⁵

Ademais, a igreja também prescreveu sobre o pátrio-poder, como sendo um múnus, um encargo sobre o *pater*, tendo sua medida no interesse do filho confiado à sua guarda e educação. Registre-se que o pátrio poder romano era uma *auctoritas*, um direito do *pater*, tendo sua medida em sua própria vontade e em seu próprio interesse. No entanto, tal entendimento traduziu-se em vários princípios, vindo a exercer uma crescente influência em relação à intensidade da *potestas*, desde o Direito romano. E, segundo Dantas, seria inegável a influência do Cristianismo em relação ao pátrio poder, operada pelo Direito canônico, atenuando-o e transformando-o, não só na Idade Média (século V-XV, aproximadamente, 476 d. C.-1500); considerando-se que a família romano-helênica, estruturada sob Justiniano (527-548 d. C.), foi fortemente influenciada pela igreja, em relação à legislação romana primitiva do Direito romano.²⁶⁶

No que se refere à sexualidade, sabe-se que o ato sexual (cópula) é considerada um pecado contra a lei divina, sendo admitido apenas quando praticado no matrimônio. Isto porque, para o Direito canônico, segundo a lei divina, cada coisa deve atingir o seu fim, assim como cada parte do homem, e cada ato seu, devendo o sêmen ser expelido apenas em utilidade da geração, e emitido apenas para a propagação da espécie, assim, também, ocorrendo em relação ao coito. Caso contrário, tal ato será considerado contra o bem do próprio homem, e, portanto, pecado contra a natureza, exceto nos casos de esterilidade da mulher.²⁶⁷

Vale destacar a mudança de pensamento da igreja católica, ao longo da história, no que se refere à sexualidade, segundo o médico italiano, membro do Comitê Internacional de Bioética da UNESCO, Berlinguer, ao afirmar que, conforme o Direito canônico, o relacionamento entre cônjuges apresentava duas finalidades: a *procreatio* e o *remedium concupiscentiae*. No entanto, após o Papa italiano, João XXIII (1881-1963)²⁶⁸, e o Concílio Vaticano II (1961-1965)²⁶⁹, passou a ser visto, também, como expressão de *bonum coniugium*,

²⁶⁵ DANTAS, 1991, p. 51-52.

²⁶⁶ DANTAS, 1991, p. 52.

²⁶⁷ AQUINO, Tomás de. *Suma contra os gentios*. 2. v. Tradução de D. Odilão Moura e D. Ludgero Jasper. Porto Alegre: EDIPUCRS: EST, 1996, p. 609-610.

²⁶⁸ Angelo Giuseppe Roncalli tornou-se Papa com o nome de João XXIII, em 1958, tendo permanecido até a sua morte, em 1963. Disponível em: <<https://bit.ly/2WQGmIw>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

²⁶⁹ XXI Concílio Ecumênico da Igreja Católica, convocado pelo Papa João XXIII, em 1961, encerrando-se em 1965, sob o papado de Paulo VI, tendo sido elaboradas e aprovadas 4 constituições, 3 declarações e 9 decretos. Disponível em: <<https://bit.ly/2hhfeys>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

consequência da índole natural do homem e da mulher, e favorável à harmonia das suas relações, além de estar relacionado ao dever de procriar. Em se tratando do *controle da natalidade*, por sua vez, o autor relata que não houve nenhuma alteração, sendo que, tanto a encíclica *Casti connubi* quanto a *Humanae vitae*²⁷⁰ condenam qualquer ação que se proponha a tornar impossível a procriação²⁷¹, posicionando-se, portanto, contra a contracepção. E, no que tange à *concepção*, a posição da igreja católica sempre foi contrária à utilização das técnicas de reprodução assistida.

Assim, tratando-se da *utilização das técnicas de reprodução assistida*, o Papa Pio XII (1876-1958)²⁷² considerou a inseminação artificial homóloga como eticamente inaceitável. No entanto, não se manifestou quanto à prática de alguns meios artificiais de reprodução assistida, destinados à procriação, como finalidade objetiva do ato matrimonial. Destarte, embora tenha manifestado a sua posição contrária apenas em relação à inseminação artificial homóloga, não indicou nenhum método artificial aceitável na inseminação artificial heteróloga.²⁷³ O teólogo e membro da Comissão Teológica Episcopal da Doutrina da Fé da Conferência Episcopal Espanhola, Fernández, relata a posição do Papa Pio XII, no sentido de que: a) condena como imoral a *inseminação artificial fora do casamento*, ao argumento de que a lei natural e a lei divina positiva exigem que a procriação somente possa ser fruto do casamento; b) também condena a *inseminação artificial, dentro do casamento, com a utilização de sêmen de doador*, sendo considerada igualmente imoral, ao argumento de que somente os esposos têm direito recíproco sobre seus próprios corpos para gerar uma nova vida; c) também rejeita a *inseminação artificial, dentro do casamento, com o sêmen do próprio marido*, ao argumento de que o sêmen não pode ser procurado por atos contrários à natureza, referindo-se à masturbação, além do fato de que essa ação ultrapassaria os limites do direito que os esposos adquiriram pelo contrato matrimonial, quanto ao exercício pleno de sua capacidade sexual na realização natural do ato matrimonial; d) por fim, rejeita a *fecundação in vitro*, classificando tal ato como imoral e absolutamente ilícito. Entretanto, o Papa Pio XII veio a admitir a *inseminação artificial*

²⁷⁰ PAULO VI. *Carta Encíclica Humanae vitae, sobre a regulação da natalidade*. AAS 60, 1968. Carta Encíclica de sua santidade o Papa Paulo VI (1963-1978), dada em Roma, em 25 de julho de 1968, no sexto ano do pontificado do referido Papa. Disponível em: <<https://bit.ly/2GfyWG9>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

²⁷¹ BERLINGUER, Giovanni. *Bioética Cotidiana*. Tradução de Lavínia Bozzo Aguilar Porciúncula. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 15-16.

²⁷² Eugenio Maria Giuseppe Pacelli tornou-se Papa com o nome de Pio XII, em 1939, tendo permanecido até a sua morte, em 1958, sendo o primeiro papa romano, desde 1724. Disponível em: <<https://bit.ly/2YVLvRt>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

²⁷³ BLÁZQUEZ, Niceto, O.P. *Bioética la nueva ciencia de la vida*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2000, p. 180.

imprópria, referindo-se a determinados procedimentos médicos, que poderiam acentuar a capacidade procriadora do ato sexual, vindo, inclusive, a citar, nos livros de teologia moral, a dilatação do colo do útero antes do ato sexual, e o recolhimento de sêmen na vagina, após o ato, e sua introdução no útero.²⁷⁴

Com o nascimento do primeiro bebê de proveta e com a crescente discussão acerca das inúmeras descobertas científicas que seguiram a Louise Brown, os líderes da igreja foram levados a refletir e, em alguns momentos, a se pronunciar sobre a posição católica em matéria de assistência à procriação. Urge destacar que a “fecundação *in vitro* recebe uma crescente aceitação nos meios científicos, que a submetem, todavia, a condições e restrições”²⁷⁵, expressas pelo Comitê Federal de Ética norte-americana, com a aprovação de “alguns moralistas católicos como Patrick Vespieren, Oliver de Dinechin e outros participantes do 1.º Congresso Internacional de Transferência de Embriões (Annecy, set. 1982)”²⁷⁶, condições estas a seguir descritas: a) a inseminação artificial deve ser intraconjugal; b) deve ter o objetivo de contornar um caso de esterilidade; e c) ter o objetivo de almejar uma criança que o casal quer assumir e criar.²⁷⁷

Nesta perspectiva, iniciaremos, no próximo subtópico, uma abordagem do desenvolvimento legislativo da família, no Direito canônico, apresentado as leis que tratam dos temas abordados no presente tópico, relacionados ao matrimônio, bem como à reprodução assistida.

1.3.2 *Desenvolvimento legislativo da família no Direito canônico*

Nos primeiros tempos do Cristianismo, a igreja deu início à sua atividade legislativa, nunca tendo contraposto o seu Direito ao Direito romano, cujas leis tinham origem estatal, sendo que suas leis possuíam um caráter meramente supletivo, aplicando-se apenas naquelas matérias em que o Estado não possuía uma legislação especial, sendo chamadas de cânones.²⁷⁸ E, assim, a igreja veio a legislar sobre muitas matérias, dentre elas: as suas próprias funções; a

²⁷⁴ FERNÁNDEZ, Javier Gafo. *10 palavras-chave em bioética: bioética, aborto, eutanásia, pena de morte, reprodução assistida, manipulação genética, AIDS, drogas, transplantes de órgãos, ecologia*. Traduzido por Maria Luisa Garcia Prada. São Paulo: Paulinas, 2000, p. 163-164.

²⁷⁵ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios*. São Paulo: Ideias e Letras, 2004, p. 137.

²⁷⁶ BARCHIFONTAINE, 2004, p. 137.

²⁷⁷ BARCHIFONTAINE, 2004, p. 137.

²⁷⁸ DANTAS, 1991, p. 41.

hierarquia eclesiástica; as relações da igreja com os fiéis - referente à vida dos fiéis na prática dos sacramentos, e na participação da vida da igreja, bem como referente à própria vida dos fiéis e à jurisdição que detinha sobre eles. Convém ressaltar a harmonia existente entre o poder político e o poder eclesiástico da Idade Média (século V-XV, aproximadamente, 476 d. C.-1500), que contribuiu para que certos campos legislativos fossem reconhecidos pelo Estado como esfera privativa da igreja, alheios à legislação do próprio Estado.²⁷⁹

Essa legislação eclesiástica veio a constituir o Direito canônico, sendo este dividido em *Direito Divino e Direito Canônico propriamente dito ou Direito Eclesiástico*. O *Direito Divino* refere-se a um pequeno número de normas, que se mantém imutável, compondo-se de regras deduzidas das Escrituras, cujos textos a igreja se limita a repetir, explicar e interpretar. Já o *Direito Canônico propriamente dito ou Direito Eclesiástico* é constituído por um grande número de normas, porém, mutável, estando em contínua elaboração.²⁸⁰ Insta salientar que, no século XII, o Direito canônico estava formado como corpo de doutrina, mas, principalmente, devido aos decretos do Papa e às várias decisões dos Concílios, a evolução continuou a se processar, o que conduziu à elaboração do Código de Direito canônico, compendiando todo o Direito canônico, posto em vigor em 1917.²⁸¹

Neste contexto, convém registrar que a *Santa Sé* é a jurisdição eclesiástica da igreja católica, em Roma, sendo uma entidade soberana independente, enquanto representação do governo central da igreja, distinta do Estado da Cidade do Vaticano, território sobre o qual tem soberania. É constituída pelo Papa, pela Secretaria de Estado, por Conselhos para os negócios públicos da igreja, e por demais organismos da Cúria Romana.²⁸² Já a *Cúria Romana*, vem a ser a corte papal, o órgão administrativo da Santa Sé, constituído pelas autoridades que assistem o Papa nas suas funções, no que se relaciona à coordenação e organização do funcionamento da igreja católica, quanto a questões ligadas à diplomacia e à gestão política, sendo composta pelos seguintes organismos: a) Secretaria de Estado do Vaticano (administração da igreja e relações diplomáticas); b) Congregações (tratamento assuntos de interesse igreja); c) Pontifícios Conselhos; d) Dicastérios; e) Tribunais; f) Ofícios; g) Pontifícias Comissões; h) Pontifícios Comitês; i) Pontifícias Academias; dentre outros.²⁸³

²⁷⁹ DANTAS, 1991, p. 41-42.

²⁸⁰ DANTAS, 1991, p. 42.

²⁸¹ VATICANO, 1983.

²⁸² VATICANO. *Código de Direito Canônico, 1917*, Can. 361. Disponível em: <<https://bit.ly/2BMRfUc>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

²⁸³ VATICANO. *A cúria romana*. Disponível em: <<http://bit.ly/2MLYsv8>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

Vale destacar que uma das matérias em que a igreja mais legislou foi sobre a família, sendo que sua posição diante de questões que despertam um certo clamor social, ou mesmo, diante de novas descobertas que requeiram algum posicionamento, sempre foi claramente exposta, por meio de documentos do Vaticano, elaborados por seus líderes religiosos.

Assim, ao longo do tempo, existem diversos documentos pontifícios sobre a família, tratando-se de alguns temas polêmicos relacionados à mesma. Dentre eles, a *Encíclica quanta cura*, que tem como apêndice, o *Syllabus errorum*, tendo sido promulgada pelo Papa italiano, Pio IX (1792-1878), em 1864, contendo oitenta opiniões consideradas erradas pela Igreja.²⁸⁴ Em 1880, tem-se a *Encíclica arcanum divinae sapientiae, sobre a família*, promulgada pelo Papa italiano, Leão XIII (1810-1903)²⁸⁵, que aborda problemas da época, relacionados à família, dentre eles, o divórcio. Tal encíclica tornou-se referência para os demais documentos publicados posteriormente pela igreja católica.²⁸⁶ A seguir, tem-se a *Encíclica casti connubi*, promulgada pelo Papa italiano, Pio XI (1857-1939), em 1930, que confirma a santidade do matrimônio e a proibição do aborto, além de impor a proibição quanto ao uso de técnicas artificiais para o controle de natalidade. Também trata da autoridade da igreja em questões morais e defende a cooperação entre o poder civil e a igreja.²⁸⁷ E, em 1968, foi promulgada pelo Papa italiano, Paulo VI (1897-1978)²⁸⁸, a *Carta encíclica humanae vitae, sobre a regulação da natalidade*, apresentando a postura da igreja católica em relação ao aborto e outras medidas relacionadas à vida sexual.²⁸⁹ Em 1981, por provocação do V Sínodo dos Bispos, de 1980²⁹⁰, foi promulgada pelo Papa João Paulo II, a *Exortação apostólica familiaris consortio, sobre a função da família cristã no mundo hoje*, que considerou a família um dos bens mais preciosos da humanidade e proclamou os valores cristãos do Evangelho, buscando uma renovação na sociedade.²⁹¹ Atendendo a uma solicitação, também, do V Sínodo dos Bispos, de

²⁸⁴ PIO IX. *Encíclica quanta cura*, 1864. Disponível em: <<https://bit.ly/2WMN4Q2>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

²⁸⁵ Gioacchino Pecci tornou-se Papa com o nome de Leão XIII, em 1878, tendo permanecido até a sua morte, em 1903. Disponível em: <<https://bit.ly/2WJire8>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

²⁸⁶ PAPA LEÃO XIII. *Encíclica arcanum divinae sapientiae, sobre a família*, 1880. Disponível em: <<https://bit.ly/2CV3kXy>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

²⁸⁷ PIO XI. *Encíclica casti connubi*, 1930. Disponível em: <<https://bit.ly/2K6x4Xr>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

²⁸⁸ Giovanni Battista Montini tornou-se Papa com o nome de Paulo VI, em 1963, tendo permanecido até a sua morte, em 1978. Disponível em: <<https://bit.ly/2FNi1N4>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

²⁸⁹ PAULO VI. *Carta Encíclica humanae vitae, sobre a regulação da natalidade*. AAS 60, 1968. Disponível em: <<https://bit.ly/2GfyWG9>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

²⁹⁰ O Sínodo dos Bispos foi celebrado em Roma, em 1980, com a finalidade de estudar o tema: “O papel da família cristã no mundo contemporâneo”, buscando responder aos questionamentos levados à igreja católica, referentes às transformações vividas na sociedade da época. Disponível em: <<https://bit.ly/2TTPHc>>. Acesso em: 3 abr. 2019.

²⁹¹ JOÃO PAULO II. *Exortação apostólica familiaris consortio, sobre a função da família cristã no mundo hoje*, 1981. Disponível em: <<https://bit.ly/2l937WJ>>. Acesso em: 3 mar. 2019.

1980, a *Carta dos Direitos da família* foi emitida em 1983, pelo Pontifício Conselho para a família, da Santa Sé, apresentando, em doze artigos, uma formulação dos direitos fundamentais da família, a serem defendidos e respeitados pela sociedade, considerando violação a estes direitos o divórcio, a contracepção, a esterilização e o aborto.²⁹²

Posteriormente, em 1987, foi assinada pelo, então, cardeal alemão, Ratzinger (1927-2013), que viria a ser escolhido Papa no ano de 2005,²⁹³ a *Instrução donum vitae, sobre o respeito à vida humana e a dignidade da procriação – resposta a algumas questões atuais*²⁹⁴, da Congregação para a doutrina da fé, tendo sido aprovada pelo Papa polaco, João Paulo II (1920-2005).²⁹⁵ O Bispo Sgreccia, cardeal italiano e presidente emérito da Pontífica Academia para a Vida (2005-2008), órgão da Santa Sé, afirma que a *Instrução donum vitae* versa sobre os problemas da procriação artificial e sobre o “desenvolvimento na visão da corporeidade e da sexualidade como momentos inalienáveis do amor esponsal e da procriação”.²⁹⁶ Na Introdução n. 3, da referida Instrução, tem-se que:

A biologia e a medicina, em suas aplicações, concorrem para o bem integral da vida humana quando vêm em auxílio da pessoa atingida pela doença e enfermidade, no respeito à sua dignidade de criatura de Deus. Nenhum biólogo ou médico pode razoavelmente pretender, por força da sua competência científica, decidir sobre a origem e o destino dos homens. Esta doutrina deve ser aplicada, de modo particular, no âmbito da sexualidade e da procriação, no qual o homem e a mulher atuam os valores fundamentais do amor e da vida.²⁹⁷

A partir dessa visão antropológica da lei moral natural, a Instrução deduz que a transmissão da vida humana da vida tem sua originalidade derivada da originalidade própria da pessoa humana²⁹⁸, considerando o ato conjugal como indissolivelmente corporal e espiritual. Consequentemente, “para respeitar a linguagem dos corpos e sua natural generosidade, a união

²⁹² PONTIFÍCIO CONSELHO PARA A FAMÍLIA. *Carta dos direitos da família*, 1983. Disponível em: <<http://bit.ly/2IIAprF>>. Acesso em: 3 mar. 2019.

²⁹³ Joseph Ratzinger tornou-se Papa com o nome de Bento XVI, em 2005, tendo permanecido até a sua morte, em 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2UpoPJS>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

²⁹⁴ CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. *Instrução donum vitae, sobre o respeito à vida humana e a dignidade da procriação – resposta a algumas questões atuais*, de 22 de fevereiro de 1987, Roma. Introdução: 3. AAS 80, 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/2uz3XkY>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

²⁹⁵ Karol Józef Wojtyła, tornou-se papa com o nome de João Paulo II, em 1978, tendo permanecido até a data de sua morte, 2005, com o terceiro maior pontificado documentado da história, 26 anos, 5 meses e 17 dias, depois do Papa São Pedro, que liderou por cerca de 37 anos, e do Papa Pio IX, que liderou por 31 anos. Foi o primeiro papa não italiano, desde o Papa neerlandês, Adriano VI, em 1522. Disponível em: <<https://bit.ly/2HVyCBV>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

²⁹⁶ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética I. Fundamentos e Ética Biomédica*. Traduzido por Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 302.

²⁹⁷ CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ, 1988, Introdução: 3.

²⁹⁸ CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ, 1988, Introdução: 4.

conjugal deve acontecer no respeito pela abertura à procriação, e a procriação de uma pessoa deve ser o fruto e o terno do amor esponsal”²⁹⁹. E essa formulação leva a *Instrução donum vitae* a retomar as concepções da *Instrução humanae vitae*³⁰⁰ sobre a inseparabilidade dos significados unitivo e procriador do ato sexual.³⁰¹

No que se refere aos *embriões humanos*, as principais passagens da Instrução refletem a preocupação com o avanço da pesquisa médica, no que tange ao respeito à vida e integridade do embrião, desde que sejam orientadas “para a sua cura, para a melhoria das suas condições de saúde ou para a sua sobrevivência individual”, não comportando riscos desproporcionados ao mesmo.³⁰² Assim, tratando-se do *congelamento dos embriões*, mesmo se executado para assegurar uma conservação em vida do embrião, crioconservação, segundo a Instrução, constituiria uma ofensa ao respeito devido aos seres humanos, sob o argumento de que os exporia a graves riscos de morte, ou mesmo, de dano à sua integridade física, privando-os da acolhida e da gestação maternas, estando suscetíveis a posteriores ofensas e manipulações.³⁰³

Em relação às *intervenções na procriação humana*, tratando-se da *fecundação artificial heteróloga*, tem-se o entedimento de ser esta considerada “contrária à unidade do matrimônio, à dignidade dos esposos, à vocação própria dos pais, bem como ao direito do filho a ser concebido e posto no mundo no matrimônio e pelo matrimônio”³⁰⁴. Nesta ótica, afirma que “o recurso aos gametas de uma terceira pessoa, para se ter à disposição o esperma ou o óvulo, constitui uma violação do compromisso recíproco dos esposos, e uma falta grave para com aquela propriedade essencial do matrimônio, que é a sua unidade”³⁰⁵. No que tange à *maternidade de substituição*, tem-se o entendimento de que esta representa uma falta objetiva contra as obrigações do amor materno, da fidelidade conjugal, bem como da maternidade responsável, além de ofender a dignidade e o direito do filho a ser concebido, posto no mundo e educado pelos próprios pais, instaurando-se, com isso, uma divisão entre os elementos físicos, psíquicos e morais que constituem a família.³⁰⁶ Ainda, no que se refere às *intervenções na procriação humana*, tratando-se da *fecundação artificial homóloga*, a Instrução não admite a *inseminação artificial homóloga*, dentro do matrimônio, salvo se utilizada tal técnica como um

²⁹⁹ FERNÁNDEZ, 2000, p. 169.

³⁰⁰ PAULO VI, 1968.

³⁰¹ FERNÁNDEZ, 2000, p. 169.

³⁰² CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ, 1988, Parte I: 3.

³⁰³ CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ, 1988, Parte I: 6.

³⁰⁴ CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ, 1988, Parte II: A, 2.

³⁰⁵ CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ, 1988, Parte II: A, 2.

³⁰⁶ CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ, 1988, Parte II: A, 3.

facilitador/auxílio para que o ato sexual atinja a sua finalidade natural, não sendo configurada a sua substituição.³⁰⁷

Ao final, traz uma recomendação, no sentido de que a “lei civil seja regulada pelas normas fundamentais da lei moral, naquilo que diz respeito aos direitos do homem, da vida humana e da instituição familiar”³⁰⁸. De modo geral, podemos perceber que a *Instrução donum vitae* mantém a posição contrária da igreja católica em relação à procriação artificial, embora permita a utilização da inseminação artificial homóloga, nos casos de esterilidade.

Em 1988, foi publicada pelo Papa polaco, João Paulo II (1920-2005)³⁰⁹, a *Carta apostólica “Mulieres Dignitatem”, sobre a dignidade e vocação da mulher*³¹⁰, tendo sido examinadas as verdades antropológicas fundamentais do homem e da mulher, a igualdade em dignidade e a unidade dos dois, a radicada e profunda diversidade entre o homem e a mulher e a sua vocação à reciprocidade e à complementaridade, à colaboração e à comunhão. E, com o fim de aprofundar o tema, em face da realidade emergente da questão feminina, diante das transformações ocorridas, desde a segunda metade do século XX, em 2008, ocorreu em Roma, o Congresso Internacional: “Mulher e homem, o *humanum* na sua integridade”³¹¹, tratando-se de temas relacionados à impotência da maternidade e da paternidade na família e na sociedade; o equilíbrio entre a vida familiar e o trabalho, tendo sido defendida a presença da mulher no setor público e na assunção de responsabilidades civis e eclesiais. Por ocasião da IV Conferência Mundial sobre a mulher, ocorrida em Pequim³¹², foi publicada, em 1995, pelo Papa João Paulo II, a *Carta às mulheres*, buscando refletir sobre os problemas e perspectivas da mulher, tratando-se essencialmente do tema da dignidade e dos direitos das mulheres, condenando a violência sexual, bem como a cultura hedonista e mercantilista na promoção da

³⁰⁷ CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ, 1988, Parte II: B, 6.

³⁰⁸ CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ, 1988, Parte III.

³⁰⁹ Karol Wojtyła tornou-se Papa com o nome de João Paulo II, em 1978, tendo permanecido até a sua morte, em 2005, tendo o terceiro maior pontificado documentado da história, depois dos papas São Pedro e Pio IX. Disponível em: <<https://bit.ly/2I7IEPw>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

³¹⁰ JOÃO PAULO II. *Carta apostólica mulieris dignitatem, sobre a dignidade e a vocação da mulher*. Disponível em: <<https://bit.ly/1BfDYiC>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

³¹¹ CONGRESSO INTERNACIONAL. *Mulher e homem, o humanum na sua integridade*, organizado por ocasião do XX aniversário da publicação da Carta Apostólica *Mulieris dignitatem*, Roma: 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/2FTAztg>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

³¹² Tal Conferência buscou afirmar os direitos das mulheres como direitos humanos, tendo comprometido com ações específicas para garantir o respeito a esses direitos. (In: IV CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER. *Ação para a igualdade, o desenvolvimento e a paz*. Pequim: 1995. Disponível em: <<https://bit.ly/2RGK4Xb>>. Acesso em: 03 abr. 2019.)

exploração da sexualidade, buscando devolver à mulher o respeito à sua dignidade e ao seu papel.³¹³

Posteriormente, em 1995, foi publicada a *Carta encíclica evangelium vitae, sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana*³¹⁴, reafirma as posturas da igreja sobre questões relacionadas à santidade da vida humana, dentre elas: o assassinato, o aborto, a eutanásia, a pena de morte e o sexo, enfatizando a importância de uma sociedade construída em torno da família.³¹⁵ Urge destacar que o tema “*reprodução assistida*” é tratado pela segunda vez, em um documento oficial da igreja católica, sendo afirmado pelo Papa João Paulo II que “as várias técnicas de reprodução artificial, que pareceriam estar ao serviço da vida e que, não raro, são praticadas com essa intenção, na realidade abrem a porta a novos atentados contra a vida”³¹⁶. E, ainda, salienta que, “essas técnicas registram altas percentagens de insucesso”³¹⁷, associado ao fato de que, às vezes, são produzidos embriões em número superior ao necessário para a implantação no útero da mulher, sendo suprimidos ou utilizados para pesquisas que, a pretexto de progresso científico ou médico, acabam por reduzir a vida humana a um simples material biológico, livremente disponível.³¹⁸ Nesta perspectiva, o *Evangelium vitae* mantém o posicionamento contrário à procriação artificial³¹⁹, apresentado na Instrução *donum vitae*, em 1988.

Na contemporaneidade, convém destacar a rapidez dos progressos no âmbito científico, amplificados pelos meios de comunicação social, e as expectativas e perplexidades que geram na opinião pública. E, a fim de regulamentar, juridicamente, as questões surgidas neste campo, as assembleias legislativas são chamadas a tomarem decisões, recorrendo, às vezes, à consulta popular. Tal fato levou a Congregação para a doutrina da fé a elaborar uma nova instrução, de natureza doutrinal, a Instrução *dignitas personae, sobre algumas questões de bioética*,³²⁰ tendo sido publicada pelo Papa Bento XVI, em 2008. Assim, buscando enfrentar algumas destas questões, a Instrução *dignitas personae* apresenta um reexame de alguns temas já tratados na Instrução *donum vitae*, atualizando as orientações contidas naquele documento, em face dos

³¹³ JOÃO PAULO II. *Carta às mulheres*, 1995. Disponível em: <<https://bit.ly/2WJBKEg>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

³¹⁴ JOÃO PAULO II. *Carta encíclica evangelium vitae, sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana*. AAS 87, 1995. Disponível em: <<https://bit.ly/2OIbFBa>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

³¹⁵ JOÃO PAULO II. 1995.

³¹⁶ JOÃO PAULO II, 1995, Capítulo 1: 14.

³¹⁷ JOÃO PAULO II, 1995, Capítulo 1: 14.

³¹⁸ JOÃO PAULO II, 1995, Capítulo 1: 14.

³¹⁹ JOÃO PAULO II, 1995, Capítulo 1: 14.

³²⁰ CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. *Instrução dignitas personae, sobre algumas questões de bioética*. 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/2OIbFBa>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

novos conhecimentos científicos e práticas tecnológicas, estabelecendo critérios éticos e morais para a sua utilização, mediante alguns esclarecimentos julgados necessários.³²¹ Diante do exposto, eis, a seguir, as últimas diretrizes apontadas pela igreja católica, nos termos da *Instrução dignitas personae*, em matéria de procriação. Tratando-se das questões em matéria de procriação, *quanto às técnicas de ajuda à fertilidade*, a Instrução aponta três bens fundamentais a serem respeitados:

a) o direito à vida e à integridade física de cada ser humano, desde a concepção até à morte natural; b) a unidade do matrimônio, que comporta o recíproco respeito do direito dos cônjuges a tornarem-se pai e mãe somente um através do outro; c) os valores especificamente humanos da sexualidade, que exigem que a procriação de uma pessoa humana deva ser buscada como o fruto do acto conjugal específico do amor entre os cônjuges.³²²

Portanto, tanto as técnicas de fecundação artificial heteróloga, como as técnicas de fecundação artificial homóloga, que venham a substituir o ato conjugal, foram excluídas, sendo admitidas apenas as técnicas que se configuram como uma ajuda ao ato conjugal e à sua fecundidade³²³, e que não venham a substituir o ato conjugal, considerado o único digno de uma procriação.³²⁴ No que se refere à *fecundação in vitro* e a *eliminação voluntária de embriões*, a Igreja considera ser eticamente inaceitável a dissociação da procriação do contexto pessoal do ato conjugal, entendendo ser, a procriação humana, um ato pessoal do casal, sendo inadmissível qualquer forma de delegação substitutiva. Além deste argumento, aponta a altíssima taxa abortiva das técnicas de fecundação *in vitro*, o que “contribui para enfraquecer a consciência do respeito devido a cada ser humano”³²⁵. Em relação à *técnica ICSI – Intra Cytoplasmic Sperm Injection*, tem-se o entendimento de que tal prática venha a traduzir um domínio da técnica sobre a origem e o destino da pessoa humana, sendo “contrária à dignidade e à igualdade, que devem ser comuns a pais e filhos”³²⁶. No que tange ao *congelamento dos embriões*, considera avançada a proposta de adoção pré-natal, sob o entendimento de que poderia ser dado “aos seres condenados à destruição a oportunidade de nascer”. No entanto, posicionou-se contra tal técnica, considerando-se os problemas relacionados à dissociação do ato conjugal, manipulação e domínio, já retratados.³²⁷ Neste mesmo sentido, é o entendimento

³²¹ CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ, 2008, Introdução.

³²² CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ, 2008, Segunda Parte, 12.

³²³ CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ, 2008, Segunda Parte, 12.

³²⁴ CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ, 2008, Segunda Parte, 13.

³²⁵ CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ, 2008, Segunda Parte, 16.

³²⁶ CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ, 2008, Segunda Parte, 17.

³²⁷ CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ, 2008, Segunda Parte, 19.

quanto à *crioconservação de ovócitos*, considerada moralmente inaceitável.³²⁸ Em se tratando de *redução embrionária*, considera ser um aborto intencional seletivo, sob o argumento de que há, em tal prática, uma eliminação deliberada de “um ou mais seres humanos inocentes na fase inicial da sua existência e, como tal, constitui sempre uma desordem moral grave”³²⁹. No tocante ao *diagnóstico pré-implantatório*, sob o argumento de tratar-se de uma seleção qualitativa com a consequente destruição dos embriões, entende configurar-se uma prática abortiva precoce.³³⁰ Por fim, quanto à *terapia genética*, tem o entendimento de que “as intervenções nas células somáticas com finalidade estritamente terapêutica são, em linha de princípio, moralmente lícitas”³³¹. No entanto, em relação às finalidades aplicativas da engenharia genética, diversas da finalidade terapêutica, tem-se o entendimento de que estas manipulações favoreceriam uma mentalidade eugênica, associando-se às suas dificuldades técnicas, com riscos reais e potenciais, manifestando-se pela total negatividade ética deste tipo de intervenção. Ao final, recomenda o acolhimento da vida humana na sua concreta finitude histórica.³³²

Por fim, cumpre registrar a existência da *Doutrina social da igreja*, que vem a ser o conjunto de ensinamentos contidos na doutrina da igreja católica, nos termos do seu magistério, tratando-se de temas relacionados à dignidade humana e sobre o bem comum na vida em sociedade, com a finalidade de fixar princípios, critérios e diretrizes gerais, relacionados à organização política e social dos povos e nações. É constituída de dezenove encíclicas³³³ e de pronunciamentos papais, tendo sido apresentada, de modo sistematizado e orgânico, no *Compêndio da doutrina social da igreja*, publicado em 2004, pelo seu Pontifício Conselho Justiça e Paz.³³⁴

Diante do exposto, tem-se o pensamento da igreja católica, no que refere ao tema família, conforme apresentado nos principais documentos de seu magistério, com as eventuais modificações ocorridas, ao longo do tempo, até os dias atuais. Partindo-se desse pressuposto, iremos analisar, no próximo tópico, o Direito canônico no Direito de família brasileiro.

³²⁸ CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ, 2008, Segunda Parte, 20.

³²⁹ CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ, 2008, Segunda Parte, 21.

³³⁰ CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ, 2008, Segunda Parte, 22.

³³¹ CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ, 2008, Segunda Parte, 26.

³³² CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ, 2008, Segunda Parte, 27.

³³³ Encíclicas são pronunciamentos utilizados pelo papa para exercerem o seu magistério, tratando-se de diversas matérias, buscando atualizar a doutrina católica e definir a posição da Igreja em relação a determinados temas.

³³⁴ PONTIFÍCIO CONSELHO JUSTIÇA E PAZ. *Compêndio da Doutrina Social da Igreja*, 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/1oxlw6L>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

1.3.3 *O Direito canônico no Direito de família brasileiro*

Inicialmente, cumpre registrar que, no Brasil, durante todo o período colonial (1500-1822), vigorou um sistema jurídico semelhante ao que existia em Portugal, havendo as Ordenações do Reino, a saber: a) Ordenações Afonsinas³³⁵ (1446); b) Ordenações Manuelinas³³⁶ (1521) e c) Ordenações Filipinas.³³⁷ Insta salientar que, com a promulgação das Ordenações Filipinas, não houve qualquer inovação legislativa, apenas a consolidação das leis em vigor, compostas pelas Ordenações Manuelinas e pelas leis extravagantes.³³⁸ Nos casos omissos da legislação nacional, aplicavam-se subsidiariamente, *o Direito romano* (o *Corpus Iuris Civilis*, Código de Justiniano) ou *o Direito canônico*, e, na falta de qualquer solução a partir dessas fontes, a decisão seria proferida pelo rei. Nesse contexto, as Ordenações Filipinas foram a base do direito, no Brasil, em seu período colonial (1500-1822), e, também, durante a época do Império (1822-1889). Portanto, o Brasil foi regido pelo direito português, composto pelas Ordenações Filipinas, pelas leis que lhe seguiram, pelo Direito romano e pelo Direito canônico.³³⁹ E, em 1822, com a Independência do Brasil, os textos das Ordenações Filipinas foram sendo, paulatinamente, revogados, embora substituídos por textos que mantinham tal influência. Insta salientar que as normas relativas ao Direito civil, advindas das Ordenações Filipinas, só foram definitivamente revogadas com o advento do Código Civil de 1916, tendo maior vigência que em Portugal, onde foram revogadas pelo seu Código Civil de 1867.³⁴⁰

³³⁵ As Ordenações Afonsinas consolidaram as leis promulgadas desde o reinado de Afonso II, bem como as suas resoluções e determinações, as concordatas de D. Dinis, de D. Pedro e de D. João, adotaram muitas disposições completas do direito romano e do direito canônico. Também o Código das Sete Partidas fornecera disposições inteiras, sendo que os costumes e os estilos de todo povo português nelas figuraram, convertidos em disposições escritas. (In: COELHO, A. Ferreira. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1920, v. 1, p. 202. PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984).

³³⁶ As Ordenações Manuelinas reuniram em um só corpo as leis extravagantes às Ordenações Afonsinas. (In: COELHO, 1920, p. 204. PORTUGAL. *Ordenações Manuelinas*. São Paulo: Saraiva, 1957-1966).

³³⁷ As Ordenações Filipinas, elaboradas sob dois reis espanhóis reputados intrusos, foram atos de sedução, com que os dois Felipes tentaram cativar a estima do povo português, que governavam, e ao mesmo tempo reagir contra o realce do Direito Canônico, que D. Sebastião tanto favorecera, a ponto de, sem restrições, aceitar em Portugal o Concílio de Trento. (In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 42. PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984).

³³⁸ COELHO, 1920, p. 213.

³³⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 136.

³⁴⁰ CARVALHO NETO, Inácio Bernardino de. *A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no Direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005. 233 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 35. Disponível em: <<http://bit.ly/2Kn5VyT>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

Desta forma, o Direito de família português vigorou no Brasil até 1916, tendo sido formado sob a influência do Direito romano, do Direito canônico e do Direito bárbaro, sendo influenciado pela formação histórica das instituições familiares, durante a Idade Média.³⁴¹ Assim, do Direito romano, o Direito português herdou, principalmente, a forma quase patriarcal da família, que ainda conserva-se em nossas instituições, embora, já tenha perdido o rigor, próprio das instituições romanas antigas; além da disciplina do dote. Já do Direito canônico, vem, especialmente, a disciplina do matrimônio, tendo tido forte influência da legislação eclesiástica na formação do nosso Direito de família, tratando-se desta matéria. Por fim, do Direito bárbaro, vem o regime legal de bens que, inicialmente, foi a comunhão universal; além de certas instituições feudais ou quase feudais, ligadas, sobretudo, ao direito político dos bárbaros, transpostas para o Direito civil, tal como a instituição do *morgadio*, que é uma forma particular de sucessão, que adota o critério da primogenitura. Convém salientar que os bárbaros que estiveram presentes na formação portuguesa foram os visigodos, tendo compendiado seus costumes em código, nos meados do século VII.³⁴²

E, por meio do Alvará de 1564, foram publicadas, em Portugal, as disposições do Concílio Tridentino³⁴³, para que fossem observadas em todos os domínios da monarquia portuguesa, sendo que, em 1568, foi reconhecida a investidura da competência das autoridades eclesiásticas, concendida pelo Concílio. Já em 1595, foi sancionada a Compilação das Ordenações Filipinas³⁴⁴, tendo sido ordenada a sua observação após a sua promulgação, em 1603, tanto em Portugal, quanto no Brasil, havendo uma sensível diminuição do poder eclesiástico, a partir de então.³⁴⁵

Pois bem. Iniciando-se pelo Direito de família das Ordenações Filipinas, século XVII, tem-se as disposições do Direito da família, no livro IV, e também no livro I e II. No que tange aos seus antecedentes históricos, faz-se necessária uma investigação no antigo Direito português, que conhecia três formas de casamento: a) a primeira chamava-se “casamento”,

³⁴¹ DANTAS, 1991, p. 65.

³⁴² DANTAS, 1991, p. 65-66.

³⁴³ Também chamado de Concílio da Contra-reforma, este foi o 19º concílio ecumênico da Igreja Católica, realizado no período de 1545 a 1563, na cidade de Trento, no antigo Principado Episcopal de Trento, região do Tirol, na Itália, tendo sido convocado pelo Papa Paulo III, buscando assegurar a unidade da fé e a disciplina eclesiástica, no contexto da Reforma da Igreja Católica, como reação à divisão vivenciada na Europa pela Reforma Protestante. Os decretos tridentinos e os diplomas emanados do concílio foram as principais fontes do direito eclesiástico durante os 4 séculos seguintes, até à promulgação do Código de Direito Canônico, em 1917.

³⁴⁴ Trata-se de uma compilação jurídica, resultante da reforma do Código Manuelino, realizada por Filipe II de Espanha (Felipe I de Portugal), durante o domínio castelhano, tendo vigência mesmo após o fim da União Ibérica (1580-1640). Também chamado de Código Filipino, foi confirmado para continuar vigendo em Portugal por D. João IV, tendo vigência, no Brasil, em matéria civil, até 1916.

³⁴⁵ WALD; FONSECA, 2015, p. 43-44.

sendo uma instituição canônica, que produzia todos os seus efeitos, segundo as normas do Direito canônico e os preceitos estabelecidos pela igreja, em que o consentimento era expresso *per verba*, com os esposos presentes, *in facie Ecclesiae*; b) a outra forma seria o "*marido conhecido*" ou "*conazudo*", muito praticada, em que o *consensus* é expresso *per verba*, mas não *in facie Ecclesiae*, sendo que a igreja, representada pelo pároco ou sacerdote não assiste, apenas as testemunhas, sendo, portanto, válido apenas como um contrato - no antigo Direito canônico, anterior ao Concílio de Trento, tal consentimento era considerado válido -; e c) a terceira é o chamado "*casamento à morganheira*" ou "*de marido desconhecido*", em que exigia-se o *consensus*, embora não havia testemunhas do estabelecimento do *consensus*, não havendo conhecimento do público, não obstante, viviam como marido e mulher. Vale destacar que o "*casamento de marido desconhecido*" é uma projeção histórica do matrimônio romano livre *sine manu*, considerando-se que sua prova se dá, exclusivamente, pela *affectio maritalis*, assim como as outras duas formas correspondem aos aspectos em que poderia apresentar-se o casamento canônico.³⁴⁶

Nas Ordenações Filipinas, há referência ao casamento *in facie Ecclesiae*, bem como ao casamento de "*marido conhecido*", embora o Concílio de Trento (1545-1563) tenha abolido a validade dos casamentos não celebrados *in facie Ecclesiae*. Dessa forma, pelas Ordenações, se o consentimento foi dado em face de testemunhas, ainda que não em face da igreja, produzem-se os efeitos do matrimônio, disposição esta que devia ter sido declarada nula, ao tempo das Ordenações. No entanto, permaneceu até o século passado, no Direito Civil, não obstante ter sido deslocado o sentido da disposição, assim como ocorreu na Consolidação de Teixeira de Freitas.³⁴⁷

Ainda, segundo o Direito das Ordenações, no que tange aos efeitos do casamento, tem-se a comunhão de bens entre os cônjuges, desde que não exista convenção contrária. Assim, chamado pelo Direito da época de "*casamento por carta de metade*", estabelecia-se entre os cônjuges, logo que ocorresse a cópula, por meio da comunhão de bens, sendo distribuídos os bens meio a meio. Insta salientar que o Direito português aplicava o princípio canônico do matrimônio *ratum* e consumado, sendo o estabelecimento do regime de bens, uma das consequências da consumação. No entanto, a comunhão de bens do Direito português das Ordenações não se trata de uma comunhão de "*mãos juntas*", indivisível, como a comunhão de

³⁴⁶ DANTAS, 1991, p. 66-67.

³⁴⁷ DANTAS, 1991, p. 67.

bens irrestrita e absoluta do Direito dos germânicos, mas de uma propriedade de quota, como nos condomínios.³⁴⁸

Cumprе ressaltar que o dote, como regime convencional, também foi regulado nas Ordenações. Dessa forma, se as partes nada dispõem, o que vigora é a “carta de metade”, embora seja admissível que se introduza o dote, por via convencional, por meio de um contrato anterior ao casamento, geralmente, o esponsais ou noivado, em que é estabelecido o dote que a mulher deve trazer à família do marido, no instante em que ela passar a pertencer-lhe. Convém ressaltar que o direito dotal adotado pelo legislador filipino é o do Direito romano evoluído, em que o dote é da mulher, sendo, o marido, o seu simples usufrutuário, e, havendo dissolução da sociedade conjugal, a restituição do dote se impõe.³⁴⁹

Também o instituto da outorga uxória está definido nas Ordenações, não podendo, o marido, alienar ou onerar os imóveis, sem o consentimento da mulher, necessitando dele, também, para dar fiança e para a prática de outros atos jurídicos. Urge destacar o rigor com que a outorga uxória foi exigida, a fim de coibir práticas abusivas, sendo sua prova feita exclusivamente por escrito público, e sua omissão cercada de sanções severas, cominando penas tanto ao marido, quanto aos terceiros que, porventura, contratassem com este, tendo conhecimento da ausência da outorga.³⁵⁰ Tal tradição, peculiar ao Direito brasileiro, permanece em vigor, no Código Civil de 2002, não se admitindo que o marido possa alienar ou gravar imóvel, sem o consentimento de sua mulher.³⁵¹

Vale destacar que a doação do marido à mulher era conhecida, no Direito português, e visando evitar possíveis práticas abusivas, o legislador filipino estabeleceu que a doação do marido à mulher não ultrapassasse o terço do valor do dote constituído; ficando proibida e sem valor a constituição de “câmara cerrada”³⁵², expressão que referia-se a *morgengabe*, do Direito germânico, aquela doação matinal, que o marido fazia à mulher, a título de *pretium pudicitiae*, preço da virgindade.³⁵³ No que tange às doações recíprocas entre os cônjuges, durante a vigência da sociedade conjugal, cumpre ressaltar que estas são admitidas, desde que estejam em vigor regimes diferentes do regime da comunhão de bens. Entretanto, tais doações são

³⁴⁸ DANTAS, 1991, p. 67-68.

³⁴⁹ DANTAS, 1991, p. 68-69.

³⁵⁰ DANTAS, 1991, p. 68.

³⁵¹ BRASIL. *Código civil. 2002. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*, art. 1.647. Disponível em: <<https://bit.ly/1drzx5j>>. Acesso em: 10 out. 2018.

³⁵² DANTAS, 1991, p. 69.

³⁵³ WALD; FONSECA, 2015, p. 45.

revogáveis a qualquer tempo, anulando-se *pleno jure*, a partir do momento do nascimento de um filho, considerando-se que poderia constituir uma fraude à legítima.³⁵⁴

Ainda, pelo Direito das Ordenações, tem-se o poder marital, tendo sido concedido ao marido o poder sobre a sua mulher, inclusive, com o direito de correção física. Além disso, o marido tinha o direito de representação da mulher, nos atos jurídicos. Quanto ao divórcio, esse encontrava-se submetido à disciplina canônica, tanto no que diz respeito à separação pessoal, como no que tange à anulação do matrimônio contraído.³⁵⁵

Havia o instituto da tutela, para os menores, sendo-lhes nomeados tutores, pelos pais ou pelos juízes. Havia, também, a curatela, para os incapazes, os loucos, os sandeus e os pródigos. Ressalte-se que as viúvas também eram submetidas a um tratamento legal prudente, sendo-lhes admitido um curador, caso viessem a gastar desordenadamente.³⁵⁶

Quanto à primogenitura, entre os irmãos, havia uma diferença relevante, tendo sido concedido alguns direitos ao primogênito, que não tocavam aos demais irmãos. Tal norma adveio dos costumes feudais, das regras de Direito público sobre a sucessão do trono. A partir do reconhecimento dos privilégios da primogenitura, surgiu um instituto singular, o morgadio, estabelecendo que somente o filho primogênito poderia suceder em certas terras que pertenciam ao pai, a fim de que fosse assegurada a unidade do patrimônio, impedindo que os bens se espalhassem entre os demais irmãos.³⁵⁷

Dessa forma, a Ordenação Filipina serviu de Direito civil, no Brasil, até o Código Civil de 1916, embora, as instituições familiares tenham sofrido inúmeras modificações. Inicialmente, por leis parciais, e, posteriormente, por algumas leis, ainda no século XVIII, tais como: o Assento de 9 de abril de 1772, que disciplina a obrigação que têm os parentes de se prestarem mutuamente alimentos, quando há, de um lado, possibilidade, e, de outro, necessidade. Também a Lei de 29 de novembro de 1775, que veio mitigar os severos costumes sobre o consentimento paterno para a realização de casamento ou a estipulação de esponsais, podendo o juiz supri-lo, quando denegado sem justa causa. Tem-se, também, a Lei de 6 de outubro de 1784, tratando-se dos esponsais, tendo sido exigida a escritura pública para validade de contrato, quanto ao compromisso esponsalício e aos pactos antenupciais sobre regime de

³⁵⁴ DANTAS, 1991, p. 69-70.

³⁵⁵ DANTAS, 1991, p. 69-70.

³⁵⁶ DANTAS, 1991, p. 71.

³⁵⁷ DANTAS, 1991, p. 71.

bens. Advém daí, a obrigatoriedade da escritura pública, nos pactos antenupciais, no nosso Direito civil.³⁵⁸

Convém ressaltar que a Lei de 20 de outubro de 1823 manteve em vigor, no Brasil, a legislação portuguesa, consubstanciada nas Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções, até que fosse organizado um novo código, e fossem revogadas ou alteradas tais disposições.³⁵⁹ Outro diploma importante é o Decreto de 3 de novembro de 1827, que aprovou a Constituição do Arcebispado da Bahia, que veio a constituir um código das relações entre o Direito do Estado e o Direito da igreja, durante a monarquia. Por meio desta lei, o Brasil recebeu o Direito matrimonial do Concílio Tridentino, na sua integridade, tendo sido reconhecida a jurisdição eclesiástica em relação à celebração e dissolução do casamento, identificando o nosso Direito matrimonial com o Direito canônico. Cumpre ressaltar que, em 1861 e 1863, o Estado veio a legislar, pela primeira vez, sobre o casamento, desconsiderando as leis da igreja, diante da necessidade de excluir, do regime canônico, o casamento entre acatólicos.³⁶⁰

Também o Decreto de 2 de setembro de 1847, que diz respeito aos direitos do filho natural, como ato de simetrização, igualando os direitos dos nobres aos dos plebeus, no que tange aos filhos naturais. Isto porque, pelo Direito das Ordenações, o filho natural do plebeu já tinha condição equivalente à do filho legítimo, mas o filho natural do nobre não tinha. No entanto, estabeleceu que só poderiam concorrer à sucessão com os filhos legítimos, os filhos naturais reconhecidos antes do casamento.³⁶¹

Vale destacar que, em 1857, todo o Direito sobre a família foi reunido num corpo único, por meio da Consolidação das Leis Civis, feita pelo juriconsulto do império, o brasileiro, Teixeira de Freitas (1816-1883). A Consolidação constitui-se num guia, reunindo o Direito que estava em vigor e o que não estava, com leis promulgadas desde o século XVI até o século XIX. Portanto, teve um significativo valor como sistematização do Direito, e, também, como erudição e conhecimento do Direito escrito daquele período.

Assim, a Consolidação das Leis Civis referia-se ao Concílio Tridentino, punindo os casamentos clandestinos e determinando que a prova dos casamentos fosse feita pelas certidões extraídas dos Livros Eclesiásticos, por qualquer instrumento público ou por testemunhas; o regime de bens continuava sendo o da comunhão universal, não se permitindo que o marido

³⁵⁸ DANTAS, 1991, p. 72-73.

³⁵⁹ WALD; FONSECA, 2015, p. 45.

³⁶⁰ DANTAS, 1991, p. 73.

³⁶¹ DANTAS, 1991, p. 73.

alienasse bens de raiz ou direitos equiparados aos mesmos, sem outorga uxória, qualquer que seja o regime de bens. Ademais, as questões de divórcio, nulidade de casamento e separação continuavam sendo de competência exclusiva do juízo eclesiástico.³⁶²

Em meados do século XIX, foi publicada a Lei nº 1.144, de 11 de setembro de 1861, tratando-se do casamento dos acatólicos, dando efeitos civis aos casamentos religiosos realizados pelos não católicos, desde que devidamente registrados.³⁶³ A partir de então, foi permitida a celebração do culto dos nubentes, desde que não contrariassem os bons costumes e a ordem pública, criando-se o registro civil estatal para atendê-los. O Decreto nº 3.069, de 17 de março de 1863, regulamentando referida Lei, estabeleceu as normas básicas, referentes ao registro de nascimento, casamento e óbito dos acatólicos, sendo que a a certidão dos respectivos ministros ou pastores era a única prova do matrimônio admitida.³⁶⁴ Também manteve os impedimentos dirimentes do Direito canônico, no entanto, reconheceu a competência das autoridades civis para conhecer da nulidade ou de qualquer outra questão referente ao casamento dos acatólicos, tendo autorizado o Ministro dos Negócios Interiores e os Presidentes das Províncias a dispensarem referidos impedimentos, dos casamentos de não católicos, nas mesmas condições em que são dispensáveis no matrimônio católico, podendo, o marido, alienar ou onerar os imóveis, sem o consentimento da mulher, necessitando dele, também, para dar fiança e para a prática de outros atos jurídicos, dispensáveis no matrimônio católico. Isto posto, verifica-se que, na regulamentação do casamento dos acatólicos, a legislação imperial buscou conservar a técnica jurídica do Direito canônico, inspirada nas decisões do Concílio de Trento.³⁶⁵ Neste período, as ideias liberais impuseram-se, fazendo surgir as reivindicações referentes à separação do Estado e da igreja, bem como ao casamento civil.³⁶⁶

No dia 7 de janeiro de 1.890, haviam surgido os atos que separavam a igreja do Estado, ficando revogado o decreto de 1.827, que adotara o Direito canônico, aprovando a constituição do Arcebispado da Bahia. Com isso, o casamento deixava de ser submetido à igreja, passando a ser submetido apenas à disciplina e à jurisdição civil. Assim, tem-se o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, em que o casamento civil foi introduzido no Brasil, constituindo-se numa lei geral sobre o matrimônio. Dessa forma, vem relacionando e revigorando os impedimentos

³⁶² FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Brasília: Senado Federal, 2003. Disponível em: <<https://bit.ly/2U7fUdm>>. Acesso em: 5 set. 2018.

³⁶³ BRASIL. *Lei nº 1.144, de 11 de setembro de 1861*. Disponível em: <<http://bit.ly/2W5fHH3>>. Acesso em: 20 out. 2018.

³⁶⁴ BRASIL. *Decreto nº 3.069, de 17 de março de 1863*, regulamentando a Lei nº 1.144/1861. Disponível em: <<http://bit.ly/2W5SK6Z>>. Acesso em: 20 out. 2018.

³⁶⁵ WALD; FONSECA, 2015, p. 46-47.

³⁶⁶ WALD; FONSECA, 2015, p. 47.

matrimoniais que se achavam em vigor na época de sua promulgação, com exclusão dos que tinham causa meramente religiosa; aumenta a idade núbil para 14 e 16 anos, substituindo a idade de 12 e 14 anos, que vigorava segundo a legislação canônica; não fala nos esponsais, considerando-se o seu desuso; dispõe sobre o regime de bens, segundo a tradição; enfim, completa, adapta, e conserva as instituições que estavam em vigor, substituindo a jurisdição eclesiástica pela civil. Ademais, o juiz civil torna-se competente para conhecer da anulação de casamento; tendo sido admitido o desquite contencioso ou por mútuo consentimento, pronunciado pela autoridade civil; foram prescritas fórmulas rituais para criar uma solenidade na celebração do casamento civil, com a intervenção de um juiz, pronunciando certas palavras sacramentais, tendo sido criado um rito solene.³⁶⁷

Com o Decreto nº 521, de 26 de junho de 1890, tornou-se proibida a celebração do casamento religioso antes do civil, sendo punido com prisão e multa o sacerdote que infringisse tal norma. Insta salientar que houve um protesto por parte dos bispos em relação ao referido decreto, ao argumento de que, estando a igreja separada do Estado, e sendo o casamento religioso matéria eclesiástica, a lei civil não deveria interferir, nem para lhe atribuir efeitos, nem para proibir a sua celebração. Todavia, tal decreto tratava-se de uma lei política, feita para obrigar o público à adoção do casamento civil, a fim de torná-lo um hábito na sociedade, que contentava-se apenas com a celebração da cerimônia na igreja, sendo que a lei se impôs.³⁶⁸

A partir de então, tem-se o Código Civil de 1916, trazendo inovações ao Direito de Família, não obstante, tenha se mantido conservador, em sua estrutura, como uma estratificação da consciência jurídica popular. Assim, tal código revelou um direito “mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação”³⁶⁹, tendo mantido uma técnica canônica, num Estado leigo, bem como um privatismo doméstico e um patricialismo conservador, advindo do Direito das Ordenações, numa sociedade evoluída do século XX.³⁷⁰

Nesse diapasão, o Código de 1916 aceitou os processos de Direito canônico, referentes ao processo preliminar de habilitação para o casamento, aos impedimentos dirimentes e impedientes, às nulidades e anulabilidades, tendo considerado indissolúvel o vínculo matrimonial. Além disso, o homem manteve a sua posição anterior de chefe de família, em oposição à sua mulher, considerada relativamente incapaz; sendo que a mulher bínuba³⁷¹ -

³⁶⁷ DANTAS, 1991, p. 74-75.

³⁶⁸ DANTAS, 1991, p. 75.

³⁶⁹ MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 489.

³⁷⁰ WALD; FONSECA, 2015, p. 47-48.

³⁷¹ “A binuba, isto é, aquela que se casou pela segunda vez, não tem pátrio poder sobre os filhos do leito anterior”,

viúva, com filhos, que viesse a se casar novamente - perdia o pátrio poder sobre os filhos do primeiro casamento. No que tange à proteção da pessoa dos filhos, a adoção foi dificultada, tendo sido permitido, apenas, o reconhecimento de filhos naturais, não sendo adulterinos nem incestuosos; no entanto, foi estabelecido que, mesmo os filhos nascidos de casamento nulo ou putativo seriam considerados legítimos, tendo sido atribuída igualdade no direito de herança, aos filhos de qualquer condição. Acrescente-se que o regime legal de bens passou a ser o regime de comunhão parcial, substituindo o regime de comunhão universal, que passou a ser o regime convencional, exigindo-se o pacto antenupcial. Ademais, foi exigida a outorga uxória ou a autorização marital para a venda de bens imóveis, mesmo no regime de separação de bens. Quanto à obrigação de pagar alimentos entre cônjuges, esta foi transmitida aos seus herdeiros; também foram concedidas maiores garantias aos credores de alimentos, mediante a constituição de garantia real ou fidejussória ou, ainda, usufruto de bem do devedor.³⁷²

Urge destacar que, a partir de 1930, inúmeras leis surgiram, visando assegurar a proteção da família, tais como o Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de março de 1941. Dispondo sobre a prova do casamento, para fins de previdência social, tem-se o Decreto-Lei nº 7.485, de 23 de março de 1945 e sobre a guarda de filhos menores, no desquite judicial, tem-se o Decreto-Lei nº 9.701, de 03 de setembro de 1946. A Constituição de 1937 beneficiou o filho natural, e a Lei nº 883/1949 permitiu o reconhecimento e a investigação de paternidade do filho adulterino, após dissolvida a sociedade conjugal. A Lei nº 968/49 estabeleceu a fase de conciliação prévia, nos desquites e nas ações de alimentos. Já a Lei nº 1.110/50 regulamentou o reconhecimento dos efeitos civis do casamento religioso, assegurado na Constituição de 1937 e, posteriormente, reiterado. Ademais, a Lei nº 1.542/52 tratou do casamento de diplomatas brasileiros com pessoas de nacionalidade estrangeira; e a Lei nº 3.133/57 atualizou a adoção. Embora tenha apresentado algumas falhas técnicas, a Lei nº 4.121/62 foi um importante diploma legislativo, que emancipou a mulher casada, reconhecendo-lhe direitos iguais e situação jurídica análoga à do marido, tendo sido restaurado o poder familiar da mulher bínuba; além disso, modificou os princípios básicos, referentes ao regime de bens e guarda de filhos. Ainda, a Lei 4.655/65 introduziu a legitimação adotiva; e a Lei nº 5.478/68 realizou uma reforma na ação de alimentos.³⁷³

nos termos do art. 393 do Código Civil/1916, que referia-se, também, ao pai que contrai novas núpcias, conforme art. 226, § 5º, da CF/88. (In: DANTAS, 1991, p. 414).

³⁷² WALD; FONSECA, 2015, p. 48. BRASIL. *Código civil. 1916. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916.* Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 3 out. 2018.

³⁷³ WALD; FONSECA, 2015, p. 48-49.

Faz-se necessário salientar que algumas leis especiais trataram dos prazos de decadência, nas ações de nulidade ou anulação de casamento; sendo que várias disposições de Direito previdenciário complementaram as normas de Direito de família, passando, inclusive, a conceder determinados efeitos à união estável. Ademais, a jurisprudência veio a amparar o direito da companheira concubina, atribuindo-lhe determinados direitos à herança do companheiro ou à indenização, relacionada à ato ilícito. A lei do Inquilinato, nº 8.245/91 também concedeu direitos à concubina, permitindo-lhe continuar na locação residencial do locatário falecido. Outras matérias polêmicas relacionaram-se à homologação de divórcio estrangeiro; ao regime de separação obrigatória de bens; ao direito aos alimentos da mulher desquitada; bem como à presunção da paternidade, tendo prevalecido, nos tribunais brasileiros, a tendência ao fortalecimento da família, permitindo-se a comunicação de bens de ambos os cônjuges, bem como ampliando-se e facilitando-se o reconhecimento de filhos e a investigação de paternidade.³⁷⁴

Tendo sido possibilitada a dissolução do vínculo matrimonial, pela Emenda Constitucional nº 9/77, a Lei nº 6.515/77 foi publicada, regulando os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, alterando profundamente a sistemática do Código Civil de 1916, em matéria de família, quanto à indissolubilidade do matrimônio, embora tenha apresentado algumas falhas técnicas. Ademais, foi autorizado o reconhecimento de filho havido fora do matrimônio, pelo cônjuge separado de fato, há mais de cinco anos contínuos, por meio da Lei 7.250/1.984.³⁷⁵

A Constituição Federal de 1988 trata da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso em seu Capítulo VII, dentro do Título VIII, “Da Ordem Social”. Assim, dispõe, mantendo alguns preceitos, tais como a gratuidade do casamento e os efeitos civis do casamento religioso, todavia, trouxe significativas inovações. Dentre elas, o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento; o estabelecimento da igualdade entre o homem e a mulher, no exercício dos direitos e deveres, referentes à sociedade conjugal. Além disso, houve redução no prazo para o divórcio, sendo concedido após um ano de separação judicial ou dois anos de comprovada separação de fato. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 66/2010 eliminou a exigência do lapso temporal, permitindo o divórcio direto. Quanto aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, foram-lhe concedidos os mesmos direitos e qualificações, sendo

³⁷⁴ WALD; FONSECA, 2015, p. 49-50.

³⁷⁵ WALD; FONSECA, 2015, p. 48;50.

proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Aos filhos maiores, foi imposto o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.³⁷⁶

A Lei nº 8.009/90 ampliou a proteção do bem de família, vindo a abranger, também, equipamentos e bens móveis que guarnecem a residência, além de proteger tanto a família legítima quanto a entidade familiar, decorrente da união estável entre o homem e a mulher. Já a Lei 8.408/1992 reduziu, para um ano, o prazo de ruptura da vida em comum, a justificar a separação judicial, quando impossível a sua reconstituição, com a conversão em divórcio um ano depois da decisão, que concedeu a medida cautelar ou definitiva de separação. Também determinou que a mulher volte a usar o nome que tinha antes do casamento, salvo provando prejuízo ou manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida. Ainda, as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 definiram os direitos e deveres dos companheiros, que vierem a constituir união estável.³⁷⁷

Cabe ressaltar que o texto constitucional repercutiu no Código Civil de 2002, especificamente, tratando-se da matéria de Direito de família, sendo que as regras pertinentes à sociedade conjugal foram adequadas ao princípio da igualdade entre o homem e a mulher; substituindo-se o patrio poder pelo poder familiar; eliminando-se toda a referência à filiação legítima, legitimada, adulterina, incestuosa ou adotiva, passando a ser considerada uma única filiação. Enfatizou a não interferência das pessoas jurídicas de direito público, na comunhão de vida constituída pelo casamento, além de definir o regime do casamento religioso e seus efeitos. Além disso, trouxe a conceituação de união estável entre homem e mulher, como entidade familiar, podendo ser convertida em casamento, sendo-lhe aplicado o regime de comunhão parcial de bens; também trouxe a definição do concubinato; tendo prescrito o dever de lealdade, respeito, e assistência, nas relações pessoais entre companheiros, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos.³⁷⁸

Nesse diapasão, ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, a Constituição da República de 1988 criou um novo conceito de entidade familiar, albergando novas configurações de vínculos afetivos. E, diante da nova perspectiva, alargou o conceito de família, ao elencar como entidades familiares o casamento, a união estável e a família monoparental, tornando possível o reconhecimento de novos arranjos familiares. E, assim, ocorreu, em maio de 2011, quando o Supremo Tribunal Federal, proferindo julgamento

³⁷⁶ WALD; FONSECA, 2015, p. 51.

³⁷⁷ WALD; FONSECA, 2015, p. 51-52.

³⁷⁸ WALD; FONSECA, 2015, p. 52 e 57-59.

da ADI nº 4.277/DF e da ADPF nº 132/RJ, alargou, ainda mais, o conceito de família, concedendo o direito de formação de família, por meio da união estável, aos casais homoafetivos, sob o entendimento de que a união homoafetiva é uma entidade familiar, dela decorrendo todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher.³⁷⁹

Convém destacar que, diante do reconhecimento da família homoafetiva pelo Direito de família brasileiro, percebe-se a redução da influência do Direito Canônico, frente às novas relações familiares existentes na sociedade. E é inegável que as transformações sociais induziram o surgimento de novos arranjos familiares, fazendo com que a família venha a ser caracterizada por outros vínculos, além do vínculo biológico. Assim, surgiu a concepção da família como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade, inspirada nos valores constitucionais da isonomia, solidariedade e dignidade da pessoa humana. A família eudemonista constituiu-se, dessa forma, na pós-modernidade, como uma família plural, democrática e socioafetiva. E, segundo Dias, “a absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito”³⁸⁰.

Diante do exposto, por meio de um trajetória histórica e legislativa, percebemos que a religião católica, além de ter influenciado a cultura e a política, no Brasil, preencheu um vácuo normativo e principiológico, com relação à formulação do nosso ordenamento jurídico, sendo notável a existência de princípios, valores e aspectos morais provenientes do Direito Canônico, tendo sido incorporados pelo Estado, fundamentando a produção de normas, ainda que implicitamente, que permanecem em nosso ordenamento jurídico, na contemporaneidade. Nesta perspectiva, constatamos que a regulação da relações familiares, no Brasil, fundamenta-se em diretrizes, advindas do Direito Canônico, o que justifica o teor do nosso Direito de família, que, originando-se a partir da religião católica, desenvolveu-se paralelamente a esta, firmando-se em valores provenientes da moral cristã católica. Partindo-se desse pressuposto, com a compreensão de como o nosso sistema jurídico concebe a instituição familiar, mediante questões culturais e religiosas adjacentes, iremos abordar, no próximo capítulo, a família no

³⁷⁹ Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil de 2002, reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. (In: BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.277/DF*, de 05 de maio de 2011. Requerente: Procuradora Geral da República. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília: 05 de maio de 2011. Disponível em: <<https://bit.ly/1JBYbBy>>. Acesso em: 1 out. 2018. BRASIL. STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132/RJ*, de 05 de maio de 2011. Requerente: Procuradora Geral da República. Intimado: Presidente da República. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília: 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2UMijOi>>. Acesso em: 1 out. 2018).

³⁸⁰ DIAS, 2016, p. 148.

Direito de família brasileiro, apresentando o seu desenvolvimento histórico-legislativo e os impactos que o tratamento dispensado à família podem gerar, sendo identificadas as questões e conflitos surgidos, na esfera pública e privada, e apresentados os novos paradigmas norteadores do Direito de família brasileiro, na contemporaneidade, considerando-se a redução da influência da religião católica constatada neste tópico.

1.4 Conclusões parciais

No presente capítulo, tratando-se da *família, especificamente, no Direito canônico*, inicialmente, foram expostos *os conceitos de família*, considerando-se o momento histórico vigente, a evolução dos costumes, a descoberta de novas técnicas científicas, a superação de alguns preconceitos e mitos, o respeito à dignidade humana, bem como o diálogo entre os diversos países do mundo. E, a partir desta visão pluralista, tendo sido flexibilizada a rigidez conceitual, advinda do Direito Canônico, percebemos que o conceito de família veio a adquirir um caráter eminentemente laico, tornando-se possível a legitimação das novas modalidades de família, na contemporaneidade.

Posteriormente, apresentamos *o desenvolvimento histórico das modalidades de família*, desde os povos da etapa inicial de formação da humanidade até os povos dos tempos pós-modernos. A partir de então, tornou-se possível identificar os diferentes modelos que guiam as estruturas familiares, e que se encontram em constante transformação, ao longo da história, adaptando-se à cultura, aos valores e aos costumes de cada época e de cada lugar, visando atender às expectativas da sociedade, bem como às necessidades do próprio indivíduo. Assim, na etapa inicial de formação da humanidade, identificamos as primeiras manifestações de família com base no instinto sexual, sendo que, no direito romano, destacamos a família patriarcal, monogâmica e heterossexual. Já, no direito medieval, diante da forte influência religiosa, tem-se a indissolubilidade do vínculo matrimonial, a dualidade de sexos, além da necessidade de procriação. No direito moderno, tem-se o surgimento da família nuclear e monoparental, de caráter institucional, sendo que, na pós-modernidade, esta adquire um caráter instrumental, com a valorização do afeto.

Ao final, abordamos *a família, especificamente, no Direito Canônico*, apresentando o *desenvolvimento histórico-legislativo* deste tema dentro de tal instituto. No primeiro subtópico, tratando-se do *desenvolvimento histórico da família no Direito canônico*, destaca-se o significativo interesse da igreja católica pelos temas relacionados à família, especialmente

referentes ao matrimônio, concebido como um sacramento. Partindo-se deste pressuposto, tratou das suas consequências, provas e efeitos, estabeleceu os impedimentos matrimoniais, bem como os deveres conjugais, além de regulamentar a sua dissolução e o pátrio-poder. No que se refere à sexualidade, considera o ato sexual um pecado contra a lei divina, sendo admitido apenas quando praticado no matrimônio, tendo em vista a finalidade do relacionamento entre cônjuges: *procreatio* e o *remedium concupiscentiae*. Em se tratando do controle da natalidade, condena qualquer ação que se proponha a tornar impossível a procriação, posicionando-se contra a contracepção. E, no que tange à concepção, sempre foi contrária à utilização das técnicas de reprodução assistida. Dessa forma, o instituto da família foi sendo construído, juridicamente, no Direito canônico, tendo sido relacionados, no segundo subtópico, quanto ao seu *desenvolvimento legislativo*, os documentos pontifícios, publicados ao longo do tempo, tratando-se do tema, apresentando o posicionamento da igreja católica a respeito de temas polêmicos ou que despertam certo clamor social. Ainda neste tópico, em seu último subtópico, buscamos constatar *a influência do Direito canônico no Direito de família brasileiro*, a fim de entender como o Direito canônico e o Direito de família brasileiro reagiram, historicamente, um sobre o outro, de modo a serem modeladas as instituições atuais da família. A partir de tal constatação, percebemos que a religião católica sempre esteve presente no Brasil, tendo sido analisada a manifestação desta presença, fundamentada no Direito canônico, que persiste até os dias atuais, nas instituições da esfera pública, considerando-se o Direito de família brasileiro, que será abordado com uma maior profundidade no próximo capítulo.

E, sem nos determos na percussão destas transformações, advindas do Direito canônico, por todos os sistemas jurídicos, propomos uma análise do sistema jurídico brasileiro, que refletiu esta tendência, consagrando muitas das transformações apresentadas. Isto porque o Direito canônico serviu de fonte imediata à legislação em vigor em muitos países do mundo, sendo que o Brasil foi um deles, aderindo a esta poderosa influência, na estruturação das instituições do Direito de família brasileiro. E é inegável a presença dos conceitos básicos, retratados neste tópico, elaborados pela doutrina canônica, que, ainda hoje, encontram-se presente no Direito de família brasileiro, conforme veremos no próximo capítulo.

2 A FAMÍLIA NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

No presente capítulo, trataremos da *família no Direito de família brasileiro contemporâneo*, tendo sido, este, dividido em três tópicos. Para tanto, no primeiro tópico, será apresentado *o desenvolvimento histórico-legislativo do Direito de família brasileiro*, sendo, este, dividido em dois subtópicos. Inicialmente, no primeiro subtópico, iremos tratar do *desenvolvimento histórico do Direito de família brasileiro*, buscando entender as peculiaridades e especificidades, dentro deste espaço cultural, considerando seus valores e costumes, ao longo da história deste país. Posteriormente, no segundo subtópico, apresentaremos *as alterações legislativas do Direito de família no Brasil*, sendo, este, dividido em outros dois subtópicos, o primeiro, em que será apresentado *o desenvolvimento constitucional do Direito de família brasileiro*, e, o segundo, tratando-se do *Direito de família, no Código Civil brasileiro*. No segundo tópico, nos propomos a identificar *os novos desafios enfrentados pelo Direito de família brasileiro contemporâneo*, buscando entender as peculiaridades e especificidades da família, formada dentro deste espaço cultural, considerando seus valores e costumes, no contexto histórico deste país, a fim de que possam ser indentificadas as questões e conflitos, advindas de *cada modalidade familiar identificada*. Por fim, no último tópico, apresentaremos *os novos paradigmas do Direito de família brasileiro contemporâneo*, amparados nos *princípios constitucionais*, implícitos e explícitos, que impuseram a redução da influência do Direito canônico em nosso sistema jurídico.

2.1 Desenvolvimento histórico-legislativo do Direito de família no Brasil

No presente tópico, trataremos do *desenvolvimento histórico-legislativo do Direito de família no Brasil*, sendo abordado, inicialmente, *o desenvolvimento histórico*, e, posteriormente, *as alterações legislativas*, tratando-se da família no Brasil. Dentro deste último subtópico, a princípio, serão apresentadas *as alterações constitucionais do Direito de família no Brasil*, e, em seguida, será analisado *o Direito de família no Código Civil Brasileiro*.

2.1.1 Desenvolvimento histórico do Direito de família no Brasil

No Brasil Colônia, havia uma multiplicidade de arranjos familiares, podendo ser identificada a família unipessoal, a família monoparental, a família anaparental, a família

simultânea, bem como a família poliafetiva, assemelhando-se com os arranjos encontrados na contemporaneidade. Isto porque a formação da organização familiar brasileira, nos primeiros séculos da colonização, foi determinada por alguns fatores, tais como: a distância dos membros da família, que encontravam-se na metrópole; a presença da escravidão negra e indígena; a falta de mulheres brancas; a constante expansão do território; bem como a escassez de recursos. Ademais, o caráter estratificado da sociedade, sendo constituída de brancos e negros, livres e escravos, dificultava a fixação de padrões de organização familiar. Dessa forma, as famílias foram constituídas de diferentes tipos de uniões, nem sempre sacramentadas, mas frequentemente dispersas³⁸¹. De modo geral, tem-se que:

Tantas foram as formas que a família colonial assumiu, que a historiografia recente tem explorado em detalhe suas origens e o caráter das uniões, enfatizando-lhe a multiplicidade e especificidades em função das características regionais da colonização e da estratificação social dos indivíduos.³⁸²

No entanto, é inegável a importância do casamento, que conferia status e segurança aos colonos, protegendo o seu patrimônio, envolvendo, inclusive, as camadas mais baixas, diante da prática de oferecer dotes a moças órfãs e desprotegidas.³⁸³ Cumpre ressaltar que, nas famílias brasileiras formadas pelo casamento sacramentado, evidencia-se a influência do Direito romano, do Direito germânico, bem como do Direito canônico, como consequência direta da colonização portuguesa. Isto porque, desde o período de colonização, até o advento do Código Civil de 1916, vigoraram, no Brasil, as Ordenações Filipinas do Reino de Portugal, publicadas no ano de 1603, sendo estas uma compilação jurídica fortemente influenciada pelo Direito romano, canônico e germânico, e que mantinham o tom patriarcalista e patrimonialista do período medieval.³⁸⁴

Destarte, durante este período, o Brasil ficou subordinado às normas portuguesas, arraigadas de contornos religiosos, absorvendo as leis, os costumes, as tradições e as imposições sacras, sendo sacralizada a família, com uma finalidade meramente procriativa. A partir de então, a família patriarcal foi instalando-se no Brasil, sobretudo, em decorrência da influência

³⁸¹ ALGRANTI, Leila Menzan. Famílias e vida doméstica. In: NOVAIS, Fernando A. (Coord.); MELLO E SOUZA, Laura de (Org.). *História da vida privada: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 85-87.

³⁸² ALGRANTI, 1997, p. 87.

³⁸³ ALGRANTI, 1997, p. 85-87.

³⁸⁴ DANTAS, 1979, p. 80.

da família romana, da autoridade do chefe de família; e da medieval, relacionada ao caráter sacramental do casamento.³⁸⁵

Convém destacar que, naquela época, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da Antiguidade: a mulher dedicava-se aos afazeres domésticos, sendo que a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem; o marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal; os filhos submetiam-se à autoridade paterna, como futuros continuadores da família, em uma situação muito próxima da família romana.³⁸⁶

Dessa forma, o Estado absorve, embora com uma certa resistência, a regulamentação da família e do casamento, advindas da igreja, não obstante ter-se encerrado a interferência desta em relação à direção daquele. No entanto, devido à forte influência religiosa, e como consequência da moral da época, o Estado não se afasta dos cânones, assimilando-os nas legislações com maior ou menor âmbito. Assim, manteve-se a indissolubilidade do vínculo do casamento e a incapacidade relativa da mulher, bem como a distinção legal de filiação legítima e ilegítima.³⁸⁷

“A partir da metade do século XX, paulatinamente, o legislador foi vencendo barreiras e resistências, atribuindo direitos aos filhos ilegítimos e tornando a mulher plenamente capaz, até o ponto culminante que representou a Constituição de 1988”³⁸⁸. Como será visto a seguir, a partir da Constituição Federal de 1988, os direitos dos filhos são equiparados, não havendo mais distinção quanto à origem da filiação. Além disso, não há preponderância do varão na sociedade conjugal. No contexto da época, o país sentia necessidade de reconhecimento da célula familiar, independentemente da existência de matrimônio, requerendo a proteção das famílias existentes.

Convém ressaltar que, nas últimas décadas, o Direito de família passou por profundas alterações, tendo sido atribuídas: a) à *estatização*: diante da comum e crescente ingerência do Estado nas relações familiares, o que traz uma tendência de publicização da disciplina, que sempre foi baseada no privatismo; b) à *retratação*: nítida redução do grupo familiar em pais e filhos, substituição da família patriarcal pela família nuclear, com um número menor de pessoas; c) à *proletarização*: o grupo doméstico perde sua característica plutocrática, ou seja,

³⁸⁵ SAMARA, Eni de Mesquita. O que mudou na família brasileira? (da colônia à atualidade). *Revista Psicologia USP*, v. 13, n. 2, São Paulo, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/psicousp/article/view/53500/57500>>. Acesso em: 20 set. 2018, p. 28.

³⁸⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: família*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 16.

³⁸⁷ VENOSA, 2018, p. 16.

³⁸⁸ VENOSA, 2018, p. 16.

dominada pelo dinheiro; d) à *desencarnação*: substituição do elemento carnal e religioso pelo elemento psicológico e afetivo; e) à *dessacralização*: desaparecimento do elemento sagrado, da forte influência religiosa da igreja católica, o que dá larga margem à vontade individual, à autonomia privada. Ampliam-se a liberdade e o direito de manifestação das ideias; f) à *democratização* - a sociedade familiar passa a ser uma sociedade igualitária, substituindo-se a hierarquia pelo companheirismo, e pela possibilidade de todos os membros da entidade familiar opinarem para as tomadas de decisões.³⁸⁹

E é inegável o fato de que tais transformações também atingiram o nosso país, provocando alterações estruturais e históricas no Direito de família brasileiro. Dentre as transformações ocorridas em nosso país, tem-se a *crescente formação de novas modalidades de famílias*, fazendo com que surjam novos temas e questões, relacionados aos relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo, às cirurgias de mudança de sexo, às inseminações e fertilizações artificiais, aos úteros de aluguel, à clonagem de células e de pessoas, dentre outros, advindos da evolução da própria sociedade e do avanço tecnológico e científico, que requerem respostas, tratando-se de um grande desafio para o legislador. Além disso, podemos constatar, também, a marcante presença da *proletarização e democratização* entre os componentes do grupo familiar, sendo privilegiada a *igualdade* e o *companheirismo* entre os mesmos; bem como a valorização do elemento *psicológico e afetivo*, da *vontade individual*, da *autonomia privada* e da *liberdade*, fazendo desaparecer a forte influência religiosa da igreja católica, simultaneamente, a uma *crescente estatização do Direito de família*, embora com interferência mínima do Estado.

E, complementado a análise histórica apresentada, será apresentada, no próximo subtópico, uma análise estrutural das alterações ocorridas no Direito de família brasileiro, diante de tais transformações, abordando as alterações legislativas deste instituto no Brasil.

2.1.2 *Desenvolvimento legislativo do Direito de família no Brasil*

No Brasil, o Direito de família refletiu as condições e modelos sociais, morais e religiosos dominantes na sociedade, podendo ser demarcados três grandes períodos, em relação ao ordenamento jurídico vigente: a) *do Direito de família religioso, ou do Direito canônico*, que abrange a Colônia e o Império (1500-1889), que permaneceu por quase quatrocentos anos,

³⁸⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado*. São Paulo: RT, 2005, p. 33.

tendo sido marcado pelo predomínio do modelo patriarcal, tendo sido abordado no capítulo anterior; b) *do Direito de família laico*, instituído com o advento da República (1889), tendo permanecido até a Constituição de 1988, havendo uma redução progressiva do modelo patriarcal; c) *do Direito de família igualitário e solidário*, instituído pela Constituição de 1988.³⁹⁰

Dentro deste contexto, trataremos das *alterações legislativas da família no Brasil*, tendo sido, este subtópico, dividido em outros dois subtópicos. A princípio, no primeiro subtópico, tratando-se do *Direito de família nas Constituições brasileiras*, serão apresentadas as alterações constitucionais do Direito de família, no Brasil, iniciando-se pela Constituição Imperial de 1824 até a Constituição atual de 1988, que correspondente ao período do Direito de família laico. Posteriormente, no segundo subtópico, será analisado *o Direito de família no Código Civil Brasileiro*, de 1916 e de 2002, que corresponde ao Direito de família igualitário e solidário.

2.1.2.1 O Direito de família nas Constituições brasileiras

A seguir, será apresentada a evolução legislativa da família, a partir da análise das Constituições brasileiras, promulgadas ao longo da história do Brasil, que evidenciaram as mudanças sociais ocorridas no país, retratando as peculiaridades ideológicas que transpareceram, a partir da elaboração e aplicação da lei. Assim, por meio desta análise, serão apresentados os acontecimentos políticos, econômicos e sociais que influenciaram os textos constitucionais, e contribuíram para a evolução legislativa da família.

Inicialmente, cumpre destacar que a relação do Brasil com a fé cristã começou ser construída já no início do seu descobrimento e colonização, em 1500, com a chegada dos portugueses, que já professavam a fé católica, e realização da primeira missa, associada às missões jesuíticas enviadas para a evangelização dos nativos, como um dos efeitos da Contrarreforma da igreja católica, consequência indireta do contexto das Reformas Protestantes. E, mesmo após a proclamação da independência, ocorrida em 1822, foram mantidas as relações existentes entre monarquia e igreja.³⁹¹

³⁹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010b, p. 36.

³⁹¹ CAMARA, Victória Albuquerque. *O paradigma religioso e a construção do direito das famílias brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2015, 57 p. Monografia (Graduação). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 34. Disponível em: <<http://bit.ly/2Pj9e9V>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

A *Constituição Imperial de 1824* foi a primeira Constituição brasileira, tendo sido elaborada logo após a proclamação da independência do Brasil, ocorrida em 1822, com considerável influência da Constituição francesa de 1814. Foi marcada por forte centralismo administrativo e político, tendo em vista a figura do Poder Moderador, constitucionalizado, e também por unitarismo e absolutismo. Seguindo as ideias de Benjamin Constant, não se adotou a separação tripartida de Montesquieu, sendo que, além das funções Legislativa, Executiva e Judiciária, estabeleceu-se uma quarta função, a função Moderadora. Por forte influência das Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), configurando a ideia de constitucionalismo liberal, continha importante rol de Direitos civis e políticos, tendo influenciado as declarações de direitos e garantias das Constituições que se seguiram. Ademais, o Brasil foi constituído como Estado confessional, sendo que a religião católica apostólica romana passou a ser a religião oficial do Império, e todas as outras religiões eram permitidas, apenas, com o seu culto doméstico, ou particular, sendo proibida qualquer manifestação externa de templo.³⁹² Considerando-se o seu caráter não-intervencionista, não destinou normas específicas sobre a família brasileira, sua forma de constituição ou mesmo sua proteção, fatos que não deixam nenhuma dúvida de que se harmonizava com o pensamento individualista predominante da época, enquadrando-se perfeitamente no modelo do liberalismo clássico.³⁹³

Vale destacar que, neste período, o estreito vínculo existente entre a igreja e o Estado fazia com que o casamento religioso fosse considerado a fonte formal da família.³⁹⁴ Confirmando esta afirmação, Levy, fazendo referência à Constituição de 1824, dispõe que “a família se constitui apenas como preocupação da religião e não do Estado”³⁹⁵. Isto porque, nessa época, não havia casamento civil, mas apenas o religioso. Portanto, até o ano de 1861, quem disciplina os direitos matrimoniais era a igreja, sendo o casamento eclesiástico o mais praticado, considerando-se o grande o número de católicos existentes à época.³⁹⁶ Insta salientar que a manutenção do aspecto religioso, por parte dos constituintes da época, justifica-se pelo fato de que a religião era considerada “fundamento moral da sociedade”³⁹⁷.

³⁹² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 159-161.

³⁹³ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

³⁹⁴ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 14.

³⁹⁵ LEVY, Maria Stella Ferreira. Um panorama histórico-comparativo do casamento, do parentesco e da família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Novo Código Civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 353.

³⁹⁶ GIORGIS, 2007, p. 14.

³⁹⁷ NEVES, Guilherme Pereira das. A Religião do Império e a Igreja. In: GRINBERG, Keila; SALLES, Ricardo (Org.). *O Brasil Imperial*. v. 1 1808-1831. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 388.

Ademais, a Constituição do Império conservou o sistema do padroado, adotado pela coroa portuguesa, em que o Estado seria o 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.³⁹⁸ Assim, a igreja fazia parte do aparelho burocrático estatal, sendo que as relações desta com o Estado vieram a se tornar objeto de estudo do Direito eclesiástico, como ramo do Direito público, compondo a grade curricular dos cursos jurídicos do Império.³⁹⁹

No entanto, essa interação entre o sagrado e o secular veio a sofrer desgastes, diante da falta de consenso, considerando-se, por um lado, a discordância da Santa Sé quanto à interferência do Estado em assuntos eclesiásticos, e quanto à dependência econômica do Estado, que deixava a igreja submissa às suas decisões. Por outro lado, havia a discordância do Estado, sob o argumento de que negócios de crença deveriam estar fora do alcance político.⁴⁰⁰ Além desses desgastes, a partir da segunda metade do século XIX, com o aumento populacional, associado ao aumento das imigrações para o Brasil, com a chegada de imigrantes que professavam credos distintos da fé católica, as discussões sobre a liberdade religiosa passaram a ganhar um maior 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, além do registro de propriedades.⁴⁰¹ Acrescente-se ainda, a ocorrência de diversos movimentos, em outros países, tratando-se da laicização, o que contribuiu para que o Brasil viesse a se tornar um país laico, com a Proclamação da República, em 1891.⁴⁰²

Assim, em 1861, foi promulgado o Decreto nº 1.144, conferindo efeitos civis ao casamento religioso, realizado por outras religiões, diferente da religião católica. Cumpre ressaltar que tal instituto foi regulamentado pelo Decreto nº 3.069, de 1863, que permitiu o registro de outras formas de celebração do casamento, diferente da forma realizada pela igreja católica.⁴⁰³ E, por meio do Decreto nº 9.886, de 1888, foi instituída a obrigatoriedade de registro

³⁹⁸ OBEID, Rafael Issa. *Os debates em torno do Estado confessional brasileiro do século XIX (1842-1889)*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, 133 p. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 45. Disponível em: <<http://bit.ly/2NkzfGl>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

³⁹⁹ OBEID, 2013, p. 59.

⁴⁰⁰ CAMARA, 2015, p. 35.

⁴⁰¹ CAMARA, 2015, p. 35.

⁴⁰² OBEID, 2013, p. 114.

⁴⁰³ VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. *Famílias poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea*. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2017, 232 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2DXiBbK>>. Acesso em: 20 jul. 2018, p. 59.

dos nascimentos, casamentos e óbitos, fazendo cessar os efeitos civis dos registros eclesiásticos. Cumpre registrar que, na passagem do Império (1822-1831) à República (1889-1930), travou-se acirrada disputa entre conservadores clericais e republicanos, em relação ao domínio dos registros civis, sendo que a igreja, que mantinha todos os registros eclesiásticos em seus domínios, acabou perdendo tal prerrogativa para o Estado.⁴⁰⁴ Convém destacar que a instituição do casamento civil fez com que a igreja perdesse grande parte de seu poder.

Com uma reconhecida tradição cristã, identificada desde a sua colonização, o Brasil presenciou uma significativa inserção da matriz religiosa em seu ordenamento jurídico, especialmente no que tange ao Direito de família. E, durante todo o Império (1822-1831), a família foi confundida com o casamento, sendo que as legislações produzidas a esse respeito apenas reiteravam o caráter de sacramento da união matrimonial, tendo sido reguladas por normas de Direito eclesiástico.⁴⁰⁵

Nesse contexto, com a proclamação da República Brasileira, em 1889, ocorreu a separação entre os poderes religiosos e estatais, sendo que 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, declarando, ainda, a plena liberdade de cultos.⁴⁰⁶ Posteriormente, com o Decreto nº 181, editado neste mesmo ano, o casamento civil foi introduzido, no Brasil, sendo que o matrimônio exclusivamente religioso passou a não ter valor jurídico no país.⁴⁰⁷ A partir de então, o Brasil constitucionaliza-se como um país leigo, laico ou não confessional.⁴⁰⁸

Já a *Constituição de 1891*, a primeira do Brasil República, foi promulgada, passando por uma pequena reforma, em 1926, vigorando até 1930. Foi influenciada pela Constituição norte-americana de 1787, consagrando o sistema de governo presidencialista, a forma de Estado federal, abandonando o unitarismo e a forma de governo republicana, em substituição à monarquia.⁴⁰⁹ O Poder Moderador foi extinto, tendo sido adotada a teoria clássica de Montesquieu da tripartição de “Poderes”, estabelecendo como órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.⁴¹⁰

⁴⁰⁴ NEDER; Gizlene. CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Os filhos da lei. *Revista brasileira de ciências sociais*, v. 16. n. 45. São Paulo: 2001, p. 123.

⁴⁰⁵ OBEID, 2013, p. 88.

⁴⁰⁶ OBEID, 2013, p. 114.

⁴⁰⁷ VIEGAS, 2017, p. 60.

⁴⁰⁸ LENZA, 2018, p. 164.

⁴⁰⁹ LENZA, 2018, p. 163.

⁴¹⁰ LENZA, 2018, p. 164.

Nos termos do que já havia sido estabelecido pelo Decreto n. 119-A, de 1890, o Brasil constitucionaliza-se como um país leigo, laico ou não confessional, tendo sido retirados os efeitos civis do casamento religioso,⁴¹¹ e proclamado o casamento civil, desvinculando a instituição matrimonial da religião, separando o Estado da igreja. Não se invocou, no preâmbulo da Constituição, a expressão “sob a proteção de Deus” para a sua promulgação. E, por meio do Decreto nº 181, de 1890, a República instituiu o casamento civil, no Brasil, de gratuita celebração, que, a partir de então, passou a ser o único ato jurídico capaz de constituir a família.⁴¹² Além disso, os cemitérios passaram a ser administrados pelos municípios, passando a serem admitidos todos os rituais religiosos nos enterros; e, também, o ensino nos estabelecimentos públicos, a partir de então, passou a ser leigo.⁴¹³ No entanto, não trouxe um capítulo especial dedicado à família. Isto porque, a partir do regime republicano, com a separação dos poderes igreja/Estado, o catolicismo deixou de ser a religião oficial, tornando-se necessário mencionar o casamento civil como o vínculo constituinte da família brasileira, dispensável, até então.⁴¹⁴ “Na realidade social, porém, incorporado como estava o casamento canônico na cultura do povo, tudo continuou igual”⁴¹⁵. Vale destacar que todas essas mudanças foram significativas para a esfera pública, em relação à liberdade de crença e consciência, possibilitando o pluralismo de crenças. No entanto, a religiosidade católica manteve-se na esfera da vida privada, sendo que, no âmbito legal e político, certos valores católicos foram mantidos, como fundamento de normas jurídicas.

A *Constituição de 1934* teve uma curta duração, tendo sido abolida pelo golpe de 1937. Foi influenciada pela Constituição de Weimar, da Alemanha, de 1919, evidenciando os Direitos humanos de segunda geração⁴¹⁶, bem como a perspectiva de um Estado Social de Direito (democracia social), tendo sofrido, também, uma significativa influência do fascismo. Cumpre ressaltar que nesta Constituição, foram mantidos alguns princípios fundamentais, tais como a República, a Federação, a tripartição de Poderes, o presidencialismo e o regime representativo, tendo inovado, contudo, em razão do seu caráter social, destacando-se novos títulos, dentre eles,

⁴¹¹ LENZA, 2018, p. 164-166.

⁴¹² ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de. *História constitucional do Brasil*. 9. ed. São Paulo: OAB Ed., 2008, p. 243;259. OLIVEIRA, 2002, p. 25;32.

⁴¹³ SANTOS, Gustavo Ferreira. *A Constituição da primeira república brasileira*. História Constitucional, n. 4, 2003, p. 336-346. Disponível em: <<http://bit.ly/2rgJvHg>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

⁴¹⁴ PEREIRA, 2003, p. 9.

⁴¹⁵ 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, p. 3.

⁴¹⁶ Relacionados a direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade, impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados. (In: MARMELESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 40).

a ordem econômica e social, inserida em um título único; a família, a educação e a cultura, também inserida em um único título, e a segurança nacional. O País continuou leigo, laico ou não confessional, sendo inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não houvesse contravenção à ordem pública e aos bons costumes. Vale destacar a previsão de “Deus” em seu preâmbulo.⁴¹⁷ Convém ressaltar que tal Constituição possui um elemento novo, sendo programática, em parte social-democrática, em parte católica mais social democrática, numa significativa conformidade com o intervencionismo do Estado e com a doutrina política católica, maior do que a de 1831, o que a faz católica, nos pontos relativos à ordem moral, e social-democrática e católica, nos pontos relativos à ordem econômica.⁴¹⁸

No que tange ao Direito de família, o casamento continuava civil e gratuito, tendo sido estabelecida a sua indissolubilidade, ressalvadas as hipóteses de desquite ou anulação, embora tenha voltado a admitir a celebração religiosa do casamento, como apta à produção de efeitos civis, tanto de católicos quanto de outros credos, desde que cumpridos determinados requisitos legais. Além disso, trazia expressa recomendação sobre a realização de exame de sanidade física e mental entre os nubentes, tendo ordenado a gratuidade do reconhecimento dos filhos naturais, e atribuída ao Estado a obrigação de amparar as famílias de prole numerosa.⁴¹⁹ Frise-se que a temática da família foi introduzida, pela primeira vez, no corpo da Constituição brasileira, seguindo o país em direção ao estabelecimento de uma democracia social,⁴²⁰ embora tenha prevalecido a preocupação com aspectos nitidamente secundários, ligados ao procedimento de habilitação, pagamento de selos, impostos, e emolumentos, sendo definida como uma constituição cartoral.⁴²¹ Nesse sentido, Jaques afirma que:

A Constituição de 1934 preocupou-se mais com o casamento, origem da família, do que com a família ela mesma... o poder constituinte não se interessou em apresentar um conceito substancial do que seria uma família, limitando-se somente em especificar o ato pela qual ela se constituía e evidenciar que o ato jurídico do casamento era indissolúvel.⁴²²

Convém salientar que a previsão da liberdade religiosa bem como a recepção do casamento de qualquer religião no ordenamento jurídico brasileiro garantiram a separação

⁴¹⁷ LENZA, 2018, p. 168-169.

⁴¹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição da república dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936, p. 13.

⁴¹⁹ GIORGIS, 2007, p. 15.

⁴²⁰ MALUF, 2010, p. 43.

⁴²¹ OLIVEIRA, 2002, p. 48.

⁴²² JAQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 259-260.

formal entre igreja e Estado, embora tenha sido mantida a influência da moral cristã como fundamento das demais questões de Direito de família. Importante destacar que, durante a República, o Direito de família foi regido pelo Código Civil de 1916, que permaneceu até 2003, com a entrada em vigor do Código Civil atual, associado às Constituições promulgadas e outras legislações subsidiárias. E, neste período, em quase todas as legislações produzidas, tratando-se desta matéria, constata-se a influência de valores cristãos na determinação da formação familiar, desde o casamento até aspectos relativos à administração do lar, podendo ser percebido o uso frequente de conceitos restritivos em relação à construção do núcleo familiar. Assim, o vínculo familiar tinha sua origem por meio do matrimônio, sendo essa a maneira legítima de se constituir a família, com a presença do caráter indissolúvel da união, advindo de doutrinas de cunho cristão.⁴²³

A *Constituição de 1937* foi influenciada pela Constituição polonesa fascista de 1935⁴²⁴, tendo sido enfraquecidos os direitos fundamentais, implantado-se um regime extremamente autoritário, com um Estado centralizador e uma política populista, consolidando-se importantes direitos sociais. A teoria clássica da tripartição de “Poderes” de Montesquieu foi formalmente mantida; embora, na prática, o Legislativo e o Judiciário tenham sido “esvaziados”, tendo em vista o forte traço autoritário do regime. Ademais, manteve-se as matérias sobre a ordem econômica e social, tendo sido abolida a utilização de títulos, passando a destacar apenas a ordem econômica. O Brasil continuava a ser um país leigo, laico ou não confessional, não havendo, contudo, a invocação da “proteção de Deus” no preâmbulo da Constituição.⁴²⁵ No que tange ao Direito de família, reiterou que a família seria constituída pelo casamento indissolúvel, sem se referir à sua forma, e acrescentou a igualdade entre filhos naturais e legítimos, bem como atribuiu ao Estado a responsabilidade da proteção da infância e da juventude. No entanto, foram retirados os efeitos civis ao casamento religioso. Oliveira afirma, ainda, que também o legislador constituinte de 1937 não apresentou uma definição efetiva de família.⁴²⁶ O mesmo preceito foi repetido nas Constituições de 1946 e de 1967.

A *Constituição de 1946* foi promulgada, tratando-se da redemocratização do país, repudiando-se o Estado totalitário, vigente deste 1930, tendo sido inspirada nas ideias liberais da Constituição de 1891, bem como nas ideias sociais da Constituição de 1934. Na ordem

⁴²³ CAMARA, 2015, p. 37.

⁴²⁴ MALUF, 2010, p. 44.

⁴²⁵ LENZA, 2018, p. 172-173.

⁴²⁶ OLIVEIRA, 2002, p. 50-54.

econômica, procurou harmonizar o princípio da livre-iniciativa com o princípio da justiça social; foi restabelecida a teoria clássica de “Poderes” de Monstequieu, sendo que o país continuou leigo, embora, tenha sido mantida a expressa menção a “Deus” no preâmbulo. Tal Constituição seguiu a mesma estrutura da Constituição de 1934, agregando a ordem econômica e a ordem social em um único título.⁴²⁷ Assim, foram realizadas reformas e progressos, configurando uma evolução jurídica, iniciada nas Constituições de 1934 e 1937, consolidando o Direito Contemporâneo. Com esta Constituição, foram renovados os direitos concedidos à família nas Constituições anteriores, acrescendo-se a estes, a vocação hereditária de brasileiros, em relação a bens deixados por estrangeiros no Brasil. Segundo Silva, a Constituição de 1946 não apresentou qualquer evolução quanto à conceituação da família, embora podiam ser percebidas tendências inovadoras, visando ampliar a legitimidade da família, além daquela constituída pelo casamento indissolúvel.⁴²⁸ Nahas destaca que “a Constituição de 1946 continuou atrelada ao casamento civil com vínculo indissolúvel, e retornou a possibilidade, já prevista na Constituição de 1934 e suprimida na de 1937, de registro civil do casamento religioso”⁴²⁹.

Cumprе ressaltar que, a fim de flexibilizar a rigidez do Código Civil de 1916, em 1942, foi publicado o Decreto Lei n. 4.737, permitindo o reconhecimento dos filhos naturais, após o desquite. E, em 1949, foi publicada a Lei nº 883, que permitiu tal reconhecimento em qualquer caso de dissolução da sociedade conjugal. Já em 1962, foi publicada a Lei nº 4.121, Estatuto da Mulher Casada, que eliminou a incapacidade relativa da mulher casada, inaugurando a era da igualdade entre os cônjuges, embora, a organização familiar não tenha deixado de ser preponderantemente patriarcal, considerando-se que muitas prerrogativas foram mantidas com o varão.⁴³⁰

A *Constituição de 1967* foi outorgada pelo regime ditatorial implantado à época, e, seguindo a Constituição de 1937, concentrou o poder no âmbito federal, conferindo amplos poderes ao Presidente da República, esvaziando os poderes dos Estados e Municípios.⁴³¹ A teoria clássica de “Poderes” de Monstequieu foi formalmente mantida, embora predominava o poder Executivo sobre os demais poderes, que tiveram sua competência reduzida; houve forte

⁴²⁷ LENZA, 2018, p. 176-177.

⁴²⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 82-83; OLIVEIRA, 2002, p. 57-62.

⁴²⁹ NAHAS, Luciana Faísca. *União homossexual*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 77.

⁴³⁰ VENOSA, 2018, p. 16.

⁴³¹ LENZA, 2018, p. 180.

preocupação com a segurança nacional; manteve a estrutura da Constituição de 1934, agregando a ordem econômica e a ordem social em um único título, sendo que o país continuou a ser leigo, embora, tenha sido mantida a expressa menção a “Deus” no preâmbulo.⁴³² Cabe ressaltar que referida Constituição manteve a proteção da família em face das Constituições precedentes, reconhecendo a família constituída pelo casamento válido, de caráter indissolúvel, como merecedora da proteção estatal. No entanto, assim como as outras Constituições, também não apresentou um conceito de família, mantendo os direitos já conferidos pela Constituição anterior, embora tenha reduzido a um artigo o espaço dedicado à família.⁴³³

Faz-se necessário ressaltar que, até então, a lógica da formação familiar era atribuída ao *casamento indissolúvel*, reconhecido entre pessoas com ou sem religião, mediante uma aliança matrimonial inseparável, assemelhando-se às prescrições do Código de Direito canônico. Nesse sentido, também a *legitimidade dos laços de parentesco* eram diretamente relacionadas à existência do casamento, sendo permitida a legitimação posterior de filhos considerados ilegítimos. Além disso, tem-se as primeiras previsões sobre o casamento, quanto ao *casamento monogâmico e heteroafetivo*. E, não obstante os dispositivos legais terem aceitado o reconhecimento de uniões religiosas de qualquer credo, quaisquer uniões diversas desses padrões não seriam reconhecidas civilmente, considerando-se que estariam contrariando a ordem pública ou os bons costumes. Com isso, surgiu o *concubinato*, como uma união livre entre duas pessoas, paralela ao matrimônio, largamente utilizado pelos casais com algum impedimento matrimonial, estando fora da tutela do Estado ou da igreja. No entanto, o caráter de imoralidade e ilegalidade conferido a este tipo de união, por estar contrariando a ordem pública e os bons costumes, foi tão significativo que o termo concubinato ganhou sentido pejorativo e preconceituoso, sob o entendimento cristão de que a manutenção de comunhão de vida e de relações sexuais fora do matrimônio configuraria a prática da fornicção. No entanto, é inegável o fato de que muitas famílias foram constituídas por meio deste instituto, tendo sido reconhecido pela Constituição Federal de 1988, tendo sido, inclusive, equiparado ao casamento. Além disso, o *patriarcalismo*, advindo de outras sociedades tradicionais, foi consolidado pelo Direito canônico, tendo sido concedido destaque e privilégios ao homem na formação familiar, já nas primeiras disposições sobre a família em nosso ordenamento jurídico até a entrada em vigor do Código Civil atual, em 2003.

⁴³² LENZA, 2018, p. 180.

⁴³³ OLIVEIRA, 2002, p. 65-66.

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.

A *Constituição de 1969* teve origem na Emenda n. 1, de 1969, baixada pelos militares, tendo sido considerada como a manifestação de um novo poder constituinte originário, outorgando uma Constituição, que “constitucionalizava” a utilização dos Atos Institucionais, considerando-se o seu caráter revolucionário.⁴³⁴ Ademais, seguiu a mesma estrutura da Constituição de 1934, agregando a ordem econômica e a ordem social em um único título.⁴³⁵ Em se tratando do Direito de família, tal Constituição trouxe pequenas alterações, tendo mantido o casamento indissolúvel, sendo que outras prescrições trataram do casamento civil com celebração gratuita; do casamento religioso com efeitos civis; da assistência à maternidade, bem como à infância e à juventude e aos excepcionais. E, em 1977, a Lei do Divórcio estatuiu que o casamento poderia ser dissolvido, após prévia separação judicial, por três anos. Posteriormente, a Emenda n. 2, de 1977, permitiu o divórcio direto, após prévia separação de fato, por mais de cinco anos.⁴³⁶ Desse modo, a Lei do Divórcio concedeu a possibilidade de extinção da sociedade conjugal, com permissão para novo casamento, todavia, somente por uma vez. Assim, o desquite deu lugar à separação, que continuou sendo um estágio intermediário da dissolução da sociedade conjugal, até a obtenção do divórcio.⁴³⁷ Entretanto, tal lei gerou polêmica, considerando-se a significativa influência da igreja sobre o Estado, que tornou o casamento indissolúvel, até então.

Não obstante as polêmicas geradas, à época, a instituição do divórcio e a aceitação de novos paradigmas como a independência da mulher, a valorização de uma nova consciência sobre a sexualidade, o crescimento de movimentos reivindicatórios, as parcerias civis, bem como a abertura política, desembocaram no processo constituinte, com ampla discussão, em nível nacional, da nova ordem constitucional.⁴³⁸ Assim, ao longo dos anos, a sociedade passou por significativas transformações, que ensejaram o enfraquecimento do patriarcalismo, o que

⁴³⁴ LENZA, 2018, p. 182.

⁴³⁵ LENZA, 2018, p. 182.

⁴³⁶ MALUF, 2010, p. 46.

⁴³⁷ VIEGAS, 2017, p. 64.

⁴³⁸ GIORGIS, 2007, p. 16-17.

veio a alterar a sua configuração, até, então, machista e feudalista, fazendo surgir um novo modelo de família, descentralizado, democrático e igualitário.

Registre-se que, até a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, as disposições legais que mais trouxeram inovações em relação ao campo do Direito de família foram a Lei nº 4.121, de 1962, Estatuto da Mulher Casada, que introduziu alterações significativas, destacando-se aquelas que visavam mitigar as diferenças de gênero pré-estabelecidas para o casamento; além da Lei nº 6.515, de 1977, Lei do Divórcio, que permitiu a dissolução do casamento, por meio do divórcio.

E, finalmente, tem-se a *Constituição Federal de 1988*, que refletiu a necessidade da sociedade brasileira pela conquista do Estado Democrático de Direito, baseando-se na experiência constitucional européia. Nesta Constituição, evidencia-se o predomínio do social, destacando-se o respeito aos valores mais elevados da natureza humana⁴³⁹, tendo havido uma ampla participação popular durante a sua elaboração e uma constante busca pela efetivação da cidadania. Sendo democrática e liberal, referida Constituição foi a que apresentou maior legitimidade popular, com forte influência da Constituição portuguesa de 1976. Dessa forma, no seu preâmbulo, foi instituído um Estado Democrático, destinado a assegurar valores supremos - tais como o exercício dos direitos sociais e individuais; a liberdade; a segurança; o bem-estar; o desenvolvimento; a igualdade e a justiça - de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Cumpre registrar que esta foi a primeira Constituição brasileira a separar a ordem econômica da ordem social, tendo sido retomada a teoria clássica da tripartição de “Poderes” de Montesquieu, buscando-se um maior equilíbrio, especialmente pela técnica dos “freios e contrapesos”, abrandando a supremacia do Executivo, que imperava desde o regime anterior. Ademais, o Brasil manteve-se como um país leigo, laico ou não confessional, embora tenha sido mantida a previsão de “Deus”, em seu preâmbulo.⁴⁴⁰

No tocante à formação da família, tal Constituição inovou, trazendo uma nova conceituação de entidade familiar, sendo esta concebida de uma forma mais ampla, contemplando diferentes formas de constituição familiar, para efeitos de proteção do Estado. Com isso, mudou o perfil da família constitucionalmente protegida, situando-se um pouco mais próxima da realidade social, embora tenha sido mantida uma relativa timidez nas mudanças introduzidas. Segundo Muniz:

⁴³⁹ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 19-20; SILVA, José Afonso da, 2003, p. 88.

⁴⁴⁰ LENZA, 2018, p. 185-189.

A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexo família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexiste um conceito unitário de família.⁴⁴¹

Dessa forma, tendo sido adotado um modelo democrático de família, a partir desse momento, o casamento deixa de ser o único bem jurídico tutelado, passando a ser dever do Estado assegurar a proteção da família, independente da sua forma de constituição.⁴⁴² A partir de então, a família passa a ser formada pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis; pela união estável entre o homem e a mulher, facilitada sua conversão ao casamento; e pela família monoparental, comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. De modo geral, foi alterado o panorama tradicional, ao ser ampliado o reconhecimento da formação familiar; bem como ao ser consolidada a igualdade de direitos e deveres, referentes à sociedade conjugal entre o homem e a mulher, sob influência do Direito natural e da Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁴⁴³ Ademais, foram consolidadas as hipóteses de dissolução do casamento pelo divórcio, tendo sido estabelecida a forma direta, após dois anos de separação de fato, e a conversão da separação em divórcio, após um ano de ruptura da vida em comum. Além disso, quanto ao planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, foram garantidos pelo Estado, os recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, como livre decisão do casal, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas, sendo que, em 1996, foi promulgada a Lei nº 9.263, complementando tal disposição constitucional.⁴⁴⁴ Acrescente-se ainda, a fixação da igualdade entre os filhos, havidos ou não do casamento ou por adoção, sendo vedada qualquer forma de discriminação em matéria de filiação. Por fim, o Estado comprometeu-se a assegurar a assistência à família, criando mecanismos para coibir a violência, no âmbito de suas relações, de forma individual.⁴⁴⁵ Nesse diapasão, a Constituição da República de 1988 inaugurou, no ordenamento jurídico brasileiro, a igualdade entre os cônjuges e filhos, as liberdades e as

⁴⁴¹ MUNIZ, Francisco José Ferreira. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 77.

⁴⁴² VIEGAS, 2017, p. 65.

⁴⁴³ COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. *Constituição federal anotada e explicada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 550.

⁴⁴⁴ COSTA; ALVES, 2006, p. 550.

⁴⁴⁵ COSTA; ALVES, 2006, p. 550.

garantias da mulher, bem como a autonomia individual, assegurando a observância da dignidade de todos os membros da família.⁴⁴⁶

Em 1990, foi publicada a Lei nº 8.069, tratando-se do Estatuto da Criança e do Adolescente. Urge destacar que referida lei seguiu uma preocupação mundial, advinda da “Declaração Universal dos Direitos da Criança”, aprovada pela ONU, em 1959, bem como da “Convenção sobre os Direitos da Criança”, também aprovada pela ONU, em 1989, ambas ratificadas pelo Brasil, em 1990.⁴⁴⁷

Convém destacar que, consoante se depreende do art. 226, § 6º, da Constituição Federal de 1988, o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, sendo que a Emenda Constitucional nº 66/2010 suprimiu o requisito da prévia separação judicial, por mais de um ano, ou de comprovada separação de fato, por mais de dois anos, estabelecendo a possibilidade de se requerer o divórcio, sem qualquer exigência de prazo para tanto.

E, apesar de a Constituição Federal de 1988 não reconhecer expressamente a união homoafetiva como entidade familiar autônoma, esta veio a adquirir o *status* de “entidade familiar”, tendo sido autorizada, inclusive, a adoção. Assim, coube ao Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Ayres Britto, dar “nova interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família”⁴⁴⁸. E, seguindo este entendimento, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 175, de 2013, vedou às autoridades competentes “a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”⁴⁴⁹.

No entanto, de modo geral, a Constituição de 1988 efetivou um redimensionamento e valoração do núcleo familiar, ampliando o conceito de família, para além da família formada pelo casamento, protegendo outras modalidades de composição familiar, como merecedoras da

⁴⁴⁶ VIEGAS, 2017, p. 65.

⁴⁴⁷ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://bit.ly/30XmkPC>>. Acesso em: 1 out. 2018. BRASIL. *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990*, que promulga a Convenção sobre os direitos da criança, de 1989. Disponível em: <<http://bit.ly/2wwYvQo>>. Acesso em: 1 out. 2018. ONU. *Declaração Universal dos Direitos da criança*, 1959. Disponível em: <<http://bit.ly/2KfnsYI>>. Acesso em: 1 out. 2018.

⁴⁴⁸ BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.277/DF*, 2011. BRASIL. STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132/RJ*, 2011.

⁴⁴⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013*, que dispõe sobre a habilitação de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <<https://bit.ly/1SxcLPr>>. Acesso em: 1 out. 2018.

proteção do Estado, tratando igualmente pais e filhos, cônjuges e parceiros.⁴⁵⁰ Nesse sentido, Muniz aduz que “inexiste na Constituição uma construção geométrica da família; ao contrário reconhece-se a diversidade, a pluralidade dos diferentes tipos de família que merecem tratamentos idênticos”⁴⁵¹. E Silva complementa, afirmando que “a família é uma comunidade natural composta, em regra, de pais e filhos aos quais a Constituição, agora, imputa direitos e deveres recíprocos”⁴⁵².

Conforme Lôbo, “a Constituição expande a proteção do Estado à família, promovendo a mais profunda transformação de que se tem notícia, entre as Constituições mais recentes de outros países”⁴⁵³, merecendo destaque alguns aspectos:

- a) a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições;
- b) a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações;
- c) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimonializantes;
- d) a natureza socioafetiva da filiação torna-se gênero, abrangente das espécies biológica e não biológica;
- e) consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos;
- f) reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal;
- g) a família configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros.⁴⁵⁴

E Oliveira salienta que “a constitucionalização do Direito de família trouxe, como consequência, a intervenção na família. Todavia, ela ocorreu na medida do essencialmente necessário”. Ainda, segundo o autor, “à importância da família para o Estado, não se seguiu uma ingerência indevida no seu interior. De maneira contrária, o Estado desempenha papel de auxílio paralelo às várias espécies de família”⁴⁵⁵.

Além disso, a Constituição avançou, também, em relação ao patriarcalismo, ainda presente nas relações sociais, buscando reduzir as expressões de superioridade masculina na constituição da família, em seu texto jurídico. Portanto, pode ser considerada um marco no processo de proteção dos direitos e garantias individuais e, por extensão, dos direitos das mulheres, como pode ser constatado nos dispositivos constitucionais que garantem, entre outras coisas, a proteção à maternidade; a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário,

⁴⁵⁰ GIORGIS, 2007, p. 17.

⁴⁵¹ MUNIZ, 1993. p. 77-79.

⁴⁵² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 822.

⁴⁵³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, jun/jul., 2004, p. 6.

⁴⁵⁴ LÔBO, 2010, p. 36.

⁴⁵⁵ OLIVEIRA, 2002, p. 224.

com duração de 120 dias; a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; a proibição de diferenças de salários de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo; o reconhecimento da união estável como entidade familiar e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; a determinação de que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal sejam exercidos igualmente pelo homem e pela mulher; a constitucionalização do divórcio; o planejamento familiar e a necessidade de coibir a violência doméstica. Dessa forma, a preocupação do constituinte com a proteção dos direitos das mulheres e com o fim da discriminação de gênero se espraiam por todo o seu texto legal,⁴⁵⁶ consolidando o papel da mulher na comunidade familiar, promovendo a sua proteção, aumentando a sua independência, e rompendo com o patrio poder, que, inclusive, foi revisto no Código Civil atual, tornando-se poder familiar.

Diante desta abordagem da evolução Constitucional do Direito de família, no Brasil, foi analisada a família em cada uma das Constituições brasileiras, promulgadas ao longo da história, verificando-se uma alteração na realidade fática da família brasileira, tendo sido identificadas diversos tipos de famílias que esperam por uma proteção estatal, fazendo-se necessária uma maior amplitude de abrangência dos valores merecedores de tutela legal, a fim de que possam ser acolhidas, dentro de sua realidade, mesmo fugindo aos padrões religiosos. Neste contexto, foram apontados alguns avanços na Constituição de 1988, sendo que, no próximo subtópico, será analisado como o Direito de família tem acolhido tais formações familiares no Código Civil brasileiro.

2.1.2.2 O Direito de família no Código Civil Brasileiro

Durante quase 300 anos, a regulamentação das relações de família, no Brasil, foi deixada às Ordenações do Reino que, por força de Lei de 1823, foram mantidas em vigor, até o advento do Código Civil, de 1916, muito tempo após sua revogação, em Portugal. E tal fato ocorreu, porque, até o início do século XX, as relações familiares, no Brasil, eram consideradas como um assunto exclusivamente privado, tendo, o pai de família, autoridade máxima, sendo dotado de poder absoluto, não cabendo qualquer intervenção do Poder Público, além do mínimo necessário. Isto também explica o laconismo constitucional sobre a matéria, até 1988,

⁴⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário – REx. nº 227.114/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, julgado em 22.11.2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2RjhAz7>>. Acesso em: 20 out. 2018.

especialmente, nas Constituições de 1967 e 1969, que, diferentemente, das Constituições de 1934, 1937 e 1946, aboliram por completo qualquer referência aos filhos⁴⁵⁷.

E, advindo de um longo processo legislativo, o primeiro Código Civil Brasileiro, instituído pela Lei nº 3.071, de 1916, foi publicado, embora tenha nascido já velho, retratando a realidade individualista do século XVIII. Tepedino salienta que tal código é fruto de uma doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão, e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro a redigi-lo, já na virada do século.⁴⁵⁸ Desta forma, diante da superveniência de um Código Civil, alicerçado em uma realidade pretérita, retratando o século XVIII, não houve qualquer alteração na realidade fática da família brasileira do século XIX, sendo que esta permaneceu no modelo conservador, até o século XX, embora, consagrada pela lei civil.

Nesse contexto, o Código Civil brasileiro de 1916 foi publicado, disciplinando o Direito de família no Livro I, Parte Especial, estando dividido em três partes: I) sobre o casamento; II) sobre as relações de parentesco; e a III) sobre os direitos protetivos: tutela, curatela e ausência.⁴⁵⁹ Assim, trata do instituto do casamento, consolidando-o como imprescindível para a constituição da família legítima, sem fazer qualquer alusão ao casamento religioso, nem tão pouco à união estável, que gerava apenas efeitos obrigacionais. Além disso, diferencia estatutos entre homem e mulher; determina a categorização dos filhos; a proibição do concubinato; bem como a indissolubilidade do vínculo matrimonial;⁴⁶⁰ embora permitia-se o término da sociedade conjugal pela via do desquite, amigável ou judicial, nos casos de adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal, tendo sido mantido o desquite por mútuo consentimento dos cônjuges, sendo casados por mais de 02 anos.⁴⁶¹ Cumpre ressaltar que a sentença do desquite autorizava a separação dos cônjuges, colocando termo ao regime de bens, no entanto, sem extinguir o vínculo matrimonial.

Com especial destaque ao homem na formação da sociedade familiar, concedeu-lhe privilégios, por meio de artigos que declaravam o marido como chefe da sociedade conjugal; sendo cabível ao mesmo a representação da entidade familiar, a administração dos bens e a manutenção da família; podendo fixar ou mudar o domicílio da família; além de poder autorizar a profissão da mulher. Também cabia ao marido, o exercício do pátrio poder, na constância do

⁴⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Leo Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 266.

⁴⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2.

⁴⁵⁹ BRASIL. *Código civil*. 1916.

⁴⁶⁰ LEITE, 2005, p. 34.

⁴⁶¹ BRASIL. *Código civil*. 1916.

casamento, competindo-lhe a educação, a criação, a companhia e guarda dos filhos, entre outras atribuições, sendo possível o seu exercício pela mãe, apenas na falta do marido ou havendo algum impedimento para exercê-lo. Além disso, trazia artigos que permitiam a anulação do casamento, caso a mulher viesse a contrair núpcias sem ser virgem, sob o argumento de que o sexo pré-marital configuraria a prática de fornicção, condenada pelo Direito canônico.

Nessa perspectiva, percebemos a sua estrutura conservadora, exclusivamente matrimonializada, sendo admitida a formação da família apenas pelo casamento; heterossexual; indissolúvel; patriarcal; hierarquizada; heteroparental; biológica; patrimonial; sendo a família considerada como uma unidade de produção e reprodução; de caráter institucional.⁴⁶² E, a partir de então, tem-se a concepção do Direito de Família, no Código Civil de 1916, como sendo:

O complexo de normas e princípios que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela, curatela e da ausência.⁴⁶³

No entanto, urge destacar o notável avanço das legislações atuais, que dispõem sobre as famílias brasileiras, em relação às anteriores, buscando uma construção conceitual de família mais abrangente, impondo limites ao Direito canônico, a fim de proteger os que dele se afastam. Nesta perspectiva, Dias afirma que tradicionalismos devem ser evitados pelo nosso ordenamento jurídico, a fim de que situações de fato não sejam ignoradas, evitando que preconceitos sejam reiterados, diante da falta de tutela. Isto porque o afastamento do Estado em relação à igreja revolucionou os costumes e, especialmente, os princípios que regem o Direito de família, provocando profundas mudanças no próprio conceito de família. Posteriormente, sobreveio o pluralismo das entidades familiares, escapando às normalizações existentes. Ainda assim, o Direito de família é o campo do direito mais bafejado e influenciado por ideias morais e religiosas.⁴⁶⁴ Segundo Dias:

Havendo a tendência do legislador de se arvorar no papel de guardião dos bons costumes na busca da preservação de uma moral conservadora. O parlamentar, refugiando-se em preconceitos, se transforma no grande ditador que prescreve como as pessoas devem agir, impondo pautas de conduta afinadas com a moralidade vigente. Limita-se a regulamentar institutos socialmente aceitáveis. Com isso, não desagrada seu eleitorado e garante a reeleição. Assim, restam à margem da lei as situações que são alvo do repúdio social ou referentes às minorias objeto de discriminação. E, perversamente, qualquer agir que se diferencie do parâmetro estabelecido como "normal" é tido por inexistente.⁴⁶⁵

⁴⁶² ROSENVALD; FARIAS, 2016, p. 42.

⁴⁶³ BEVILÁQUA, 1950, p. 6.

⁴⁶⁴ VENOSA, 2018, p. 30.

⁴⁶⁵ DIAS, 2016, p. 59.

E, na contemporaneidade, não é possível aprisionar o Direito de Família nas relações derivadas do casamento, como fez a legislação de 1916, em face do caráter plural das entidades familiares, conforme disposto na Constituição Federal de 1988. Numa concepção mais contemporânea e plural do Direito de Família, considerando a própria evolução da família, este pode ser entendido como “um conjunto de normas-princípios e normas-regras jurídicas que regulam as relações decorrentes do vínculo afetivo, mesmo sem casamento, tendentes à promoção da personalidade humana, através de efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais”⁴⁶⁶. Tartuce o define como sendo “o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo o estudo dos seguintes institutos jurídicos: a) casamento; b) união estável; c) relações de parentesco; d) filiação; e) alimentos; f) bem de família; g) tutela, curatela e guarda.” Além disso, acrescenta a investigação contemporânea das novas entidades familiares.⁴⁶⁷ Sob esta ótica, em 2002, foi publicado o Código Civil, fundamentando-se na família pluralizada, democrática, substancialmente igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, sendo considerada uma unidade socioafetiva, de caráter instrumental.⁴⁶⁸

Registre-se que o Direito de família está regulado na Parte Especial do Código Civil de 2002, em seu Livro IV, artigos 1.511 a 1.783-A, tendo sido dividido em quatro títulos. Inicialmente, o Título I trata do Direito pessoal da família, nos artigos 1.511 a 1.638, regulamentando o casamento, a separação e o divórcio, a proteção da pessoa dos filhos, as relações de parentesco, a filiação, o reconhecimento dos filhos, a adoção e o poder familiar. O Título II, nos artigos 1.639 a 1.722, trata do Direito patrimonial da família, regulamentando o regime de bens entre cônjuges, os bens de filhos menores, alimentos e bem de família. O Título III, que compreende os artigos 1.723 a 1.727, regulamenta a união estável. Por fim, o Título IV, com os artigos 1.728 a 1.783-A, regulamenta a tutela e a curatela.⁴⁶⁹

Assim, “o Direito de Família, no Código Civil de 2002, consolidou os princípios constitucionais, introduzidos pela Constituição de 1988, reconhecendo outros direitos, cujas bases se fixam em nossa realidade social”⁴⁷⁰. E, segundo os juristas brasileiros contemporâneos, é inquestionável a importância dos avanços alcançados, no Código Civil de 2002, procurando

⁴⁶⁶ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 43.

⁴⁶⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*, v. 5, 12. ed. rev., ampl. Rio de Janeiro: 2017, p. 1.

⁴⁶⁸ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 42.

⁴⁶⁹ BRASIL. *Código Civil*. 2002.

⁴⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil: direito de família*. v. 5. 26. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 41.

fornecer uma nova concepção da família, embora reduzida, com o reconhecimento de outras formas de conjugalidade; com a igualdade jurídica entre cônjuges/companheiros; com a dissolubilidade do vínculo matrimonial; com o reconhecimento das uniões estáveis; com a igualdade jurídica dos filhos;⁴⁷¹ bem como diante da alteração de todo o sistema de adoção. Tais avanços foram importantes para a concessão de maior proteção, não apenas às diversas entidades familiares, até então, marginalizadas pela legislação, como também aos indivíduos que faziam parte desses núcleos, como a mulher.

No entanto, temas polêmicos foram ignorados, que poderiam ter sido normatizados, por serem de grande relevância, tais como o transexualismo, o homossexualismo, as inseminações artificiais, as uniões poligâmicas, sendo que inúmeros desafios são enfrentados pelos intérpretes da lei, na doutrina e na jurisprudência dos tribunais, exigindo efetivas modificações, a fim de que o nosso sistema jurídico possa se adaptar à realidade. E, na jurisprudência brasileira, vêm ocorrendo diversas evoluções quanto à organização familiar, buscando acompanhar as mudanças sociais. Registre-se que o reconhecimento das uniões homoafetivas, apesar de não estar devidamente contido em qualquer lei brasileira, já foi devidamente abordado pela nossa jurisprudência, sendo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, em 2011⁴⁷², tendo sido objeto da Resolução nº 175/2013, do Conselho Nacional de Justiça⁴⁷³, ficando vedada a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, nos cartórios brasileiros.

Contudo, a manutenção de alguns artigos, em nossos textos legais, com uma visão de família monogâmica e heteroafetiva, ratifica a forte influência exercida pelo Direito Canônico, que ainda persiste nos dias atuais: na Constituição Federal, tem-se o artigo 226, § 3º e 227 (cân. 1.136); no Código Penal, tem-se o artigo 235 e no Código Civil, tem-se os artigos 1.514; 1.517 (cân. 1.083, § 1º); 1.521, I (cân. 1.091, §§ 1º e 2º), II (cân. 1.092), III (cân. 1.094); VI (cân. 1.085, § 1º) e VII (cân. 1.090, § 2º); 1.542 (cân. 1.104, § 1º e 2º); 1.540 (cân. 1.116, § 1º); 1.548, I e II (cân. 1.095, §§ 1º, 2º e 3º); 1.550, IV e 1.558 (cân. 1.089); 1.556 (cân. 1.097, §§ 1º e 2º).⁴⁷⁴

⁴⁷¹ LEITE, 2005, p. 34.

⁴⁷² BRASIL. STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132/RJ, 2011*. BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.277/DF, 2011.

⁴⁷³ BRASIL. CNJ. *Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013*, que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <<http://bit.ly/2Dn2frI>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

⁴⁷⁴ CAMARA, 2015, p. 44-45.

Por fim, cumpre ressaltar que o Código Civil sofreu grandes modificações, visando se adequar às novas diretrizes ditadas pela Constituição Federal de 1988. E “inúmeros remendos foram feitos, o que, ainda assim, não deixou o texto com a atualidade e a clareza necessárias para reger a sociedade dos dias de hoje” (...) “o Código tenta, sem muito sucesso, afeiçoar-se às profundas alterações por que passou a família no século XX”.⁴⁷⁵ E, não obstante tais mudanças tenham sido essenciais para a sociedade, algumas questões ficaram à margem de regulamentação, fazendo-se necessária a discussão de determinados temas, que permanecem ignorados em nossa sociedade, advindos das novas modalidades de famílias existentes, no contexto histórico-social de nosso país, que permanecem marginalizadas e vulneráveis, conforme será exposto a seguir.

2.2 Os novos desafios enfrentados pelo Direito de família brasileiro contemporâneo

2.2.1 *Considerações gerais*

O termo família é mais que uma impressão terminológica, podendo ser definido como “um eficaz indicador, da complexidade de relações e dimensões que o espaço da família implica: vínculos e limites diversificados que os articulam, que requerem ser definidos e individualizados, mas também tematizados nas suas interdependências”⁴⁷⁶. Nesta perspectiva, iremos abordar as diversas modalidades de família, identificadas na contemporaneidade, considerando-se a complexidade das relações sociais, em geral, e das familiares, em especial, que conferem novos desafios ao Direito, fazendo surgir novos conflitos, que reclamam posturas diferenciadas.⁴⁷⁷

Cumpre ressaltar que os estudos históricos, antropológicos e iconográficos são coerentes quanto à afirmação de que: “a história humana apresenta um quase inesgotável repertório de modos de organizar e atribuir significado à geração e à sexualidade, à aliança entre grupos e àquela entre indivíduos de construir, precisamente, famílias”⁴⁷⁸. Dessa forma, verifica-se uma diversidade dos modos de apresentação da família, sendo justificada a partir da

⁴⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 33.

⁴⁷⁶ SARACENO; NALDINI, 2003, p. 17.

⁴⁷⁷ FACHIN, 2001, p. 56.

⁴⁷⁸ SARACENO; NALDINI, 2003, p. 20.

existência de diferenças culturais e de valores, bem como a partir da ocorrência de diferentes níveis de discurso.⁴⁷⁹ Assim, “a família não é um simples terminal passivo da mudança social, mas um dos agentes sociais que contribuem para definir as formas e os sentidos da própria mudança social, ainda, que com diferentes graus de liberdade, conforme as circunstâncias”⁴⁸⁰.

Nesse sentido, existem diferentes modos de classificar os modelos familiares, que justificam as diversas modalidades de famílias apresentadas, tais como as definidas a partir de estudos históricos e demográficos do historiador inglês, Laslett (1915-2011), a partir de quatro categorias fundamentais de estruturas familiares:

- a) os *grupos domésticos designados “sem estrutura”*, isto é, sem claras relações nem de sexo nem geracionais. Nestes se incluem quer as convivências de irmãos e irmãs, ou consanguíneos sem vínculos de geração, quer aqueles que vivem sozinhos;
- b) os *grupos domésticos “simples”*, compostos quer pelos pais com filhos, que por um único progenitor com os filhos, quer pelo casal sem filhos;
- c) os *grupos domésticos “extensos”*, compostos, para além dos membros da família “simples”, por parentes ascendentes (um avô, uma avó), descendentes (um neto), ou colaterais (um irmão/irmã do marido/da mulher).
- d) os *grupos domésticos “múltiplos”*, em que estão presentes vários núcleos conjugais, vários casais com os seus filhos. Este grupo articula-se ainda segundo os tipos de ligações ao longo do eixo geracional que atravessa os diferentes núcleos: *frèreches* (fratrias) em que todos os irmãos casados vivem juntamente com as suas famílias, famílias – tronco em que o casal idoso vive com a família do herdeiro, conjuntos em que todos os filhos homens casados levam as suas mulheres e depois os filhos para viverem na casa dos pais, etc.⁴⁸¹ (grifos das autoras)

Existem outras modalidades de família, definidas a partir de composições familiares existentes na sociedade, sem alteração das funções socialmente construídas, de vivência, de socialização, a partir do grupo de pertencimento, assim definidas pela socióloga brasileira contemporânea, Sarti⁴⁸²; pela antropóloga francesa contemporânea, Segalen⁴⁸³; pela professora brasileira contemporânea, Szymanski⁴⁸⁴, e pela historiadora brasileira, Samara⁴⁸⁵ (1948-2011) como:

- 1) família nuclear, incluindo duas gerações, com filhos biológicos;
- 2) famílias extensas, incluindo três ou quatro gerações;
- 3) famílias adotivas temporárias (Foster);

⁴⁷⁹ SARACENO; NALDINI, 2003, p. 18.

⁴⁸⁰ SARACENO; NALDINI, 2003, p. 21.

⁴⁸¹ LASTETT, Peter. *Household and family in past time*. Cambridge: Cambridge Press, 1972, *apud* SARACENO; NALDINI, 2003, p. 28-29.

⁴⁸² SARTI, Cynthia Andersen. Famílias enredadas. In: ACOSTA, A. R.; VITALE, M. A. F. (Orgs.). *Família: redes, laços e políticas públicas*. 3º Ed. São Paulo: Cortez, 2007.

⁴⁸³ SEGALIN, M. *Sociologia da família*. Lisboa: Terramar, 1999.

⁴⁸⁴ SZYMANSKI, H. Viver em família como experiência de cuidado mútuo: desafios de um mundo em mudança. *Revista Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, ano 21, n. 71, Cortez, set. 2002.

⁴⁸⁵ SAMARA, Eni de Mesquita. *A família brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1998.

- 4) famílias adotivas, que podem ser bi raciais ou multiculturais;
- 5) casais;
- 6) famílias monoparentais, chefiadas por pai ou mãe;
- 7) casais homossexuais com ou sem crianças;
- 8) famílias reconstituídas depois do divórcio;
- 9) várias pessoas vivendo juntas, sem laços legais, mas com forte compromisso mútuo.⁴⁸⁶

Convém destacar as estruturas familiares, apresentadas pelas juristas francesas contemporâneas, especialistas em Direito de família, Gargoullaud e Vassallo⁴⁸⁷, que assim, distinguem quatro grupos:

- 1) a família nuclear, dita tradicional;
- 2) a família monoparental;
- 3) a família complexa - que pode ou não ser recomposta; e
- 4) a família homoparental.⁴⁸⁸

Por fim, com uma visão pluralista da família, buscando abrigar os mais diversos arranjos familiares, que tem como fundamento a afetividade, tem-se as seguintes formas de entidades familiares, apresentadas por renomados juristas brasileiros da contemporaneidade, dentre eles, Dias, Farias e Rosenvald:

- a) *família matrimonial*: decorrente do casamento;
- b) *família informal*: decorrente da união estável;
- c) *família homoafetiva*: decorrente da união de pessoas do mesmo sexo;
- d) *família monoparental*: constituída pelo vínculo existente entre um dos genitores com seus filhos, no âmbito de especial proteção do Estado;
- e) *família anaparental*: decorrente da convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade e propósito;
- f) *família eudemonista*: conceito utilizado para identificar a família pelo seu vínculo afetivo.⁴⁸⁹

Faz-se necessário ressaltar que todas estas classificações, definidas pelos estudiosos e pelos processos históricos, são apenas modalidades de família que foram identificadas, advindas de processos de transformações e mudanças sociais, econômicas e culturais, que a sociedade viveu, ao longo da história. Portanto, pode haver alterações em sua tipologia e/ou composição, considerando-se ser, a família, uma instituição social, histórica, mutante e

⁴⁸⁶ KASLOW, F. Families and family psychology at the millennium. American Psychologist, 2001, p. 37 *apud* SZYMANSKI, Heloisa. Viver em família como experiência de cuidado mútuo: desafios de um mundo em mudança. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, ano 21, n. 71, Cortez, set. 2002, p. 10.

⁴⁸⁷ GARGOULLAUD, Stéphanie; VASSALO, Bénédicte. *Réinventer la famille?* Paris: La Documentation Française, 2013.

⁴⁸⁸ GARGOULLAUD; VASSALO, 2013, p. 21.

⁴⁸⁹ DIAS, 2016, p. 135-148; FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 76-97.

mutável, que se faz a partir dos vínculos naturais e sociais. A seguir, analisaremos algumas das diversas modalidades de agrupamentos familiares identificadas no presente subtópico.

2.2.2 *As modalidades de família na contemporaneidade*

Analisaremos, neste subtópico, algumas das diversas modalidades de agrupamentos familiares identificados, que se desenvolveram, ao longo dos anos, interrelacionando a sua gênese à formação do estado familiar, e sua relação com o estado conjugal. Ao final de cada modalidade descrita, utilizando-a como um indicador da complexidade de relações, questões e conflitos, que envolvem cada um das famílias identificadas, trataremos de seu reconhecimento legal, em alguns países do mundo, e especificamente, no Brasil, abordando a regulamentação das questões e conflitos advindos.

2.2.2.1 A família matrimonial

Ao longo da história, a partir do período romano, podemos agrupar o casamento em quatro fases distintas, tendo-se: a) *o casamento consensual*, que se originou no Direito romano; b) *o casamento exclusivamente religioso*, com fundamento no Direito canônico até o Concílio de Trento; c) *o casamento civil e religioso*, vigente desde o Concílio de Trento até o Código de Napoleão e, finalmente, c) *o casamento civil obrigatório*, correspondente à secularização do casamento.⁴⁹⁰ Faz-se necessário destacar que, na sociedade moderna ocidental, o matrimônio monogâmico é a base geral em que se assenta a família. E, não obstante a influência do Cristianismo no instituto, a antiguidade greco-romana preparou, solidamente, as bases da sociedade para a prática milenar da família monogâmica, conforme conhecemos.⁴⁹¹

Assim, desde os primórdios do Direito romano, o casamento era *consensual*, sendo considerado um negócio, um acordo celebrado entre duas famílias, reconhecido como um casamento monogâmico, heterossexual, baseado no mútuo consentimento, fazendo referência tanto ao que Gaudemet chamou de Direito divino, quanto ao Direito humano. Já na Idade Média, o casamento assumiu um papel essencialmente *religioso*, regendo-se pelas disposições jurídicas do Direito canônico. Assim, o casamento legítimo era o celebrado em face do

⁴⁹⁰ PESSOA, Mauricio. O casamento no direito civil constitucional. In: VIANA, Rui Geraldo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 218.

⁴⁹¹ DANTAS, 1991, p. 13-14.

consentimento dos nubentes e durava a vida inteira, sendo reprovada toda união extramatrimonial, especialmente, o concubinato. No século XII, surgiu a teoria que qualificou o casamento como um contrato, fazendo um paralelo com a sociedade comercial, apoiando-se no Direito romano clássico, embora, em Roma, o casamento não tenha sido qualificado como um contrato, representando apenas um consórcio. Por volta dos anos 1160, teólogos e canonistas adotaram a terminologia de que o casamento era, concomitantemente, *contrato* e *sacramento*. E, com o advento da Reforma Religiosa, o casamento deixou de ser visto como um sacramento, tendo sido abandonada a regra da sua indissolubilidade e admitido o divórcio, em caso de adultério. E, dessa forma, acolhido pelos ideais da Revolução Francesa, o casamento como contrato civil consolidou-se no Código de Napoleão. Na Pós-Modernidade, vem sendo considerado como um contrato especial com caráter sacramental.⁴⁹²

Convém ressaltar que, no Direito comparado, é possível agrupar o matrimônio em quatro sistemas jurídicos, a saber: 1º) países em que só o casamento civil é válido, sendo ressalvada a celebração do matrimônio religioso; dentre eles, tem-se: o Brasil; os países da América do Sul; a Bolívia; o Chile; a Alemanha; a Suíça; a antiga Tchecoslováquia; b) países que é concedida a liberdade de opção entre o matrimônio civil e o religioso, sendo reconhecido o mesmo valor jurídico em qualquer das escolhas; dentre eles, a Inglaterra e os EUA; 3º) países em que se mantém a preeminência do casamento religioso, sendo o casamento civil acessível apenas às pessoas de outra religião, que não a oficial; dentre eles, a Espanha e a Escandinávia; 4º) países em que subsiste apenas o casamento religioso, tais como o Líbano e a Grécia.⁴⁹³ Cumpre ressaltar que, na contemporaneidade, predomina o entendimento do primeiro grupo de países, que corresponde à secularização do matrimônio, tendo sido considerada a liberdade de consciência e de culto.

Vale destacar que, no Brasil, os princípios do Direito canônico regiam todo e qualquer ato nupcial, com base nas disposições do Concílio Tridentino, bem como na Constituição do Arcebispo da Bahia, fazendo com que a titularidade dos direitos matrimoniais fosse exercida exclusivamente pela igreja católica. No entanto, com a imigração, novas crenças foram introduzidas, sendo que, a partir de 1861, passaram a ser praticados três tipos de atos nupciais: a) o *católico*, celebrado segundo as normas do Concílio de Trento e das Constituições do

⁴⁹² Para todos os dados do presente parágrafo, cf. GAUDEMET, 2001, p. 17-27;32. DANTAS, 1991, p. 123-124.

⁴⁹³ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Maria Regina Beatriz Tavares da. *Direito de família*, 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 14. PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. La famille (Mariage, divorce, filiation), t. 2, 2. ed., Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 52. GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 66.

Arcebispo baiano; b) o *misto*, entre católico e não católico, sob a disciplina do Direito Canônico; e c) o *acatólico*, que uniu pessoas de seitas dissidentes, em conformidade com os seus preceitos religiosos. Com o advento da República, implantou-se a secularização do matrimônio⁴⁹⁴, sendo que o casamento veio a perder o seu caráter confessional, tendo sido instituído o casamento civil pelo Decreto nº 181/1890, consagrando a separação entre a igreja e o Estado.⁴⁹⁵ Assim, a Constituição Federal de 1891 veio a reconhecer o casamento civil, sendo gratuita a sua celebração.⁴⁹⁶ Posteriormente, o Código Civil de 1916 consolidou e regulamentou o casamento civil, não fazendo qualquer referência ao casamento religioso, considerado inexistente, sendo que as relações advindas deste foram consideradas mero concubinato.⁴⁹⁷ Já a Constituição de 1934 possibilitou que se atribuisse efeitos civis ao casamento religioso, observadas as prescrições legais.⁴⁹⁸ A Constituição de 1946 manteve tal concessão, condicionando-a à observância dos impedimentos e às prescrições legais.⁴⁹⁹ A Constituição de 1967 manteve o casamento religioso com efeitos civis.⁵⁰⁰ Em 1973, foi publicada a Lei nº 6.015, tratando do registro do casamento religioso para efeitos civis.⁵⁰¹ Em 1977, tem-se a Emenda Constitucional nº 9, implementando a dissolubilidade do matrimônio.⁵⁰² Por fim, tem-se a Constituição de 1988, estatuinto que o casamento é civil e gratuita a sua celebração, acrescentando que o casamento religioso tem efeito civil.⁵⁰³ A partir dessas influências e opções constitucionais, o Código Civil de 2002 reconheceu que o casamento é civil, assim como os seus efeitos, perfilhando-nos ao primeiro sistema jurídico matrimonial, de países que admitem o casamento civil, sendo permitida a celebração religiosa, embora sem validade, nem eficácia, configurando apenas uma união estável.⁵⁰⁴ Importante destacar que tal instituto encontra-se

⁴⁹⁴ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 191. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Virgílio Maia & Cia, 1918, § 10.

⁴⁹⁵ BRASIL. *Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890*, que promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: <<http://bit.ly/2Z0Kkj3>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁴⁹⁶ BRASIL. (Constituição 1981). *Constituição Federal de 1981*. Disponível em: <<http://bit.ly/2WcIoGZ>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁴⁹⁷ BRASIL. *Código civil. 1916*.

⁴⁹⁸ BRASIL. (Constituição 1934). *Constituição Federal de 1934*. Disponível em: <<http://bit.ly/2Xewh8P>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁴⁹⁹ BRASIL. (Constituição 1946). *Constituição Federal de 1946*. Disponível em: <<http://bit.ly/2KaqItX>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁵⁰⁰ BRASIL. (Constituição 1967). *Constituição Federal de 1967*. Disponível em: <<http://bit.ly/2EEwXgs>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁵⁰¹ BRASIL. *Lei nº 6.015/73*, que dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: <<http://bit.ly/2HHo7ka>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁵⁰² BRASIL. *Emenda Constitucional nº 9/77*, que deu nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal vigente à época. Disponível em: <<http://bit.ly/2XdRJUC>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁵⁰³ DINIZ, Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 65-67.

⁵⁰⁴ BRASIL. *Código civil. 2002*; FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 191.

previsto nos dispositivos 1.511 a 1.590, consagrando o princípio da comunhão de vida plena, da igualdade entre os cônjuges, da liberdade ou não intervenção, dentre outros, que serão abordados no próximo subtópico. E, não obstante a Constituição da República de 1988 tenha se referido apenas ao casamento entre homem e mulher, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175/2013, reconhecendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.⁵⁰⁵

Numa conceituação clássica, em que o casamento exigiria diversidade de sexos, na doutrina brasileira contemporânea, destaca-se o conceito trazido por Diniz, em que “O casamento é, legal e tecnicamente, o vínculo jurídico entre o homem e a mulher (em contrário – Res. CNJ nº 175/2013) que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”⁵⁰⁶. Também, vale destacar o conceito de Lôbo, em que: “O casamento é um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família por livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”⁵⁰⁷.

No entanto, a partir da decisão do STF sobre a união homoafetiva, em 2011, passa a ser reconhecido, no Brasil, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo que, posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 175/2013, vedou às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.⁵⁰⁸ E, embora não tenha ocorrido qualquer alteração legislativa nesse sentido, o seu reconhecimento é amplo em sede doutrinária e jurisprudencial. Com isso, tem-se a premissa de inclusão, em que os juristas brasileiros contemporâneos, numa conceituação moderna, definem o casamento. Dentre eles, destacam-se o conceito de Pereira, que diz que, “atendendo às finalidades propostas, o casamento é a união de duas pessoas de sexo diferentes, realizando uma integração psico-física permanente”⁵⁰⁹. Nesse sentido, Tartuce dispõe que “o casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto”⁵¹⁰. Nessa perspectiva, Farias e

⁵⁰⁵ BRASIL. *Resolução nº 175/2013*, que, dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <<http://bit.ly/2Dn2frI>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁵⁰⁶ DINIZ, 2018, p. 51.

⁵⁰⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 76.

⁵⁰⁸ BRASIL. *Resolução nº 175/2013*.

⁵⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 5, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 53.

⁵¹⁰ TARTUCE, 2017, p. 47.

Rosenvald definem o casamento como sendo “uma entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas, merecedora de especial proteção estatal, constituída, formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos (comunhão de vida) e produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial”⁵¹¹.

No tocante às *finalidades do matrimônio*, estas são complexas e múltiplas. Seguindo a concepção canônica, estas distribuem-se em dois grupos: a) procriação e educação da prole; e b) mútua assistência e satisfação sexual. No plano civilista, estas ideias subsistem. Pereira acrescenta a estas, a comunhão plena de vida e de interesses, a satisfação do amor recíproco (*affectio maritalis*) e destaca outras finalidades, tais como: a) a atribuição do nome; b) a regularização das relações econômicas; e c) a legalização de estados de fato.⁵¹² E Diniz destaca: a) a instituição da família matrimonial; b) a procriação dos filhos; c) a legalização das relações sexuais; d) a prestação do auxílio mútuo; e) o estabelecimento de deveres; f) a educação da prole; g) a atribuição do nome ao cônjuge e aos filhos; h) a reparação de erros do passado recente ou não; i) a regularização de relações econômicas; j) a legalização de estados de fato.⁵¹³ Já Farias e Rosenvald estabelecem a finalidade do matrimônio, em expressão genérica, apresentando como finalidade precípua o estabelecimento de uma comunhão de vida (de afetos), sob o argumento de que este não se presta a fins específicos, que, inclusive, podem não estar presentes.⁵¹⁴ Também para o jurista brasileiro contemporâneo, Gonçalves, a principal finalidade do casamento seria estabelecer uma comunhão plena de vida, advinda do amor do casal, baseada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e na mútua assistência, sendo os demais objetivos, tais como a procriação ou a satisfação sexual, secundários.⁵¹⁵

Cumprido ressaltar que o casamento era considerado uma situação de fato, para os romanos, diante da configuração da *affectio maritalis*, que comprovava a existência do vínculo. Já os canonistas viram, no casamento, a justaposição de um ato de vontade das partes, considerando-o contrato; e, com base na indissolubidade do vínculo, por sua natureza sagrada, o consideraram, também, um sacramento. Posteriormente, as ideias dos protestantes e a Revolução Francesa fizeram do casamento um ato civil, que o jurista prussiano, Savigny⁵¹⁶ (1779-1861) e os autores franceses e italianos do século XIX incluíram no campo dos contratos,

⁵¹¹ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 176.

⁵¹² PEREIRA, 2018, p. 99.

⁵¹³ DINIZ, 2018, p. 53-54.

⁵¹⁴ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 177-178.

⁵¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 6, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30-31.

⁵¹⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl. *Traité de Droit Romain*, v. 3, Paris: Firmin Didot Frères, 1856.

considerando ser um ato bilateral. As tendências modernas do Direito valorizam a interferência do Estado, tornando o casamento um contrato de adesão para o jurista italiano, Barassi⁵¹⁷ (1873-1961), ato administrativo para o jurista italiano, Cicu⁵¹⁸ (1879-1962), ato jurídico complexo para o jurista italiano, De Ruggiero⁵¹⁹ e um ato-condição para o jurista francês, Léon Duguit⁵²⁰ (1859-1928). Ressalte-se que a igreja católica opõe-se à conceituação exclusivamente contratual do casamento, por esta admitir a rescisão contratual, o que implicaria a admissão do divórcio.⁵²¹

No entanto, em relação à *natureza jurídica do casamento*, três são as correntes que visam defini-la: a) a *teoria contratualista ou negocial*, originária do Direito canônico, que considera o casamento como um ato decorrente da vontade das partes, fundado no consentimento⁵²², considerado, portanto, um contrato de natureza especial, para Tartuce⁵²³ e um negócio jurídico, para Farias e Rosenthal.⁵²⁴ Tal concepção foi aceita pelo racionalismo jusnaturalista do século XVIII, tendo sido introduzida no Código francês de 1804, influenciando a Escola Exegética do século XIX, sobrevivendo na doutrina civilista contemporânea.⁵²⁵ É defendida pelos juristas italianos, Degni⁵²⁶ (1876-1942) e Venzi⁵²⁷ (1870-1935), bem como pelos juristas brasileiros, Beviláqua⁵²⁸ (1859-1944), Miranda⁵²⁹ (1892-1979); Gomes⁵³⁰ (1909-1988); Espínola⁵³¹ (1875-1968); Rodrigues⁵³² (1917-2004); Pereira⁵³³ (1913-2004) e Azevedo⁵³⁴; Nader⁵³⁵; Farias e Rosenthal⁵³⁶; b) a *teoria institucionalista (ou supraindividualista)*, que entende o casamento como uma instituição social, refletindo uma

⁵¹⁷ BARASSI, L. *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1947.

⁵¹⁸ CICU, Antonio. *Il diritto di famiglia*. Roma: Arnaldo Forni, 1914.

⁵¹⁹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de derecho civil*, v. 2, Madrid: Reus, 1931.

⁵²⁰ DUGUIT, Léon. *Léçons de droit public général*, Paris: Boccard, 1926, p. 91.

⁵²¹ WALD, 2015, p. 112-113.

⁵²² TARTUCE, 2017, p. 50; FARIAS; ROSENTHAL, 2016, p. 179.

⁵²³ TARTUCE, 2017, p. 50.

⁵²⁴ FARIAS; ROSENTHAL, 2016, p. 179.

⁵²⁵ PEREIRA, 2018, p. 89-90.

⁵²⁶ DEGNI, Francesco. *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*. Padova: CEDAM, 1943, p. 14.

⁵²⁷ VENZI, Giulio. *Manuale di diritto civile italiano*, Firenze: Fratelli Cammelli, 1925, p. 557.

⁵²⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. 10. ed., v. 1 e 2. São Paulo: Francisco Alves, 1954.

⁵²⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família: direito matrimonial*. Volume 1, 2 e 3. 1ª ed., atualizada por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bokseller, 2001a.

⁵³⁰ GOMES, 1978.

⁵³¹ ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária Ed., 1954, p. 41.

⁵³² RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*, v. 6, 27. ed., atual. por Francisco Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

⁵³³ PEREIRA, 2018, p. 88-94.

⁵³⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família*. São Paulo: Atlas, 2013.

⁵³⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*, v. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 63.

⁵³⁶ FARIAS; ROSENTHAL, 2016, p. 180.

situação jurídica que surge do acordo de vontades, cujas normas, efeitos e forma encontram-se preestabelecidos pela lei, constituindo um conjunto de regras impostas pelo Estado. Em tal concepção, verifica-se uma forte carga moral e religiosa,⁵³⁷ que vem sendo superada pela doutrina e pela jurisprudência.⁵³⁸ Tal teoria é defendida pelo jurista italiano, Cicu⁵³⁹ (1879-1962); pelo jurista e sociólogo francês do século XIX e XX, Hauriou⁵⁴⁰ (1856-1929); pelo jurista francês, Bonnecase⁵⁴¹ (1878-1950); pelo jurista francês do século XX, Carbonnier⁵⁴² (1908-2003); pelo jurista argentino, Salvat⁵⁴³ (1883-1940); bem como pelos juristas brasileiros, Monteiro (1910-1999) e Silva⁵⁴⁴; Diniz⁵⁴⁵ (1956-) e Wald⁵⁴⁶ (1953-); c) a *teoria mista ou eclética*, que une o elemento volitivo ao institucional, tornando o casamento uma instituição, quanto ao conteúdo, e um contrato especial, quanto à formação. É defendida pelos juristas franceses, Planiol (1853-1931) e Ripert⁵⁴⁷ (1880-1958); Aubry (1803-1883) e Rau⁵⁴⁸ (1803-1877); Marty (1905-1973) e Raynaud⁵⁴⁹ (1910-1991); bem como Mazeaud (1900-1993), Mazeaud (1900-1970) e Mazeaud⁵⁵⁰ (1904-1995); pelos juristas italianos, Vassali⁵⁵¹ (1885-1955); Trabucchi⁵⁵² (1907-1998) e Ruggiero⁵⁵³; além dos juristas norte-americanos,

⁵³⁷ DINIZ, 2018, p. 55.

⁵³⁸ TARTUCE, 2017, p. 50.

⁵³⁹ CICU, 1914, p. 48.

⁵⁴⁰ HAURIU, Maurice. *Principes de droit publique*. Paris: Dalloz, 2010, p. 203.

⁵⁴¹ BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; BONNECASE, Julien. *Traité théorique et pratique de droit civil: supplément*, v. 4, Paris: L. Larose et L. Tenin, 1905-1909. BONNECASE, Julien. *La philosophie du code napoléon appliquée au droit de famille*. 2. ed. Paris: E. De Boccard, 1928, p. 260.

⁵⁴² CARBONNIER. *Droit civil*. v. 2. Paris: Presses Universitaires de France, 1955, p. 12.

⁵⁴³ SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1952, p. 12.

⁵⁴⁴ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito civil: direito de família*. v. 2, 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 17.

⁵⁴⁵ DINIZ, 2018, p. 54-57.

⁵⁴⁶ WALD; FONSECA, 2015, p. 113.

⁵⁴⁷ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. t. 2, n. 69, notas 2 e 3. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1926, p. 56.

⁵⁴⁸ AUBRY, C.; RAU, C. *Cours de droit civil français*, v. 7, Paris: Marchal & Billard, 1869, p. 450.

⁵⁴⁹ MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre. *Droit civil*, v. 1, Paris: Sirey, 1988, p. 540.

⁵⁵⁰ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, v. 1. Paris: Editions Montchrestien, 1978, p. 718.

⁵⁵¹ VASSALI, F. *Del matrimonio: corso di diritto civile*, Bologna: Torino, 1919, p. 88.

⁵⁵² TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, 48 ed., Padova: CEDAM, 2017.

⁵⁵³ RUGGIERO, 1931.



Goodrich⁵⁵⁴ (1889-1962) e Clark⁵⁵⁵. Também pelos juristas brasileiros contemporâneos, Rodrigues⁵⁵⁶ (1917-2004); Leite⁵⁵⁷; Gama⁵⁵⁸; Lisboa⁵⁵⁹; Barros⁵⁶⁰ e Tartuce.⁵⁶¹

Independentemente da posição adotada em face de sua natureza jurídica, o casamento reveste-se de determinadas características, algumas, consagradas universalmente; outras, no entanto, peculiares a determinados sistemas jurídicos. No Direito de família brasileiro, na contemporaneidade, Pereira destaca: a) a solenidade do ato; b) a diversidade de sexos, embora ressalvando as mudanças; c) a dissolubilidade.⁵⁶² E Diniz identifica: a) a liberdade na escolha do nubente; b) a solenidade do ato nupcial; c) a legislação matrimonial de ordem pública; d) a união permanente; e) a união exclusiva.⁵⁶³ Já Farias e Rosenvald relacionam como sendo: a) o caráter personalíssimo e livre da escolha dos nubentes; b) a solenidade da celebração; c) a inexistência de diversidade de sexos; d) a inadmissibilidade de submissão a termo ou condição; e) o estabelecimento de uma comunhão de vida; f) a natureza cogente das normas que o regulamentam; g) a estrutura monogâmica; h) a dissolubilidade, de acordo com a vontade das partes.⁵⁶⁴

No que se relaciona aos *impedimentos matrimoniais*, estes encontram-se previstos na legislação de cada país. Vale destacar que a elaboração canônica da Teoria do Impedimentos proporcionou certa uniformidade aos sistemas jurídicos ocidentais, tanto nos países de formação romano-cristã, tais como o Brasil, a França, a Alemanha, a Itália, a Suíça, Portugal, a Argentina, o Chile; quanto nos países de *Common Law*, tais como a Inglaterra, o Canadá e os Estados Unidos. Convém ressaltar que o Direito brasileiro contemporâneo seguiu as fontes próximas e remotas, com a contribuição do Direito comparado, embora a referência à doutrina canônica não significa sua integral adoção, tendo havido uma adaptação desta e de sua técnica às contingências nacionais. Nossa vinculação legal a essa Teoria deu-se por meio da Lei nº 1.827, sendo que o Decreto nº 181-A/1.890 ligou-se ao casamento civil por ele instituído, vindo

⁵⁵⁴ GOODRICH, Herbert F. *Handbook of the conflicts of laws*, St. Paul: West Publishing Co., 1965, p. 348.

⁵⁵⁵ CLARCK, George L. *Summary of american law*, v. 1. Rochester: The Lawyers Co-operative Publishing Company, 1947, p. 140.

⁵⁵⁶ RODRIGUES, 2002.

⁵⁵⁷ LEITE, 2005, p. 50.

⁵⁵⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 10-11.

⁵⁵⁹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e das sucessões*, v. 5, 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 82.

⁵⁶⁰ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de Direito civil*, v. 4, São Paulo: Método, 2005, p. 25.

⁵⁶¹ TARTUCE, 2017, p. 50.

⁵⁶² PEREIRA, 2018, p. 94-95.

⁵⁶³ DINIZ, 2018, p. 58-59.

⁵⁶⁴ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 181.

a serem discriminados no Código Civil de 1916 como: a) *impedimentos dirimentes públicos* (absolutos, implicando a nulidade do ato); b) *impedimentos dirimentes privados* (relativos, implicando a anulabilidade do ato); e c) *impedimentos impeditentes* (penalidade econômica). Posteriormente, foi publicado o Código Civil de 2002, que modificou a organização dos impedimentos, considerando como impedimentos matrimoniais somente os dirimentes públicos, sendo que os impedimentos dirimentes privados foram incluídos entre as causas de anulação do casamento, e os impedimentos impeditentes foram considerados como causas suspensivas.⁵⁶⁵ Encontram-se previstos no art. 1.521, do Código Civil de 2002, tratando-se de matéria de ordem pública, sendo que a sua violação implica em nulidade do casamento, inadmitindo convalidação, diferente do que ocorre no Direito canônico, em que há previsão de sua dispensa.⁵⁶⁶ Podem ser decorrentes do parentesco (consaguinidade, afinidade ou adoção); da proibição da existência de casamento anterior (proibição da bigamia); ou da prática de crime de homicídio ou tentativa de homicídio contra o ex-consorte.⁵⁶⁷

Em se tratando das *causas suspensivas matrimoniais*, estas também são reguladas pela legislação específica de cada país. No Direito de família brasileiro, estas têm natureza inibitória, a fim de que sejam adotadas providências acautelatórias, sob pena de ser imposto o regime de separação obrigatória de bens, sendo aplicadas apenas na família matrimonial. Assim, visando proteger o interesse patrimonial de determinadas pessoas, tem-se as hipóteses de causas suspensivas, previstas no art. 1.523, do Código Civil de 2002, fundadas na confusão patrimonial, decorrentes da celebração de um novo casamento; bem como na tutela ou curatela, decorrentes de um eventual casamento entre o tutor ou curador e seu pupilo ou curatelado. Quanto à causa suspensiva relacionada à *turbatio sanguinis*, que referia-se ao período de dez meses a ser resguardado até o próximo casamento, a fim de se evitar um conflito de paternidade, entende-se não ser mais exigível, diante da possibilidade de realização do exame pericial.⁵⁶⁸

E, desde a sua concepção, o casamento pode apresentar vícios, capazes de torná-lo *inexistente, nulo ou anulável* de pleno direito, e assim impor sérias consequências à formação da família, devendo ser observados os seus requisitos essenciais, conforme a regulamentação de cada Estado. No que tange à *existência do casamento*, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, no Direito de família brasileiro, é possível reconhecer os seus elementos

⁵⁶⁵ PEREIRA, 2018, p. 109-111.

⁵⁶⁶ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 195.

⁵⁶⁷ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 199. DINIZ, 2018, p. 93.

⁵⁶⁸ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 207-211.

existenciais como sendo: a) existência de consentimento dos nubentes e b) celebração do matrimônio com a presença da autoridade.⁵⁶⁹ Convém ressaltar que, tanto a doutrina brasileira, quanto a estrangeira apontavam a diversidade de sexos como um pressuposto existencial do casamento, sendo que, na contemporaneidade, tal exigência deixou de existir em alguns destes países, dentre eles, a Argentina, o Uruguai, a Bélgica, o Canadá, a Espanha, a Holanda, Portugal e o Brasil.⁵⁷⁰ Insta salientar que a inobservância das formalidades previstas no sistema jurídico tem consequência no plano da existência, implicando na inexistência do casamento.⁵⁷¹

No tocante à *validade do casamento*, no Brasil, este pode ser *nulo*, quando restar violado qualquer um dos impedimentos matrimoniais relacionados no art. 1.521, do Código Civil de 2002⁵⁷² ou *anulável*, fundamentando-se em defeitos de manifestação da vontade, previstos no art. 1.550, do Código Civil de 2002, dentre eles: a) defeito de idade; b) falta de consentimento dos assistentes; c) erro essencial ou coação; d) incapacidade relativa psíquica comprometendo a declaração de vontade; e) revogação de mandato; e f) incompetência da autoridade celebrante.⁵⁷³ Cumpre registrar que, em 12 de março de 2019, foi publicada a Lei nº 13.811, que altera o artigo 1520 do Código Civil, suprimindo as exceções legais permissivas do casamento infantil, passando a ser, este, proibido entre menores de 16 anos, em qualquer circunstância.⁵⁷⁴

Quanto aos *efeitos jurídicos do casamento*, a doutrina brasileira contemporânea reconhece três, como sendo: *efeitos sociais, efeitos pessoais e efeitos patrimoniais*. Assim, Diniz, Farias e Rosenvald identificam como *efeitos sociais* do matrimônio, os seguintes: a) a constituição de uma entidade familiar; b) o estabelecimento do vínculo de parentesco por afinidade entre cada um dos cônjuges e os parentes do outro; c) a atribuição do estado de casado, modificando o *status personae* anterior de cada consorte; d) a emancipação do cônjuge incapaz.⁵⁷⁵ Farias e Rosenvald acrescentam, ainda, o estabelecimento da presunção de

⁵⁶⁹ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 228; TARTUCE, 2017, p. 81-87; PEREIRA, 2018, p. 163.

⁵⁷⁰ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 230.

⁵⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 131.

⁵⁷² “Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.” (In: BRASIL. *Código civil*. 2002).

⁵⁷³ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 239; PEREIRA, 2018, p. 166;169.

⁵⁷⁴ BRASIL. *Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019*, que confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil. Disponível em: <<http://bit.ly/2HKglpQ>>. Acesso em: 29 mai 2019.

⁵⁷⁵ DINIZ, 2018, p. 145; FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 267.

paternidade dos filhos nascidos na constância do casamento.⁵⁷⁶ Como principal *efeito pessoal* identifica a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, apresentando como efeitos pessoais específicos: a) a possibilidade de acréscimo do sobrenome do cônjuge; b) a fixação do domicílio conjugal; c) o estabelecimento de direito e deveres recíprocos (fidelidade recíproca; coabitação; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos).⁵⁷⁷ E, como *efeitos patrimoniais* identifica o estabelecimento do regime de bens, bem como dos direitos sucessórios.⁵⁷⁸ Nesse sentido, tem-se Oliveira.⁵⁷⁹

Por fim, faz-se necessário ressaltar que, diante da evolução do conceito de família, ao longo dos anos, foi retirada a primazia do casamento para instituir a família, outrora denominada legítima. A partir de então, tornou-se cabível o reconhecimento de outras entidades familiares, que também gozam de legitimação, dentre as quais iremos abordar nos tópicos a seguir.

2.2.2.2 A família formada na união estável

Embora vigente desde os tempos romanos, e admitida pelas leis matrimoniais de Augusto⁵⁸⁰, a família formada pela união estável passou a ser considerada pelo Direito romano, apenas de maneira indireta. Assim, sendo formada por um homem e uma mulher de classe social elevada, chegou a ter o valor de um quase-casamento, presumindo-se que fossem casados. No entanto, sendo formada entre pessoas de classes mais baixas, era possível a sua constituição, sem qualquer formalidade e com natureza lícita.⁵⁸¹ Dessa forma, de modo geral, as primeiras uniões entre o homem e a mulher, identificadas como uma formação social natural, ocorreram de maneira espontânea e informal, sem nenhum ordenamento específico que as regulassem, sendo relações puramente concubinárias. Posteriormente, os costumes e a organização jurídica

⁵⁷⁶ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 267.

⁵⁷⁷ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 270.

⁵⁷⁸ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 281-283.

⁵⁷⁹ OLIVEIRA, 2003, p. 38.

⁵⁸⁰ Por volta de 18 a.C., Augusto promulgou a *Lex Iulia de adulteriis* e a *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, visando reforçar os laços familiares patriarcais entre a aristocracia romana. Posteriormente, em 9 d.C., promulgou a *Lex Papia Pappaea*, modificando a *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, contudo, mantendo inalterado os seus objetivos. Esse conjunto de leis ficou conhecido como “Leis Matrimoniais de Augusto”. (In: AZEVEDO, Sarah Fernandes Lino. A ideias de ordem e desordem imperial relacionadas às leis matrimoniais de Augusto: uma análise sob a ótica das relações de gênero. *Mare Nostrum*. v 5, n. 5, p. 44-58, São Paulo: 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/marenostrum/article/view/105874/104563>>. Acesso em: 11 nov. 2018, p. 44-45).

⁵⁸¹ ALVES, 2003, p. 320-321.

da sociedade trouxeram a formalização legal da família, mas, ao lado desta, subsistiram as uniões informais, concubinárias.⁵⁸² Para Azevedo, ao lado das *iustae nuptiae cum ou sine manu*⁵⁸³, de que se valiam os cidadãos romanos, pelo *ius civile*, para constituírem suas famílias legítimas, também havia, em Roma, o *concubinatus*, marcando-se este pela convivência estável do homem e da mulher, no entanto, sem a *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*.⁵⁸⁴

Segundo Alves, em Roma, reconhecia-se o concubinato quando houvesse uma relação estável extraconjugal entre um homem e uma mulher, de classes sociais diferentes, impedidas de casar licitamente, manifestada pela posse do estado de casado e pela apreciação social, sendo pública e notória, no entanto, ignorada pelo Direito romano. Assim, no Direito clássico, o concubinato não produzia efeitos jurídicos de qualquer natureza; sendo que, no Período Pós-Clássico, sob a égide dos Imperadores Cristãos, este foi transformado em instituto jurídico, embora mantendo inferiorizada a figura da concubina e sua prole, a fim de ser valorizado o casamento convencional. Já no Período Justinianeu, foram estabelecidas algumas condições para a existência do concubinato: presença de idade conjugal, inexistência de impedimentos matrimoniais quanto ao parentesco e a afinidade, além da monogamia. A partir deste período, começaram a ser admitidas as doações à concubina, e a possibilidade da legitimação dos filhos pela *legitimatio*, passando, estes, a adquirir a condição de filhos legítimos.⁵⁸⁵

No que tange à sua definição, Rodrigues o define como sendo a “união do homem e da mulher fora do casamento, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim da satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade da mulher ao homem”⁵⁸⁶. Já, para Oliveira, concubinato seria a união livre estabelecida entre o homem e a mulher, com intuito de vida comum, sem a observância das formalidades do casamento, correspondendo à união livre ou informal, abrangendo tanto as situações envolvendo pessoas desimpedidas de casar, como as uniões paralelas ao casamento ou adulterinas.⁵⁸⁷

Quanto às espécies de concubinato, Azevedo aponta: a) o *concubinatus puro*, que se apresenta como uma união duradoura, entre o homem e a mulher desimpedidos, constituindo uma família de fato, no entanto, sem casamento, nem qualquer detrimento para a família

⁵⁸² OLIVEIRA, 2003, p. 71.

⁵⁸³ Tal assunto encontra-se tratado no Capítulo 1, seção 1.1.2, do presente trabalho.

⁵⁸⁴ AZEVEDO, 2002, p. 167.

⁵⁸⁵ ALVES, 2003, p. 320-322.

⁵⁸⁶ RODRIGUES, 2002, p. 287.

⁵⁸⁷ OLIVEIRA, 2003, p. 72.

legítima, sendo o caso dos solteiros, divorciados ou viúvos; e b) o *concubinato impuro*, quando apresentar um cunho adulterino, baseado no estado de casado de um ou de ambos os concubinos, incestuoso ou desleal, ocorrendo entre pessoas casadas que mantenham um segundo lar de fato. Registre-se que apenas o concubinato puro teria a proteção do Estado e da própria sociedade,⁵⁸⁸ que corresponde à união estável.

Cumprе ressaltar que o Cristianismo combateu o, então, chamado concubinato, insurgindo-se contra a tolerância por ele desfrutada, até ser condenado no Concílio de Trento.⁵⁸⁹ E, não obstante tenha sido combatida pela igreja, por meio do Concílio de Trento, que condenou o relacionamento extramatrimonial, a união estável nunca deixou de existir, sendo admitida sob o ponto de vista jurídico, reconhecidos os seus efeitos, primeiramente em sede jurisprudencial e, posteriormente, em sede legislativa.⁵⁹⁰ Nesse diapasão, a permanência e generalização do fato social, ao longo dos anos, fez com que fosse reconhecida a união estável, consistindo esta na ligação entre o homem e a mulher, marcada pela ausência da celebração do casamento, mas que apresente o *animus* de se manter uma comunhão de vida estável, durável e pública, com aparência de casamento, onde se atribui aos companheiros o dever de lealdade similarmente ao dever de fidelidade dos cônjuges, não sendo necessária a coabitação para configurá-la.⁵⁹¹

Entende Azevedo que o início da convivência se dá sem a observância de qualquer formalidade de celebração, mas, pelas consequências que encerra, equipara-se a um casamento de fato, pois vivem os conviventes como se fossem marido e mulher, sem o ser.⁵⁹² Nesse mesmo sentido, alega Monteiro que:

Para que se configure união estável é necessária a efetiva formação da família, não sendo suficiente o simples objetivo de constituí-la como existe no namoro e no noivado, assim, é a união estável a manifestação aparente do casamento, caracterizando-se pela comunhão de vidas (...) Envolve ainda a permanência estável da relação, sem interrupções, sendo essencial para a sua constituição: a dualidade de sexos; a convivência contínua, duradoura e pública; a capacidade civil dos companheiros, para a sua validade em virtude dos efeitos que produz e a inexistência de impedimentos matrimoniais, salvo, no caso de casamento, se houver separação de fato. (...) Diferentemente do casamento, que se realiza em um único ato, a união estável é oriunda de vários fatos que se concretizam com o passar do tempo e apresenta, como aquele, natureza monogâmica.⁵⁹³

⁵⁸⁸ AZEVEDO, 2002, p. 211-212.

⁵⁸⁹ MONTEIRO; SILVA. 2009, p. 38.

⁵⁹⁰ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 433.

⁵⁹¹ CORNU, Gérard. *Droit civil: la famille*, 7. ed. Paris: Montchrestien, 2001, p. 86-87.

⁵⁹² AZEVEDO, 2002, p. 298-299.

⁵⁹³ MONTEIRO; SILVA. 2009, p. 35-38.

Verifica-se que muitos reflexos do casamento encontram-se consignados na união estável, considerando-se a socialização do Direito. E, conforme entendimento de Carbonnier: A verdade é que, por trás de sua aparência de independência, a união fora do casamento, é como que teleguiada pela presença do casamento ou, ainda, anteriormente, pela presença da sociedade.⁵⁹⁴ Portanto, é incontestável que a família formada pela união estável representa um fato natural, de significativa e relevante presença na sociedade, ao longo dos tempos históricos, sendo legítima a sua legalização, rompendo, assim, com a injustiça, o desrespeito, a intolerância, permitindo que as pessoas, inseridas na tipologia de família que melhor lhe convierem, possam ter a sua dignidade valorizada, bem como desenvolver os atributos inerentes à sua personalidade.

Cumprir registrar que a evolução da disciplina jurídica da união estável, no Brasil, se deu através da colaboração da jurisprudência e da própria legislação, culminando pelo tratamento constitucional da matéria, na Constituição Federal de 1988, que veio a protegê-la como entidade familiar, vinculando a legislação inferior.⁵⁹⁵ Welter afirma que, no Brasil, “o comportamento rançoso e odioso, notoriamente conceitual e infectado de interesse patrimonial e ideologia judaico-cristã, foi afastado pela Constituição Federal de 1988, as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 e o Código Civil, que equipararam a união estável ao casamento”⁵⁹⁶. A partir de então, tutelou-se, em sede constitucional, o antigo concubinato puro, protegido, agora, como uma entidade familiar, submetido a uma nova terminologia, “união estável”. Com isso, o velho concubinato impuro, manteve-se, designado como “concubinato” apenas, no âmbito do Direito das obrigações, não produzindo efeitos jurídicos familiares, sendo que sua dissolução submetesse às regras da sociedade de fato, segundo entendimento legal, doutrinário e jurisprudencial.⁵⁹⁷ Por fim, vale destacar que a diversidade de sexos é um requisito que não mais prevalece no Direito de família pós-moderno, no Brasil, em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADI nº 4.277/RJ⁵⁹⁸ e ADPF nº 132/DF⁵⁹⁹, reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo e atribuindo interpretação constitucional ao art. 1.723 do Código Civil de 2002.

⁵⁹⁴ CARBONIER, 1995, p. 222.

⁵⁹⁵ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 463.

⁵⁹⁶ WELTER, Belmiro Pedro. *Estatuto da união estável*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 39.

⁵⁹⁷ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 463.

⁵⁹⁸ BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.277/DF*. 2011.

⁵⁹⁹ BRASIL. STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132/RJ*. 2011.

2.2.2.3 A família monoparental

A família monoparental configura-se de forma desvinculada da ideia de um casal e seus filhos, considerando-se que esta é formada pela presença e inter-relação da prole com apenas um dos seus genitores, por diversas razões: viuvez, divórcio, separação judicial, adoção unilateral, não reconhecimento da prole pelo outro genitor, inseminação artificial (*fecundação homóloga*, após a morte do marido, ou de mulher solteira; e *fecundação heteróloga*)⁶⁰⁰, fertilização *in vitro* - FIV⁶⁰¹ e a gestação por substituição, sendo que estas três últimas constituem as técnicas de reprodução assistida. Portanto, na contemporaneidade, a “família não é apenas o conjunto de pessoas onde uma dualidade de cônjuges ou de pais esteja configurada, senão também qualquer expressão grupal articulada por uma relação de descendência”⁶⁰². Vale ressaltar que, na atualidade, com o avanço das técnicas de reprodução artificial, “o nexo existente entre sexo e reprodução foi afastado”⁶⁰³. E, desta forma, nasce a família unilinear, cujo parentesco ocorre por uma só linha de ascendência, concebida pelos meios artificiais de procriação,⁶⁰⁴ “advinda da busca da prole sem sexo, isto é, concebida por meios artificiais”⁶⁰⁵.

E, num contexto de grandes avanços e acelerada difusão do conhecimento, apresenta-se o desenvolvimento científico e tecnológico, na contemporaneidade, surgindo a necessidade de análise dos efeitos jurídicos-sociais deste, nas relações familiares, buscando preservar a harmonização das relações jurídico-familiares. E, como consequência do aludido desenvolvimento, tem-se a *reprodução assistida*, com algumas questões a serem enfrentadas, diante das inúmeras controvérsias, fazendo surgir grandes *polêmicas de caráter moral e ético*, destacando-se as relacionadas: a) ao status moral do embrião, descarte, abandono e doação de gametas e embriões; b) à utilização do diagnóstico genético pré-implantação (DPI); c) à seleção de sexo embrionário; d) à gestação por substituição; e) à fertilização *post mortem*; f) à redução

⁶⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, v. 5, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 31-33;36;45.

⁶⁰¹ BRASIL. *Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005*. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105/2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. O art. 3º, X define a fertilização *in vitro* como sendo “a fusão dos gametas realizada por qualquer técnica de fecundação extracorpórea”. Disponível em: <<http://bit.ly/2WjrCBu>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁶⁰² VILLELA, João Batista. As novas relações de família. *XV Conferência da OAB-Anais*, Foz do Iguacu OAB, 1994, p. 642.

⁶⁰³ DIAS, 2016, p. 196.

⁶⁰⁴ CORNU, 2001, p. 445.

⁶⁰⁵ VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Temas atuais de Direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 30.

embrionária; g) às práticas eugênicas; h) ao anonimato dos doadores e ao direito à identidade; dentre outras. Devido a estas divergências, alguns países optaram por regulamentar a reprodução assistida através de legislações específicas, outros por meio de guias de referência, havendo diferenças em relação às normatizações, levando-se em consideração aspectos sociais, financeiros, culturais e, principalmente, religiosos.⁶⁰⁶ Neste contexto, a Austrália foi o primeiro país a propor uma legislação para o funcionamento da técnica de reprodução assistida, em 1984.⁶⁰⁷ No entanto, a igreja católica logo manifestou-se, em 1987, declarando que todos os procedimentos relacionados à reprodução assistida seriam considerados ilícitos, por meio do documento *Donum vitae*.⁶⁰⁸

No Brasil, a Lei nº 10.211/2001 regulamenta o transplante de órgãos, considerando crime qualquer tipo de comercialização, embora autorize a disposição gratuita do próprio corpo, em todo ou em parte.⁶⁰⁹ Há, também, a Lei nº 11.105/2005, conhecida como “Lei de Biossegurança”, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, tendo autorizada a pesquisa, terapia e utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões produzidos por fertilização *in vitro*.⁶¹⁰ No entanto, o Código Civil de 2002 é omissivo nas questões atinentes às técnicas de reprodução assistida, embora seja favorável à monoparentalidade, ao permitir a utilização do material genético do marido já falecido na fecundação *post mortem*. Assim, ao disciplinar as técnicas de reprodução, traz duas modalidades apenas, a homóloga e a heteróloga,⁶¹¹ tratando apenas da inseminação artificial, quanto ao aspecto da paternidade, não autorizando nem regulamentando a reprodução assistida, propriamente dita, e as demais técnicas que compõe, a fertilização *in vitro* e a “barriga de aluguel”. Vale destacar algumas inovações significativas, previstas no Código Civil de 2002, dentre elas, a *ampliação do rol das presunções de filiação*, diante da previsão *do reconhecimento de filhos por presunção*, em seu

⁶⁰⁶ LEITE, Tatiana Henrique; HENRIQUES, Rodrigo Arruda de Holanda. Bioética em reprodução humana assistida: influência dos fatores sócio-econômico-culturais sobre a formulação das legislações e guias de referência no Brasil e em outras nações. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 24 [1]:31-47, 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/2EXoFAO>>. Acesso em: 08 mar. 2019, p. 31.

⁶⁰⁷ INTERNATIONAL FEDERATION OF FERTILITY SOCIETIES SURVEILLANCE. Preface. *Fertility and sterility*, v. 95, p. 95-491, 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2XtoKU0>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

⁶⁰⁸ CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ. 1988.

⁶⁰⁹ BRASIL. *Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001*, que altera dispositivos da Lei nº 9.434/1997, que “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento”. Disponível em: <<http://bit.ly/2IkJV5o>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

⁶¹⁰ BRASIL. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados. Disponível em: <<http://bit.ly/2KmwUdG>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

⁶¹¹ BRASIL. *Código civil*. 2002.

art. 1.597, tornando possível: a) o reconhecimento de filhos nascidos de inseminação artificial heteróloga, desde que previamente consentida pelo marido; b) os nascidos de fecundação artificial homóloga, ainda que falecido o marido; e c) os havidos, a qualquer tempo, advindos de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.⁶¹² Não obstante, embora tal reconhecimento seja considerado um avanço, não foram tuteladas as *suas consequências de ordem jurídica, social e econômica*. E, considerando-se *as diversas possibilidades de filiação, que surgem com a reprodução humana assistida*, algumas situações precisam ser examinadas, relacionadas: a) *à necessidade de autorização para utilização de material genético de pessoa estranha ao casal, ou para implantação de embriões excedentários* (aqueles que restaram após a concepção artificial homóloga); b) *aos embriões excedentários de fertilização artificial heteróloga, já que não existe presunção de filiação, prevista em lei*; c) *à possibilidade de utilização da cessão temporária de útero (“barriga de aluguel”)*; d) *à questão sucessória, em caso de utilização do material genético após a morte do genitor*; e) *à limitação do uso do material de doador, a fim de se evitar um eventual casamento entre irmãos ou parentes próximos*; f) *à possibilidade de adoção de embriões pré-implantatórios*; g) *ao sigilo da identidade do doador frente ao direito à identidade genética daquele que é fruto de uma inseminação ou fertilização heteróloga*. Também alguns institutos do Direito de família brasileiro precisam ser revistos, tais como: os *impedimentos matrimoniais e a transmissão patrimonial post-mortem*, necessitando de revisão, também, a ação de investigação ou negatória de paternidade. Além dos reflexos jurídicos descritos, também há os impactos sociais e econômicos, no campo da seguridade social (saúde, previdência e assistência), também sob o enfoque da prestação de serviços médicos e políticas públicas, no âmbito da saúde reprodutiva. Ademais, faz-se necessário a tutela do emprego dos métodos utilizados na facilitação da procriação, quanto à responsabilização dos profissionais que empregam estas técnicas de reprodução e daqueles que têm o dever de controlá-las, a fim de que seja garantido um mínimo de segurança.

Urge destacar que, no Brasil, embora não haja uma regulamentação legal específica para tratar de tal matéria, há três resoluções do Conselho Federal de Medicina⁶¹³, servindo de

⁶¹² BRASIL. *Código civil*. 2002.

⁶¹³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.664, de 13 de maio de 2003*, que define as normas técnicas para tratamento de pacientes portadores de anomalias de diferenciação sexual. Disponível em: <<https://bit.ly/2KS7m5S>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.955, de 3 de setembro de 2010*, que dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga as anteriores. Disponível em: <<https://bit.ly/2zDtexd>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

preceito para os médicos que atuam na área, além de três resoluções do Ministério da Saúde/ANVISA⁶¹⁴, estabelecendo um controle para manipulação e conservação do material destinado à reprodução assistida. Vale destacar a Resolução nº 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina, que trata das técnicas de reprodução assistida, associadas a questões relacionadas à infertilidade humana, tendo por base o avanço científico, bem como o posicionamento do STF, ao reconhecer a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e os princípios da ética médica. Por meio desta Resolução, é permitido que pessoas sem problemas reprodutivos diagnosticados possam recorrer a técnicas disponíveis de reprodução assistida, sendo aplicada, também, a pessoas que, devido a tratamentos ou desenvolvimento de doenças, venham a ter um quadro de infertilidade, sendo possível a gestação compartilhada (utilização de óvulos de ambas para inseminação), em casos de união homoafetiva feminina, não havendo infertilidade; veda qualquer finalidade lucrativa ou comercial; assegura o anonimato ao doador; permite a gestação de substituição; a criopreservação; a fertilização *post mortem*; bem como o diagnóstico pré-implantação.⁶¹⁵ E, diante dessa ausência de regulamentação, surge uma certa instabilidade nas relações sociais, considerando-se que os magistrados devem decidir as questões, mesmo não havendo leis sobre o tema.

Vale destacar que, em 2010, foi realizada uma pesquisa pela International Federation of Fertility Societies, tratando-se da presença ou ausência de legislação específica para reprodução assistida, envolvendo 103 países, sendo que: em 42 países (40,7%) existia legislação específica; em 26 países (25,2%) existiam apenas guias de referências ou leis não específicas (resoluções, recomendações, situações previstas na Constituição, que abrangem ou são adaptáveis à reprodução assistida e leis inespecíficas à reprodução assistida, mas que

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.168, de 10 de novembro de 2017*, que adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <<https://bit.ly/2PSEoaL>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

⁶¹⁴ BRASIL. ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução RDC nº 81, de 5 de novembro de 2008*. Dispõe sobre o Regulamento Técnico de Bens e Produtos Importados para fins de Vigilância Sanitária. Disponível em: <<https://bit.ly/2JCbABr>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. ANVISA. *Resolução RDC nº 23, de 27 de maio de 2011*. Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências. Disponível em: <<https://bit.ly/2uslHi4>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. ANVISA. *Resolução RDC nº 72, de 30 de março de 2016*. Altera a Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 23, de 27 de maio de 2011, que dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências. Disponível em: <<https://bit.ly/2YlzaG8>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

⁶¹⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.168/17*.

modulam sua prática de alguma forma) e em 35 países (35%), não há qualquer lei ou instrução.⁶¹⁶

Em se tratando do *status moral do embrião*, há uma controvérsia quanto ao momento exato em que a vida se inicia, não havendo consenso se o embrião é uma vida humana ou não, o que exerceria influência no modo como é tratado. Assim, para a Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva (ASRM), que considera o embrião uma vida em potencial, este deve ter um status especial em relação a outros tecidos do organismo⁶¹⁷, ao passo que, para alguns grupos religiosos, ao argumento de que a vida humana origina-se no momento em que ocorre a fecundação, entendem que devam ser garantidos ao embrião todos os direitos cabíveis a uma vida humana.⁶¹⁸ Na China, Dinamarca e Índia, o embrião é considerado vida humana após 14 dias da fecundação, sendo que na Espanha e na Itália, já é considerado vida humana, no momento em que ele se forma. No Brasil, embora a personalidade civil se inicie com o nascimento com vida, é reconhecido o direito ao nascituro desde o momento de sua concepção.⁶¹⁹

Outra controvérsia, na reprodução assistida, estaria relacionada ao *procedimento de redução embrionária*. Considerando-se a frequente ocorrência de gravidezes múltiplas, neste tipo de tratamento, tem-se a possibilidade de redução do número de fetos a serem gerados, através da redução embrionária, mediante a eliminação de alguns embriões. No entanto, tal procedimento é discutível, por se assemelhar ao aborto, tendo algumas questões éticas e morais envolvidas.⁶²⁰ Convém registrar que a redução fetal e o aborto estão associadas, tanto que, nos países em que o aborto é permitido, geralmente é permitida a redução fetal, ao passo que, nos países em que é proibido, geralmente é proibida a redução fetal, como é o caso do Brasil.⁶²¹ Registre-se que tal prática é permitida na China, Egito, Índia, Dinamarca, Israel e Itália.⁶²²

No tocante à *criopreservação*, por meio do congelamento de gametas e embriões, tal procedimento tem sido autorizado entre os países, com exceção da Itália, devido a forte influência religiosa.⁶²³ Neste contexto, surgem algumas questões quanto ao destino dos

⁶¹⁶ INTERNATIONAL FEDERATION OF FERTILITY SOCIETIES. Disponível em: <<http://bit.ly/2wTvpLw>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

⁶¹⁷ THE ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. Donating spare embryos for stem cell research. *Fertility and sterility*, v. 91, n. 3, March 2009. Disponível em: <<http://bit.ly/2XxZhsv>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

⁶¹⁸ CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ. 1988.

⁶¹⁹ LEITE; HENRIQUES, 2014, p. 42-43.

⁶²⁰ LEITE; HENRIQUES, 2014, p. 32.

⁶²¹ LEITE; HENRIQUES, 2014, p. 41.

⁶²² LEITE; HENRIQUES, 2014, p. 37;39.

⁶²³ LEITE; HENRIQUES, 2014, p. 41.

embriões criopreservados excedentes, havendo quatro possibilidades: a) mantê-los criopreservados indefinidamente; b) doar para pesquisa; c) doar para outro casal tentar uma gravidez ou d) descartar o embrião. Cumpre ressaltar que, havendo abandono dos embriões pelo casal, é admitida a sua destruição, embora seja considerado genocídio pela igreja católica, sendo que tal prática suscitou um debate mundial sobre o tema envolvendo a comunidade científica, civil, religiosa e política.⁶²⁴

Quanto à fertilização *post mortem*, em que o cônjuge remanescente venha a exercer a parentalidade após a perda de um membro do par, há questionamentos em relação à motivação em gerar o descendente, sendo que a justificativa de tal prática costuma ser a dificuldade de superar o luto, mas pode estar relacionada à obtenção de alguma compensação financeira em partilha de herança.⁶²⁵ Na Áustria, Itália, Noruega, Hungria, Suécia, Austrália, França, Alemanha⁶²⁶, China, Egito, Índia e Dinamarca vigora a sua proibição.⁶²⁷ No entanto, tal prática é admitida em vários Estados americanos, no Reino Unido, Israel, África do Sul, Espanha, e no Brasil.⁶²⁸ Na Espanha, é admitida, desde que a vontade do falecido tenha sido expressa num testamento ou num outro ato público.⁶²⁹ Nesse sentido também é a legislação dos Estados Unidos.

Quanto à *doação de gametas e embriões*, procedimento utilizado quando há ausência, baixa qualidade ou problemas genéticos relacionados aos gametas ou embriões dos progenitores, a discussão refere-se à definição do doador genético (desconhecidos, membros da família, amigos, banco de gametas e embriões), a ocorrência de compensação financeira e o anonimato do doador genético.⁶³⁰ O Egito e a Itália proíbem qualquer tipo de doação, sendo que Dinamarca e Israel proíbem apenas a doação de embrião.⁶³¹

O *diagnóstico genético pré-implantacional* - PGD vem a ser um procedimento em que uma célula do embrião é retirada e submetida a uma análise genética, que permite individuar

⁶²⁴ SABBATINI, R. O caso dos embriões congelados. 1998. *Jornal Correio Popular*, Campinas. Disponível em: <<http://epub.org.br/svol/corr9696>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

⁶²⁵ THE ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. *Fertility and sterility*, v. 82, supl. 1, September 2004. Disponível em: <<http://bit.ly/2Zgu0e5>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

⁶²⁶ BELLA, Gianluca Maria. A fecundação medicalmente assistida entre “direito” e “ética” na época da tecnologia. *Revista de Informação Legislativa*, p. 89-99. Brasília a. 46 n. 182 abr./jun. 2009, p. 93.

⁶²⁷ LEITE; HENRIQUES, 2014, p. 38.

⁶²⁸ LEITE; HENRIQUES, 2014, p. 38.

⁶²⁹ BELLA, 2009, p. 93.

⁶³⁰ THE ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. Family members as gamete donors and surrogates. *Fertility and sterility*, v. 80, n. 5, 2003. Disponível em: <<http://bit.ly/2IqdAZV>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

⁶³¹ LEITE; HENRIQUES, 2014, p. 41.

eventuais patologias do embrião, a fim de selecionar e transferir embriões sem anomalias genéticas para o útero materno, sendo possível a seleção de sexo do embrião, justificada para evitar transtornos genéticos ligados ao sexo, podendo ser realizada, também, objetivando apenas o balanço familiar. Neste contexto, o debate gira em torno do destino dos embriões do sexo indesejado e a possível utilização do PGD como ferramentas de eugenia.⁶³² Tal prática é proibida na Suíça, Itália, Áustria⁶³³, China⁶³⁴; sendo permitida nos Estados Unidos, na Alemanha, na França, na Espanha, no Reino Unido⁶³⁵, no Egito, na Índia, na Dinamarca, em Israel, e na África do Sul, além do Brasil.⁶³⁶

Com relação ao número de embriões para transferência, algumas legislações prevêm que não devem ser criados um número de embriões superiores àqueles necessários para um único e contemporâneo implante, sendo admitido, no máximo, três embriões por implante. Nesse sentido, é a legislação da Alemanha, Suíça, Itália e Áustria⁶³⁷, além da Espanha.

E, especificamente, quanto à *inseminação artificial*, surgem uma série de implicações jurídicas, tais como: a) a indagação do *status* da filiação; b) a necessidade de autorização da mulher; c) a anuência do marido; d) o registro do filho; e) a inseminação contra a vontade de qualquer dos cônjuges; f) a sua realização sem o conhecimento do fato por algum deles, ou g) a necessidade de reconhecimento ou declaração da paternidade.⁶³⁸ Insta salientar que a *fecundação homóloga*, que ocorre quando há a manipulação de gametas do próprio casal, é reconhecida em quase todos os países que tem regulamentação legal, tratando-se desta matéria. Já a *fecundação heteróloga*, que ocorre quando um dos componentes genéticos for estranho ao casal, é consentida apenas em alguns estados da América do Norte, no Reino Unido, na Espanha, na Áustria e na França, sendo proibida na Itália. Cumpre ressaltar que, no Canadá, a legislação não faz diferença entre fecundação homóloga e heteróloga, admitindo que o doador possa ser qualquer pessoa.⁶³⁹

No que tange à *fecundação in vitro*, também conhecida como bebê de proveta, ocorrida em tubos de ensaio, esta é limitada à *fecundação homóloga*, na Áustria, Noruega e Suécia.

⁶³² THE ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. Sex selection and preimplantation genetic diagnosis. *Fertility and sterility*, v. 72, n. 4, 1999. Disponível em: <<http://bit.ly/2XGOzje>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

⁶³³ BELLA, 2009, p. 92.

⁶³⁴ LEITE; HENRIQUES, 2014, p. 41-42.

⁶³⁵ BELLA, 2009, p. 92.

⁶³⁶ LEITE; HENRIQUES, 2014, p. 37;39.

⁶³⁷ BELLA, 2009, p. 92.

⁶³⁸ PEREIRA, 2018, p. 12.

⁶³⁹ BELLA, 2009, p. 90.

Entretanto, é admitida a *fecundação heteróloga*, nas legislações do Reino Unido, Inglaterra, Espanha e, também, na Áustria.⁶⁴⁰

No que se relaciona à *gestação de substituição ou maternidade subrogada ou “barriga de aluguel”*, em que é contratada uma mulher para concluir uma gravidez e, ao final, ceder o nascido, tal procedimento é utilizado, geralmente, por mulheres, em caso de contraindicação clínica de gravidez, bem como por casais homoafetivos masculinos, além de casos de reprodução póstuma. Neste contexto, as questões mais discutidas estão relacionadas à escolha da doadora de útero, ao vínculo desta com o casal que está requerendo a gravidez e se deve ocorrer compensação financeira pela cessão temporária de útero. Tal prática é proibida em diversos países, tais como a Áustria, a França, a Itália, a Alemanha, a Espanha e a Suécia⁶⁴¹, além da China, do Egito, e Dinamarca.⁶⁴² Já nos EUA, salvo alguns Estados, é admitida, sendo permitido, ainda, a venda de ovócitos mediante contrato de compra e venda.⁶⁴³ Também é admitida em Portugal, sendo vedada qualquer finalidade lucrativa ou comercial, além de países como Índia, Israel, África do Sul e Brasil.⁶⁴⁴

Por fim, no tocante à *reprodução de seres humanos*, esta é proibida, de forma unânime, pela legislação internacional, justificando-se tal posição por motivos éticos, filosóficos e científicos. Importante destacar que a distinção entre clonagem humana e terapêutica não é aceita na União Europeia.⁶⁴⁵ No entanto, a *clonagem terapêutica*, considerada como a reprodução de tecidos ou órgãos por meio de células-tronco embrionárias, é permitida em 23 países, por marco legal ou normas éticas, dentre os quais apenas um país limita a pesquisa a linhagens embrionárias importadas. Assim, a África do Sul (2003), a Austrália (2002), o Brasil (2005), o Canadá (2004), a China (2003), Cingapura (2004), a Coreia do Sul, a Dinamarca (2003), a Espanha (2006), alguns Estados dos Estados Unidos, a Finlândia (1999), a França (2004), a Holanda (2002), a Índia (2007), Irã, Israel (2004), o Japão (2000), o México, a Noruega (2003), Portugal (2006), o Reino Unido (1990), a Rússia (2002), a Suécia, a Suíça (2003) permitem a pesquisa com linhagens nacionais e importadas, por meio de normas legais ou administrativas, ou conforme critérios definidos por órgãos oficiais de ética em pesquisa, com um rigoroso controle de procedimentos biomédicos e administrativos. No entanto, a

⁶⁴⁰ BELLA, 2009, p. 90.

⁶⁴¹ BELLA, 2009, p. 90-91.

⁶⁴² LEITE; HENRIQUES, 2014, p. 37;39.

⁶⁴³ BELLA, 2009, p. 90-91.

⁶⁴⁴ LEITE; HENRIQUES, 2014, p. 37;39.

⁶⁴⁵ BELLA, 2009, p. 91.

Alemanha⁶⁴⁶ permite a pesquisa embrionária apenas com linhagens importadas, sendo admitida a manipulação de células-tronco já extraídas, mas proibida a coleta de novas linhagens de origem embrionária. Já na Áustria⁶⁴⁷, na Grécia, na Irlanda, na Itália⁶⁴⁸ e na Turquia, a pesquisa embrionária é proibida por lei.⁶⁴⁹ Urge destacar a tendência internacional quanto ao reconhecimento da legitimidade ética da pesquisa científica com células tronco embrionárias, considerando-se os benefícios proporcionados pela pesquisa quanto ao tratamento e cura de doenças.

Diante do exposto, é visível a evolução da tecnologia, bem como dos mecanismos reguladores para a sua utilização, em todo o mundo, fazendo-se necessária a regulamentação da reprodução humana assistida em cada país, a fim de que sejam definidos os tratamentos a serem utilizados, bem como as modalidades de aplicação, sendo assegurado o bem-estar dos pacientes e de todos os profissionais envolvidos com o tratamento, impondo limites quanto ao avanço científico. Portanto, urge destacar a importância das leis, publicadas por países que enfrentaram a questão, diante de uma matéria tão polêmica e que gera significativas controvérsias em diversas áreas, com posições éticas, jurídicas, científicas e religiosas que se divergem. Isto porque os tribunais são forçados a emitir sentenças tratando-se de temas ligados à reprodução assistida, à inseminação artificial, às “barrigas de aluguel”, temas que fazem parte de nossa realidade, devendo ser invocado o Poder Legislativo para preencher as omissões existentes quanto a esta nova configuração de entidade familiar, a fim de que possa ser definido o poder familiar e as responsabilidades das pessoas envolvidas na reprodução artificial. Enquanto o Poder Legislativo não apresente nenhuma regulamentação sobre a matéria, trazendo algum tipo de previsibilidade quanto ao uso de técnicas de reprodução assistida, os tribunais continuarão a tomar decisões em casos individuais, embora imprevisíveis, instalando-se um clima de insegurança. Portanto, a necessidade de regulamentação de tal matéria é evidente.

Por fim, cumpre destacar quanto à família monoparental, que pode ser decorrente de uma situação voluntária ou não, outrora considerada marginal, tornou-se frequente, ao longo

⁶⁴⁶ ALEMANHA, 1990. Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - ESchG). (Tradução: Lei de Proteção aos Embriões, publicada em 1990, emendada pela última vez, em 2011) Disponível em: <<https://bit.ly/2DUjPV8>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

⁶⁴⁷ BUNDESKANZLERAMT. *Áustria e o mundo: comissão de bioética*. Disponível em: <<http://bit.ly/2K5mhMc>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

⁶⁴⁸ ITÁLIA, 2004. *Lei nº 40/2004*, norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Disponível em: <<https://bit.ly/2U52KgM>>. Acesso em: 25 nov. 2018. IBDFAM. Tribunal italiano autoriza seleção de embriões saudáveis em fertilização *in vitro*. 27.05.2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2rjybXn>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

⁶⁴⁹ DINIZ, Débora; AVELINO, Daniel. Cenário internacional da pesquisa em células tronco embrionárias. *Revista de Saúde Pública*, v. 43, nº 3, São Paulo, Mai/Jun 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2zHDBjL>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

dos anos, justificando uma atitude não mais reticente por parte da sociedade e da própria lei.⁶⁵⁰ Inclusive, países como a Inglaterra e a França vieram a reconhecer tais grupos sociais como entidades familiares.⁶⁵¹ Insta salientar que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 4º, fez uma alusão à comunidade formada pelos ascendentes e seus descendentes, reconhecendo tal estrutura de família, embora esta encontra-se ausente no Código Civil de 2002, não obstante seja a realidade de um terço das famílias brasileiras. Assim, no Brasil, “a família monoparental não é dotada de um estatuto próprio, com deveres específicos, sendo-lhe aplicáveis as regras do Direito de família, atinentes às relações de parentesco em geral”⁶⁵².

2.2.2.4 A formação da família pelo homossexual

Inicialmente, convém apresentar a definição do termo “homossexual”, tratando-se da “pessoa que se relaciona sexualmente, quer de fato, quer de forma fantasiosa, imaginária, com parceiros pertencentes ao mesmo sexo que o seu, mantendo-se, todavia, satisfeita com seu sexo biológico”⁶⁵³. Há uma gênese multifatorial, que atua em diferentes estágios do desenvolvimento humano, e que poderia explicar a sua predisposição para a homossexualidade, destacando-se: o meio hormonal perinatal, a socialização pré-puberal, os hormônios puberais e os parceiros sexuais disponíveis.⁶⁵⁴ Dessa forma, a homossexualidade pode ser entendida como uma das muitas variações normais do comportamento sexual humano.⁶⁵⁵

Civilizações antigas do mediterrâneo, localizadas na Europa Meridional, como a Mesopotâmia, o Egito antigo e a Grécia Helênica possuem registros arqueológicos históricos de períodos onde a homossexualidade era retratada em cerâmica, escultura e pinturas, sendo o mais antigo deles, o registro da Era Paleolítica, por volta de 12.000 a.C..⁶⁵⁶ De modo geral, verifica-se que a homossexualidade teria sido admitida em várias civilizações, no decorrer de vários períodos da história.

⁶⁵⁰ LEITE, 2003, p. 19.

⁶⁵¹ ROSENVALD; FARIAS, 2016, p. 85.

⁶⁵² LÔBO, 2008, p. 67.

⁶⁵³ BRANDÃO, Debora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 17.

⁶⁵⁴ BRANDÃO, Marcus Lira. *As bases psicofisiológicas do comportamento*. São Paulo: EPU, 1991, p. 51-52.

⁶⁵⁵ HOPCKE, Robert H. *Jung, junguianos e a homossexualidade*. Trad. Cássia Rocha. São Paulo: Siciliano, 1993, p. 16.

⁶⁵⁶ TOURNIER, Paul. *Os gays na história*. Lisboa: Editorial Estampa, 2006. p. 14.

Convém salientar que, no Mundo Ocidental, a concepção de homossexualidade foi influenciada por duas visões contraditórias: a visão de pecado, ao ser considerada uma falha moral e teológica, tornando-se um crime, a ser punido pelo Estado; e a visão de fraqueza, ao ser definida como doença fisiológica, pela medicina. No que tange ao crescimento da homofobia, este pode ser justificado pela ascensão do capitalismo, do consumismo, da ética calvinista, bem como pelo rompimento da rígida sociedade de classes.⁶⁵⁷ Assim, em 1533, o rei Henrique VIII, da Inglaterra, proclamou todas as atividades sexuais não reprodutivas como crime. No entanto, depois de 1836, a pena de morte por sodomia foi tacitamente abandonada; sendo que, em 1861, foi abolida, na Inglaterra e no País de Gales, tendo sido substituída por penas que variavam de 10 anos à prisão perpétua. Dessa forma, a homossexualidade, embora praticada, era rejeitada vigorosamente. E só passou a ser descriminalizada, a partir do século XVIII, quando a França descriminalizou a prática homossexual entre os homens, em 1792. Ressalte-se que, só a partir do século XIX, a medicina veio a definir a homossexualidade como uma doença fisiológica, causada por distúrbios genéticos ou biológicos, sendo que, nos séculos anteriores, era considerada um pecado contra Deus, e, portanto, uma falha moral e teológica, vindo a tornar-se um crime social, contra o qual o Estado legislava. Na concepção de Colin, esta passagem de pecado para crime, e daí para insanidade, foi provocada pelas intensas mudanças sociais que ocorreram no período.⁶⁵⁸

No início do século XX, a psicanálise introduziu a visão psicológica da homossexualidade, visão esta que é menos moralista com o neurologista e psicanalista austríaco, Freud (1856-1939), embora considere-a como um distúrbio no desenvolvimento da sexualidade e, portanto, anormal. Importante contribuição ao tema foi trazida pelo professor austríaco, Lowenfeld (1903-1960) e pelo psiquiatra e psicoterapeuta suíço, Jung (1875-1961), não obstante afirmarem que a homossexualidade seja uma anomalia, passível de se manifestar junto com doenças e processos degenerativos, “na maioria dos casos trata-se de um desvio psíquico isolado em relação à norma e não pode ser considerado patológico ou degenerativo, sendo improvável que diminua o valor do indivíduo como membro da sociedade”⁶⁵⁹. A partir de então, os movimentos homossexuais começaram a eclodir, em diversos países, reiveindicando direitos e questionando a homofobia.

E, somente no final do século XX, o advento de inúmeras leis protetivas aos direitos dos homossexuais, o uso das liberdades individuais e os preceitos oriundos dos Direitos

⁶⁵⁷ SPENCER, Colin. *Homossexualidade: uma história*. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1995, p. 235;259.

⁶⁵⁸ SPENCER, 1995, p. 235;259.

⁶⁵⁹ HOPCKE, 1993, p. 27.

humanos fizeram com que parte da comunidade mundial aceitasse, mesmo que de forma velada, a existência da prática homossexual. A partir de então, a homossexualidade passou a não ser mais vista como crime, mas como uma livre manifestação da personalidade, com a necessidade premente da positivação legal de sua proteção.⁶⁶⁰ Inclusive, a exclusão da homossexualidade como doença mental foi revista pela Organização Mundial de Saúde em 1990, tendo sido ratificada em 1992.⁶⁶¹

Urge destacar que o atual entendimento da homossexualidade, não sendo mais considerada como uma doença mental, mas como um comportamento⁶⁶² ou orientação sexual, foi fundamental para que fossem revistas as leis de vários países do mundo. Assim, a partir de meados do século XX, a descriminalização da prática homossexual observou uma grande evolução, sendo que menores restrições passaram a pesar sobre esta, fazendo com que a intolerância cedesse lugar a uma maior compreensão a respeito do tema, passando a serem contestadas as posturas predominantemente negativas.⁶⁶³ E, desde o início do século XXI, em diversos países do mundo, têm sido instituídas as parcerias civis, registradas entre pessoas do mesmo sexo, tendo sido regulamentada a questão, inclusive, em sede legislativa, consolidando a descaracterização da segregação social vivenciada pelo homossexual, ao longo da história da humanidade.

Nas Américas, a prática de relações homossexuais é legal em quase todos os países que compõem o Continente: Bermuda (1994), Canadá (1969), México (1871), Saint Pierre e Miquelon (1791), Estados Unidos (2003), Costa Rica (1971), El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua (2008), Panamá (2008), Anguilla (2000), Aruba, Bahamas (1991), Ilhas Virgens Britânicas (2000), Ilhas Cayman (2000), Cuba (1979), República Dominicana, Guadalupe (1791), Haiti, Martinica (1791), Montserrat (2000), Antilhas Holandesas, Porto Rico, Turks e Caicos (2000), Ilhas Virgens Americanas, Argentina, Bolívia, Brasil (1830), Chile (1998), Colômbia (1981), Equador (1997), Ilhas Malvinas, Guiana Francesa (1791), Paraguai (1880), Peru (1837), Ilhas Geórgia do Sul e Sandwich do Sul, Suriname (1869),

⁶⁶⁰ MALUF, 2010, p. 162.

⁶⁶¹ Por meio da Resolução WHA43.24, em 17 de maio de 1990, foi realizada a 10ª Revisão da Lista da Classificação Internacional de Doenças (CID-10), pela 43ª Assembleia Mundial da Saúde, tendo sido decidido que “a homossexualidade por si só não está mais incluída como categoria”. (In: WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1990. Disponível em: <<http://bit.ly/31iQDAb>>. Acesso em: 20 out. 2018).

⁶⁶² Conforme Hopcke “a idéia de que a orientação sexual é na realidade uma gama de comportamentos e identidades e não uma condição, de que a homossexualidade é uma das muitas variações normais do comportamento sexual humano foi comprovada pelos vários estudos realizados por Kinsey, demonstrando a sua utilidade teórica na compreensão desse comportamento” (In: HOPCKE, 1993, p. 16).

⁶⁶³ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 28.

Uruguai (1934) e Venezuela.⁶⁶⁴ O *relacionamento entre pessoas do mesmo sexo* foi reconhecido em apenas 16 países deste Continente: Canadá, México (2015), Saint Pierre e Miquelon (1999), Estados Unidos, Costa Rica (2015), Guadalupe (1999), Martinica (1999), Argentina, Brasil (2011), Chile (2015), Colômbia (2007), Equador (2009), Ilhas Malvinas (2005), Guiana Francesa (1999), Ilhas Geórgia do Sul e Sandwich do Sul (2005), Uruguai (2008). Já o *casamento entre homossexuais* foi admitido apenas em 9 países: no Canadá (2005), nos Estados Unidos (2015), Costa Rica (2020) e em alguns Estados do México, Porto Rico (2015), Argentina (2010), Brasil (2013), Colômbia (2016) e Uruguai (2013).⁶⁶⁵ Em Aruba e nas Antilhas Holandesas, apenas uniões e casamentos homossexuais realizados nos Países Baixos são reconhecidos. A *adoção* por estas famílias foi legalizada apenas em 8 países: no Canadá, alguns Estados dos Estados Unidos, na Argentina (2010), Brasil (2010), Colômbia (2015), Ilhas Malvinas, Ilhas Geórgia do Sul e Sandwich do Sul e Uruguai (2009). É permitida a *adoção por solteiros homossexuais* em 7 países: Saint-Pierre e Miquelon, Estados Unidos, Guadalupe, Martinica, Porto Rico, Chile e Guiana Francesa. Nos demais países da América, a prática de relações homossexuais é considerada ilegal, estando sujeita a determinadas penalidades, entre os 7 países relacionados a seguir: Antigua e Barbuda, Barbados, Dominica, Barbados, Dominica, São Vicente e Granadinas e Trinidad e Tobago; sendo ilegal apenas entre homens, em 7 países, a saber: Belize (2003), Grenada, Jamaica, São Cristóvão, Nevis, Santa Lúcia e Guiana. Assim, os atos homossexuais podem ser punidos, nestes países, com a *prisão, por até 10 anos*, em Belize, Dominica, Grenada, São Cristóvão e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas; *sendo até 15 anos*, em Antigua e Barbuda; e até 25 anos, em Trinidad e Tobago. É prevista a *prisão perpétua* em Barbados e Guiana e o *trabalho pesado* por até 10 anos, na Jamaica.⁶⁶⁶

Na Europa, as práticas homossexuais foram legalizadas em todos os países: Aland (1971), Dinamarca (1933), Estônia (1992), Ilhas Faroé (1933), Finlândia (1971), Groelândia (1933), Islândia (1940), Irlanda (1993), Ilha de Man (1994), Letônia (1992), Lituânia (1993), Noruega (1972), Suécia (1944), Reino Unido (1967, na Inglaterra e país de Gales; 1980, na Escócia; 1982, na Irlanda do Norte), Bélgica (1843), França (1791), Guernsey (1983), Jersey (1990), Luxemburgo (1795), Mônaco (1793), países Baixos (1811), Áustria (1971), Croácia

⁶⁶⁴ WIKIPÉDIA. *Legislação sobre pessoas LGBT no mundo*. Disponível em: <<https://bit.ly/2IznPZK>>. Acesso em: 01 dez. 2018. Insta salientar que tal informação foi inserida, considerando-se estar suportada por referências confiáveis, dentre elas, as leis, próprias de cada país, e, ainda, ter sido citada como referência na seguinte tese de doutorado: MALUF, 2010.

⁶⁶⁵ WIKIPÉDIA. *Legislação sobre pessoas LGBT no mundo*.

⁶⁶⁶ WIKIPÉDIA. *Legislação sobre pessoas LGBT no mundo*.

(1977), República Tcheca (1962), Alemanha (nacionalmente, desde 1969), Hungria (1962), Liechtenstein (1989), Polônia (1932), Eslováquia (1962), Eslovênia (1977), Suíça (nacionalmente, desde 1942), Albânia (1995), Armênia (2002), Bielorrússia (1994), Bósnia e Herzegovina (1998), Bulgária (1968), Georgia (2000), Macedônia (1996), Moldova (1995), Montenegro (1977), Romênia (1996), Rússia (1993), Sérvia (1994), Ucrânia (1992), Andorra (1790), Chipre (1998), Gibraltar (1993), Grécia (1951), Itália (1890), Malta (1973), Portugal (1982), São Marino (2001), Espanha (1979). Também é legal nos territórios disputados de Kosovo (1970) e em Chipre do Norte (2014). O *reconhecimento de união estável* entre pessoas do mesmo sexo é legalizado apenas em 31 países: Aland (2002), Dinamarca (1989), Estônia (2016), Finlândia (2002), Groelândia (2014), Islândia (1996), Irlanda (2011), Ilha de Man (2011), Noruega (1993), Suécia (1995), Reino Unido (2005), Bélgica (2000), França (1999), Luxemburgo (2004), Países Baixos (1998), Áustria (2010), Croácia (2014), República Tcheca (2006), Alemanha (2001), Hungria (2009), Liechtenstein (2011), Eslovênia (2006), Suíça (2007), Andorra (2005), Chipre (2015), Gibraltar (2014), Grécia (2015), Itália (2016), Malta (2014), Portugal (2001), Espanha (1998). O *casamento* entre pessoas do mesmo sexo é legalizado apenas em 18 países: na Dinamarca (2012), Finlândia, Groelândia (2014), Islândia, Irlanda (2015), Noruega (2009), Suécia (2009), Reino Unido (2013, na Inglaterra e País de Gales; 2014, na Escócia; sendo ilegal na Irlanda do Norte), Bélgica (2003), França (2013), Luxemburgo (2015), Países Baixos (2001), Áustria (2019), Alemanha (2017), Suíça (2007), Malta (2017), Portugal (2010), Espanha (2005). A *adoção* por pessoas do mesmo sexo é permitida apenas 21 países: Aland, Dinamarca, Estônia (apenas de enteados), Finlândia, Islândia, Irlanda (2015), Noruega, Suécia, Reino Unido, Bélgica, França (2013), Jersey, Luxemburgo (2015), Países Baixos, Alemanha, Andorra (2005), Gibraltar (2013), Itália (apenas de enteados), Malta (2014), Portugal (2015) e Espanha. Também é legal nos territórios disputados de Kosovo (1970) e em Chipre do Norte (2014). Na Letônia, Lituânia, República Tcheca, Polônia, Suíça e Bulgária, apenas homossexuais solteiros podem adotar.⁶⁶⁷

Na Oceania, as práticas homossexuais foram legalizadas em 14 países: Austrália (1994), Nova Zelândia (1986), Nova Caledônia, Vanuatu, Guam (1979), Estados Federados da Micronésia, Ilhas Marshal (2005), Marianas do Norte (1983), Samoa Americana (1899), Polinésia Francesa, Niue (2007), Ilhas Pitcaim (1967), Tokelau (2007) e Wallis e Futuna. O *reconhecimento de união estável* entre pessoas do mesmo foi legalizado apenas em 7 países: na Austrália, Nova Zelândia, Nova Caledônia, Polinésia Francesa, Ilhas Pitcaim e Wallis e Futuna.

⁶⁶⁷ WIKIPÉDIA. *Legislação sobre pessoas LGBT no mundo*.

Já o *casamento* entre pessoas do mesmo sexo foi legalizado apenas em 5 países: na Austrália (2017), Nova Zelândia (2004), Nova Caledônia (2013), Polinésia Francesa (2013) e Wallis e Futuna (2013). No que tange à *adoção* por pessoas do mesmo sexo, esta é permitida em 8 países: em quase todos os Estados da Austrália, Nova Zelândia (2013), Nova Caledônia, Guam (2002), Samoa Americana (2002), Polinésia Francesa (2013), Ilhas Pitcaim e Wallis e Futuna (2013). No entanto, as práticas homossexuais ainda não foram descriminalizadas em 4 países deste continente, sendo consideradas ilegais, em Papua, Nova Guiné, Ilhas Salomão e Samoa; sendo ilegais apenas para os homens, em 7 países: Fiji, Kiribati, Nauru, Palau, Ilhas Cook, Tonga e Tuvalu. Em Tonga, a homossexualidade é punida com chicoteadas.⁶⁶⁸

Na Ásia, a prática homossexual é ilegal em 19 países: Bahrein, no Kuwait, no Líbano, em Omã, Qatar, Arábia Saudita, Síria, Emirados Árabes Unidos, Iêmen, Afeganistão, Bangladesh, Butão, Irã, Maldivas, Paquistão, Sri Lanka, Brunei, Malásia, Myanmar; sendo apenas *criminalizada em relação ao homem*, em 04 países: no Turcomenistão, no Uzbequistão, na Palestina (Faixa de Gaza) e em Cingapura. Assim, diversas penalidades são atribuídas aos homossexuais, podendo serem punidos com, *até 1 ano de prisão*, em Butão; *a partir de 1 ano de prisão*, no Líbano; *até 2 anos*, no Turcomenistão; *a partir de 3 anos*, no Uzbequistão e Omã; *a partir de 5 anos*, em Qatar; *até 10 anos*, no Kuwait, na Palestina (Faixa de Gaza) e Brunei; *até 20 anos*, na Malásia (ou chicotadas). Ainda é prevista a *prisão perpétua*, no Paquistão e em Myanmar e a *pena de morte*, na Arábia Saudita, Emirados Árabes Unidos (ou deportação), Iêmen, Afeganistão e Irã. É legalizada em 23 países: no Cazaquistão, Quirquistão e Tajiquistão, desde 1998, como também no Azerbaijão (2000), Iraque (2003), Israel (1988), Jordânia (1951), Palestina-Cisjordânia (1951), Turquia (1858), Índia (2018), Nepal (2007), China (1997), Japão, Mongólia (2002), Coreia do Sul, Taiwan, Camboja, Timor Leste, Indonésia (exceção entre os muçulmanos e na Província de Aceh), Laos, Filipinas, Tailândia (1956) e Vietnã, embora não tenha sido reconhecido nenhum outro direito aos homossexuais, com exceção de Israel, onde é reconhecida a união estável desde 1994, casamentos realizados no exterior são reconhecidos, bem como a adoção, desde 2005. Também o Japão e Taiwan, em que é reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo, sendo que, no Taiwan, o casamento será legalizado a partir de 2019. Além disso, em Camboja e nas Filipinas, a adoção é permitida entre pessoas do mesmo sexo.⁶⁶⁹

⁶⁶⁸ WIKIPÉDIA. *Legislação sobre pessoas LGBT no mundo*.

⁶⁶⁹ WIKIPÉDIA. *Legislação sobre pessoas LGBT no mundo*.

Na África, não é permitida a prática de relações homossexuais no Egito, sendo considerada ilegal, sujeita à determinadas penalidades, em 26 países: na Argélia, Líbia, Marrocos, Saara Ocidental, Sudão, Sudão do Sul, Tunísia, Gâmbia, Guiné, Libéria, Mauritânia, Senegal, Togo, Camarões, Burundi (2009), Comoroas, Djibouti, Eritreia, Etiópia, Malawi (suspensa), Maurícia, Somália, Uganda, Botswana, Lesoto e Namíbi; sendo ilegal apenas para o homem, em 9 países: Gana, Serra Leoa, Quênia, Seychelles, Tanzânia, Zâmbia, Zimbabwe, Suazilândia e Nigéria (sendo ilegal também para as mulheres, em áreas sob a Charia). Na Angola, não há uma proibição legal expressa, no entanto, outras leis podem ser aplicadas. Assim, diversas penalidades são atribuídas aos homossexuais, podendo serem punidos com *até 1 ano de prisão*, na Libéria; *com até 2 anos*, na Argélia e em Burundi; *com até 3 anos*, em Marrocos, Tunísia, Gana, Guiné, Togo e Eritreia; *até 5 anos*, na Líbia, Senegal, Camarões, Comoroas, Etiópia, e Maurícia; *até 7 anos*, em Botswana; *até 10 anos*, no Sudão do Sul e em Zimbabwe; *até 12 anos*, em Djibouti; *até 14 anos*, em Gâmbia, Nigéria (homens, em áreas fora da legislação Charia) e no Quênia; *até 15 anos*, em Zâmbia. São previstos, ainda, *castigos físicos*, na Nigéria (mulheres, em áreas sob a legislação da Charia); a *prisão perpétua*, em Serra Leoa e Tanzânia; e a *pena de morte*, na Mauritânia, Nigéria (homens, em áreas sob a legislação da Charia), Somália, Sudão e Uganda. Nos demais países da África, cerca de 18, a saber: Benin (2009), Burkina Faso, Cabo Verde (2004), Costa do Marfim, Guiné-Bissau (1993), Mali e Niger, República Centro-Africana, Chade (1967), República Democrática do Congo, Guiné Equatorial, Gabão, República do Congo, São Tomé e Príncipe (2011), Madagascar, Moçambique, Réunion (1791), Ruanda e África do Sul (1994) tal prática é considerada legal, embora não tenha sido reconhecido o relacionamento, nem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, não sendo admitida, também, a adoção por estas famílias, com exceção de Réunion, que permite o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde 1999, e a adoção por homossexuais solteiros. Também a África do Sul permite o reconhecimento do relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, desde 1996, sendo admitida, também, a adoção por estas famílias, desde 2002, e o casamento, desde 2006.⁶⁷⁰

Cumprir registrar que o Brasil, embora não tenha sido contemplado, expressamente, em sua Constituição Federal, a união homoafetiva como relação familiar, numa visão unitária e sistêmica do seu ordenamento jurídico, somos conduzidos a tal conclusão, por força da interpretação conforme a sua Constituição, promovida pela jurisprudência nacional, que, assim,

⁶⁷⁰ WIKIPÉDIA. *Legislação sobre pessoas LGBT no mundo*.

vem se manifestando,⁶⁷¹ a partir da decisão do STF sobre a união homoafetiva, em 2011, passando a ser reconhecido, no Brasil, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo que, posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 175/2013, vedou às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Dessa forma, frente à falta de previsão legal, o entendimento dos tribunais vem assegurando direitos a tal modalidade de família, sendo garantido o direito ao reconhecimento da união estável e ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, abrangendo os direitos de cunho patrimonial, sucessórios e previdenciários, bem como o direito à adoção, em face do reconhecimento do *status familiae* ao casal homossexual.⁶⁷²

Diante do exposto, percebe-se que os valores de cada país têm uma grande influência sobre o reconhecimento da homossexualidade, modificando-se, ao longo dos anos, conforme o lugar, a cultura e o momento histórico vigente, sendo demonstrados por meio de suas leis, muitas vezes arraigadas de preconceitos, de preceitos religiosos, políticos ou por uma ideologia dominante. E, apesar da significativa evolução quanto ao reconhecimento dos direitos homossexuais em muitos países, ainda há uma mudança de paradigma quanto ao estabelecimento das relações familiares a ser realizada, devendo ser revistos antigos conceitos, a fim de que seja alcançada uma progressiva e efetiva aceitação social da família homossexual.

2.2.2.5 A formação da família pelo transexual

O transexualismo envolve homens ou mulheres que estão profundamente convencidos de que pertencem ao sexo oposto de seu sexo biológico,⁶⁷³ sendo classificado pela Medicina, como uma disforia de gênero, conforme o Manual de Transtornos Psiquiátricos DSM-V.⁶⁷⁴ Em se tratando de sua origem, existem quatro teorias: a genética, a fenotípica, a psicogênica (ligada à identificação com seu sexo originário, derivada da educação transmitida pelos pais) e a

⁶⁷¹ ROSENVALD; FARIAS, 2016, p. 79;175.

⁶⁷² BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* – ADI 4.275/DF, de 1 de março de 2018. Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria Geral da Justiça, para que a alteração do nome e sexo ocorra em sede administrativa, perante o registro civil, independente de procedimento cirúrgico e sem a necessidade da apresentação de laudos ou realização de avaliações ou perícias, tendo o pedido sido julgado procedente. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://bit.ly/2JSw7xW>>. Acesso em: 04 dez. 2018. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 175/2013*.

⁶⁷³ FRIGNET, Henry. *O transexualismo*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud Ed., 2000. p. 123.

⁶⁷⁴ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *DSM-V: Diagnostic and statistical manual of mental disorders*. Washington, DC: American Psychiatric Publishion, 2013.

eclética.⁶⁷⁵ Assim, conhecida desde a antiguidade, a transexualidade tem sido difundida, na atualidade, graças ao avanço da ciência, notadamente pela realização da cirurgia de redesignação sexual,⁶⁷⁶ ou mesmo pelo tratamento hormonal.

Convém ressaltar que o debate abrangendo indivíduos transexuais induz a abordagem de suas consequências no Direito, considerando-se que, após a transformação da aparência sexual, haverá de ser reconhecido legalmente o seu novo sexo, bem como todas as implicações que as modificações do sexo e, conseqüentemente, do estado civil, acarretam para o Direito de família, tendo em vista que a mudança do estado civil torna-se parte integrante da terapêutica do transexual.⁶⁷⁷ Por tal razão, a questão envolvendo a conjugalidade do transexual é bastante polêmica, e muito se debate acerca da possibilidade deste contrair matrimônio ou constituir união estável, formando, assim, uma família nos moldes legais.

Dessa forma, ao indivíduo transexual, deve ser dado o tratamento jurídico adequado, a fim de que sejam evitados problemas de ordem privada e/ou pública, associados à redesignação, principalmente no que concerne às relações familiares, visando garantir-lhe a sua plena inserção na sociedade, bem como o desenvolvimento de sua personalidade. Apesar de muitos países admitirem direitos aos transexuais, no Brasil, não há previsão legal sobre o tema, pois ainda se entende o transexual como um ser humano mutilado, incapaz de procriar. No entanto, a Resolução nº 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.482/97, reconheceu a cirurgia como correta e adequada, considerando-se que seus resultados valorizariam o preconizado nos princípios constitucionais da liberdade e do reconhecimento da dignidade humana. Desde então, o panorama do transexual mudou, sendo que a jurisprudência pátria vem consolidando o direito personalíssimo da alteração - ou adequação - do sexo biológico ao sexo psíquico.⁶⁷⁸

E, assim, uma vez diagnosticada a transexualidade, a doutrina e a jurisprudência brasileira entendem que deve ser acolhido o pedido de retificação do registro de nascimento do transexual, após a realização da cirurgia redesignatória. Nesse sentido, houve uma evolução em nosso país, pois o entendimento era no sentido da negação da alteração do registro civil do transexual, vindo a adequar tal posicionamento aos princípios constitucionais, embora, não haja

⁶⁷⁵ FARINA, Roberto. Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estudos de intersexualidade e das parafilias, op. cit., p. 136-141 *apud* SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 112.

⁶⁷⁶ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. *La problemática jurídica de la transexualidad*. Madrid: Mc Graw Hill, 1998, p. XIX.

⁶⁷⁷ FRIGNET, 2000. p. 17.

⁶⁷⁸ MALUF, 210, p. 218; CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.955/2010*.

consenso quanto à publicização da retificação do assento levada a efeito.⁶⁷⁹ E, numa decisão histórica, outra importante evolução ocorreu, ao ser concluído o julgamento da ADI 4275/DF, pelo STF, decidindo que transexuais e transgêneros poderão solicitar a mudança de prenome e gênero em registro civil sem necessidade de cirurgia de mudança de sexo, sendo desnecessária decisão judicial autorizando o ato, e até mesmo laudos médicos e psicológicos.⁶⁸⁰ Convém destacar que a Resolução do Conselho Federal de Medicina contribuiu de forma significativa para a mudança do entendimento jurídico, nos últimos anos, embora falte aos transexuais um amparo legal mais efetivo, oriundo de uma legislação específica para os casos de disforia de gênero.

No Direito comparado, em muitos países europeus, a situação apresenta-se de forma bem favorável para o transexual, considerando-se que a possibilidade de mudança de gênero efetiva-se numa ótica dos Direitos humanos. Os países que possuem legislação específica são: Suécia, Alemanha, Holanda, Itália (1982), Portugal, Argentina, além de alguns estados dos Estados Unidos e do Canadá. Além desses, há outros países que reconhecem a homossexualidade, de alguma forma, são: Dinamarca (2014), Finlândia, Noruega, Bélgica, Luxemburgo, Suíça, Turquia, França, Peru, Brasil, entre outros.⁶⁸¹ Há, ainda, leis sobre identidade de gênero ou expressão, nos seguintes países: Chile, Colômbia (1993), Equador, Uruguai (2009), Índia, Nepal, Japão, Coreia do Sul, Taiwan, Islândia, Irlanda (2015), Ilha de Man (2009), Reino Unido (2004), Países Baixos, Croácia, Eslovênia, Albânia, Geórgia, Malta, Espanha (2007), Kosovo, Austrália, Nova Zelândia, Guam, Samoa Americana e Ilhas Pitcairn.⁶⁸²

No que tange à *alteração do nome* pelo transexual, na Inglaterra, foi aprovada a lei de identidade de gênero, em 2005, permitindo a solicitação da mudança nos documentos, sem necessidade prévia da realização da cirurgia redesignatória, fazendo-se necessário o prévio diagnóstico de transexualismo.⁶⁸³ Na Espanha, tendo sido decretada por sentença, a retificação registral do sexo modificado, o transexual passará a ser conhecido como pessoa pertencente ao sexo informado no novo registro. Nesse sentido, é o entendimento da Suécia (1972), da Alemanha (1980), da Itália (1982), da Holanda (1985), da Bélgica, da Suíça, da Turquia, de

⁶⁷⁹ DIAS, 2016, p. 113; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 166-178.

⁶⁸⁰ BRASIL. STF. ADI nº 4.275/2018.

⁶⁸¹ VIEIRA, Thereza Rodrigues. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 168.

⁶⁸² WIKIPÉDIA. *Legislação sobre pessoas LGBT no mundo*.

⁶⁸³ BENTO, Berenice. Transgêneros, direitos humanos e legislação. *Universidade de Brasília*. Disponível em: <<http://www.unb.br/acs/unbclipping/cp050502-11.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2018, p. 1-2.

Portugal, da Dinamarca e de alguns Estados dos Estados Unidos, tais como a Louisiana e Illinois.⁶⁸⁴ A primeira legislação específica, tratando-se desta matéria, foi a da Suécia, em 1972, dando reconhecimento jurídico à transexualidade, garantindo ao transexual o direito de recorrer à autoridade administrativa para ter o seu direito reconhecido. A legislação da Itália, desde 1982, dispõe que a adequação sexual, no registro civil, ocorre somente após sentença transitada em julgado. A Holanda dá direitos às pessoas transexuais desde 1985, vindo a aplicar, também, as Convenções Internacionais, que vem aderindo. Em Quebec, no Canadá, o Código Civil (1991) dispõe que a adequação do nome, quando necessária, deve ser realidade de forma administrativa. Desde 2007, com base na Lei de Identidade de Gênero, a Espanha vem permitindo que seja adequado o nome e o sexo no registro civil, mesmo que não tenha ocorrido a cirurgia de redesignação sexual. Desde 2008, no Uruguai, foi aprovada a lei que permite a alteração de nome e adequação sexual, para pessoas maiores de 18 anos, desde que seja apresentado parecer médico atestando a identidade de gênero, podendo retornar a sua identidade anterior, caso o indivíduo deseje, após 05 (cinco) anos. No México, a partir da reforma do Código Civil de 2008, foi autorizada a alteração do nome e do sexo nos documentos oficiais de transexuais. Em Portugal, desde 2010, há previsão legal para adequação do sexo e alteração do nome, mediante reconhecimento judicial, sendo que, após a retificação, não podem ser emitidas certidões com inteiro teor a outrem, que não sejam o próprio requerente, os herdeiros ou autoridades policiais e judiciais. Na Alemanha, em 2013, foi reconhecida a possibilidade de não ser preenchido o sexo nos registros civis, no ato do nascimento, tendo sido criada uma categoria indefinida nos registros.⁶⁸⁵ Na França, no que tange à conversão de sexo do transexual, entende a sua legislação que a não concordância dos fatores biológicos com o sexo social, num transexual operado, não é motivo para recusar-lhe o reconhecimento jurídico da alteração de sexo.⁶⁸⁶

Quanto ao *casamento civil* heterossexual pós-transicional, em Portugal, é permitido, tendo sido alterado o registro, desde que com orientação heterossexual, sendo consideradas incapazes para o ato as pessoas casadas.⁶⁸⁷ Na Espanha, quanto ao casamento do transexual, necessário se faz para a validade do mesmo, que o outro nubente seja devidamente informado

⁶⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 277-280. LÓPEZ-GALIACHO PERONA, 1998, p. 151.

⁶⁸⁵ VIEIRA, 2012, p. 168-169;172.

⁶⁸⁶ FRANÇA. *Code Civil*, 104. éd. Paris: Dalloz, 2005, p. 229.

⁶⁸⁷ PORTUGAL. *Código Civil*. DL. nº 47344/66, atualizado pela Lei nº 64/2018, que aprova o Código Civil e regula a sua aplicação. Disponível em: <<https://bit.ly/2RxkOP5>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

antes do ato do casamento, obedecidos os requisitos legais. A Alemanha reconhece a possibilidade do matrimônio aos transexuais, havendo uma lei própria, desde 1980, que regula a questão da transexualidade no que tange à realização da cirurgia redesignatória, a alteração registral, a possibilidade de convolar núpcias ou manter união estável.⁶⁸⁸ Na França, tratando-se de casamento do transexual, o entendimento é no sentido de que o sexo registrado, na ocasião do nascimento, constitui uma espécie de limitação, a ser observada em face do direito natural de se casar, não sendo admitido.⁶⁸⁹

No que se relaciona ao *momento da realização da cirurgia redesignatória*, na Espanha, a legislação prevê que antes de requerer a alteração do sexo, deve o matrimônio ser desfeito, mediante divórcio ou arguição de nulidade. A legislação alemã (1980) dispõe que o transexual seja solteiro. Nesse sentido, tem-se a legislação Holandesa (1985); a Sueca (1972); a de Quebec (1977). Já a legislação italiana (1982) não impõe que o indivíduo seja solteiro, divorciado ou viúvo para a realização da cirurgia de redesignação, permitindo ao transexual casado realizá-la, considerando-se que a sentença de retificação dissolve automaticamente o casamento. Nesse sentido, dispõe a Turquia (1988).⁶⁹⁰ Na Inglaterra, quem já for casado, e não dissolver o seu casamento, após o pedido de mudança dos registros legais, recebe apenas uma certidão de reconhecimento de gênero ínterim, que continua a considerar a pessoa como membro de seu sexo anatômico original para vários efeitos.⁶⁹¹ Nos Estados Unidos, a Flórida proíbe o casamento entre casais não heterossexuais. Por fim, vale ressaltar que, no Brasil, com amparo da legislação alemã e sueca, a doutrina predominante entende que somente os transexuais solteiros, divorciados ou viúvos poderão fazer a cirurgia de redesignação, permanecendo inalterados os direitos e deveres entre o transexual operado e os seus filhos, conquanto não lhes cause, com sua conduta, qualquer dano moral ou material.⁶⁹² Por outro lado, Cahali sustenta que a aquiescência do cônjuge não abalaria a validade do casamento, ressaltando que a falta de concordância configuraria uma conduta desonrosa e grave.⁶⁹³

Em se tratando de *filiação*, diversos problemas de ordem privada e de ordem pública decorrem da redesignação do transexual, principalmente no que concerne aos efeitos legais com

⁶⁸⁸ CHAVES, Antonio. Castração, esterilização, mudança artificial de sexo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 69, v. 542, dez. 1980, p. 17-18.

⁶⁸⁹ FRANÇA. *Code Civil*, 2005, p. 229.

⁶⁹⁰ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, 1998, p. 249-251.

⁶⁹¹ INGLATERRA. *Gender recognition act 2004*, que dispõe sobre a mudança de sexo. Disponível em: <<https://bit.ly/2Q9gOHZ>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

⁶⁹² DINIZ, 2001, p. 284-285.

⁶⁹³ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987. p. 249.

relação aos filhos. Em matéria de identidade e sucessões, os seus direitos continuariam inalterados, sendo que a redesignação do genitor não constará em nenhum documento dos filhos.⁶⁹⁴ No entanto, diversas situações podem ocorrer, envolvendo a família formada pelo transexual, destacando-se a filiação natural gerada antes e depois do registro, quanto ao reconhecimento da paternidade, quanto à doação de material genético, à adoção, dentre outros.

Cumprе ressaltar que o Brasil vem obtendo grandes progressos jurídicos, na defesa dos direitos dos transexuais, considerando-se que as respostas apresentadas pelo Poder Judiciário estão no mesmo sentido da tendência internacional contemporânea. No entanto, faz-se necessário a regulamentação dos direitos dos transexuais pelo Poder Legislativo, por meio da criação de leis específicas que possam assegurar os seus direitos, de forma plena e efetiva, principalmente quanto ao acesso à cirurgia de transgenitalização e a adequação de nome e sexo do transexual perante o registro civil, traçando parâmetros claros para a sua realização.

2.2.2.6 A formação da família pelo intersexual

Inicialmente, faz-se necessário termos uma noção geral de sexo, como sendo composta pela integração das seguintes modalidades: a) o *sexo genético*, formado pelo sexo cromossômico e cromatínico; b) o *sexo endócrino*, formado pelo sexo gonadal, que abrange o ovário, o testículo, a glândula hipófise, a suprarrenal e o extragonadal - formada pela hipófise e pela epífise; c) o *sexo morfológico*, que retrata os caracteres genitais e extragenitais, adaptando o organismo à cópula; d) o *sexo psicológico*, que indica as reações psicológicas do indivíduo frente ao sexo, seu impulso sexual, sua libido, e e) o *sexo jurídico*, que representa o estado individual da pessoa humana.⁶⁹⁵

A partir de então, temos o entendimento de Quaglia, que aduz que: “o sexo é determinado pelo conjunto de caracteres genéticos, anatômicos, hormonais e psicológicos”, sendo que Jost afirma que “os fatores determinantes do sexo apresentam-se de forma sequencial, donde oriundo do sexo genético deriva o sexo gonadal, deste configura-se o corpóreo, que pode ser por sua vez subdividido em estruturas internas, externas e caracteres sexuais secundários”⁶⁹⁶. Neste mesmo sentido, Bagnoli, Fonseca e Junqueira, afirmam que os

⁶⁹⁴ MALUF, 2010, p. 235.

⁶⁹⁵ BONNET, Emilio Federico Pablo. Medicina legal, v. 2, 2ª. ed. Buenos Aires: Lopez Libreros editores SRL, 1980, p. 1009 *apud* SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 29.

⁶⁹⁶ QUAGLIA, Dorina R. G. Epps. *O paciente e a intersexualidade: aspectos clínicos, endócrinos, anatomo-*

fatores que determinam o sexo são: cromossômico, gonadal, somático, civil e psicossocial, que atuam em forma sequencial durante a embriogênese. Assim, definem como intersexo o indivíduo que apresente discordância de um ou mais desses fatores, independentemente de haver ou não ambiguidade dos genitais. E apresentam os agrupamentos a seguir, segundo a classificação clínico-laboratorial desses indivíduos: a) Disgenesia gonadal; b) Pseudo-hermafroditismo feminino; c) Pseudo-hermafroditismo masculino; e d) Hermafroditismo verdadeiro.⁶⁹⁷

Urge destacar que a preocupação com as questões atinentes ao hermafroditismo e a consequente inserção do seu portador ao universo social, bem como quanto às consequências sociais e hereditárias que pode gerar, não é recente. Rudimentos sobre o tema foram encontrados no Digesto de Justiniano, que traz consignado na lição de Ulpiano: “*Quaeritur: hermaphroditum cui comparamus? Et magis puto eius sexus aestimandum, qui in eo praevallet*”. “Pergunta-se: A quem equiparamos o hermafrodita? E eu julgo que deve ser estimado mais pelo sexo que nele prevalece”⁶⁹⁸.

De modo geral, a determinação sexual anômala impõe intrínsecas consequências à sociedade, considerando-se a dificuldade de determinação da identidade de gênero do indivíduo, que pode atingir uma terceira pessoa, que, com este, integrará a ordem familiar. No entanto, cumprida a fase de diagnóstico, e demais formalidades médico-legais que acompanham a redesignação, concluímos que nada obsta ao intersexual que constitua sua família, nos moldes tradicionais. Isto porque sua conjugalidade não se encontra comprometida, pois a adequação fenotípica do sexo em face do genótipo, não impõe uma alteração do sexo, mas uma acomodação frente a uma anomalia que a própria natureza gerou. Em face do exposto, tem-se o direito à redesignação sexual do portador de intersexualidade, considerando-se ser este um direito personalíssimo, para a grande maioria dos juristas da contemporaneidade, devendo ser-lhe garantida a positivação da sua identidade sexual, bem como, de seu direito à personalidade.

No Brasil, a aceitação jurídica da cirurgia reparadora e a consequente retificação do prenome e do sexo no registro civil geram para o intersexual operado aptidão para o casamento. No entanto, é imprescindível que o futuro cônjuge seja informado desta sua condição, antes do

patológicos e genéticos. São Paulo: Sarvier, 1980, p. 1. JOST, A; HW, Jones; WW, Scott. Hermafroditismo genital anomalies and related in endocrine disorders. Baltimore: Williams & Wilkins, 1958 *apud* SUTTER, 1993, p. 28.

⁶⁹⁷ BAGNOLI, Vicente Renato; FONSECA, Ângela Maggio da; JUNQUEIRA, Paulo Augusto de Almeida. Estados intersexuais. Diagnóstico e tratamento. *SOGESP - Associação de Obstetrícia e Ginecologia do Estado de São Paulo*. Disponível em: <www.sogesp.com.br>. Acesso em: 12 out. 2018, p. 3-5.

⁶⁹⁸ ULPIANO. *Digesto*. Ulpianus libro primo ad sabinum, D.1.5.10., *apud* MADEIRA, 2002, p. 60.

casamento, evitando-se que o conhecimento de fato tão relevante possa ensejar à outra parte o pedido de anulação do casamento por erro essencial sobre a pessoa, ante a insuportabilidade da vida em comum.⁶⁹⁹ Nesse sentido vem sendo o entendimento dos tribunais brasileiros, que não dispõem de uma legislação específica tratando-se da matéria, amparado-se apenas na Resolução nº 1.664/2003, do Conselho Federal de Medicina, que define as normas técnicas para tratamento de pacientes portadores de anomalias de diferenciação sexual.⁷⁰⁰ Ademais, frente à sua incapacidade procriativa, resta-lhe o recurso da adoção, para que se perfaça a continuidade desta modalidade de família, que se regulará pelos princípios constitucionais e legais próprios de tal instituto.

2.2.2.7 A família simultânea ou paralela

As famílias simultâneas, também denominadas de famílias paralelas, simultaneidade familiar, uniões paralelas, união estável adulterina, união estável atípica ou concubinato adulterino, são as entidades formadas por dois ou mais núcleos familiares, concomitantes, em que uma pessoa se coloca como componente comum entre elas. E, para se caracterizar uma família simultânea, faz-se necessário a presença de dois elementos: o vínculo afetivo de uma pessoa em duas entidades familiares, bem como a intenção de constituir família. Ruzyk demonstra inúmeras hipóteses de configuração desta entidade familiar, que vão desde a pluralidade pública e estável de conjugalidades; até situações envolvendo filhos de pais separados, que mantêm íntegro o relacionamento com ambos os pais; ou, ainda, a figura materna ou paterna divorciada que decide se casar novamente ou manter união estável, vindo a constituir uma nova prole, contudo, mantendo o afeto e a intimidade com os filhos do relacionamento anterior.⁷⁰¹

Cumprе ressaltar que há uma controvérsia em relação ao reconhecimento das famílias simultâneas, justificada pela presença ou ausência de configuração da boa-fé entre os envolvidos, tendo por base a monogamia. Ponzoni aponta três correntes doutrinárias, formadas a respeito do tema: a) *a primeira corrente*, com fundamento nos deveres de fidelidade ou de lealdade, bem como no princípio da monogamia, nega peremptoriamente o reconhecimento de

⁶⁹⁹ DINIZ, 2001, p. 269-270. ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. *Código Civil comentado*. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.662.

⁷⁰⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.664/2003*.

⁷⁰¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 6.

qualquer dos relacionamentos concomitantes, sendo defendida por Diniz; b) *a segunda corrente* funda-se na boa-fé e no emprego da analogia, concernente ao casamento putativo, no sentido de que, se um dos parceiros estiver convicto de que integra uma entidade familiar conforme os ditames legais, sem o conhecimento de que o outro é casado ou mantém união diversa, subsistirão os efeitos assegurados por lei à caracterização da união estável, ao companheiro de boa-fé, sem prejuízo dos danos morais. É adotada pela grande maioria dos doutrinadores brasileiros, dentre eles, Azevedo, Pereira, Cahali, Veloso, Oliveira, Tartuce e Simão. c) *a terceira corrente* admite como entidades familiares quaisquer uniões paralelas, independentemente da boa-fé, deixando de considerar o dever de fidelidade como requisito essencial à caracterização da união estável, sendo defendida por Dias.⁷⁰²

Vale ressaltar que “a monogamia não pode ser considerada um mandamento excludente de reconhecimento de entidades familiares plurais, improcedendo, assim, negar tutela jurídica às famílias simultâneas, mormente, em face da efetivação da dignidade humana dos membros envolvidos”⁷⁰³. Isto porque “o conceito de família deve abarcar a realidade dos relacionamentos existentes, em suas diversas formas de constituição, ainda que simultâneos”⁷⁰⁴. E, diante da omissão legislativa em relação às uniões paralelas, tem-se a Constituição Federal e os princípios aplicáveis ao Direito de Família, que vem sendo utilizados para fundamentar as decisões e resolver as controvérsias existentes. Vale ressaltar que, além da questão do reconhecimento, outras questões decorrem desses relacionamentos simultâneos, envolvendo direitos patrimoniais. No entanto, não há um posicionamento majoritário na doutrina, nem mesmo na jurisprudência, tratando-se deste tema.

2.2.2.8 A família poliafetiva

A família poliafetiva é também chamada de família poli amorosa ou poliamor. Conforme Santiago, configura-se tal união quando forma-se uma única entidade familiar, com todos os envolvidos morando sob o mesmo teto, fato que a diferencia das famílias simultâneas. Assim, tem-se um verdadeiro casamento, com alteração apenas no número de integrantes. E, considerando-se tal entendimento, conclui, afirmando que o tratamento jurídico a ser conferido

⁷⁰² PONZONI, Laura de Toledo. Famílias Simultâneas: União Estável e Concubinato. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, 27 out 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/2HgB4Cx>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

⁷⁰³ VIEGAS, 2017, p. 140-141.

⁷⁰⁴ VIEGAS, 2017, p. 142.

à poliafetividade deve ser idêntico ao estabelecido às demais entidades familiares reconhecidas pelo Direito.⁷⁰⁵ Nesse sentido, também é o entendimento de Dias.⁷⁰⁶

Cumprе ressaltar que, no Brasil, ainda não há uma legislação específica, muito menos, um posicionamento jurisprudencial, tratando-se do reconhecimento do poliamor como entidade familiar. No entanto, a família poliafetiva é uma realidade, em nossa sociedade, que requer regras próprias para a sua regulamentação, tendo em vista que diversas controvérsias surgirão, relacionadas à paternidade, guarda de filhos, alimentos, direitos sucessórios e previdenciários, adoção, dentre outros. Importante destacar que, desde 2012, vinham sendo lavradas escrituras públicas de reconhecimento de uniões civis poliafetivas pelas serventias extrajudiciais de notas.⁷⁰⁷ No entanto, em 2016, o Conselho Nacional de Justiça proibiu que este modelo de escritura continue a ser adotado, sob o entendimento de que a família poliafetiva não conta com a devida relevância social capaz de fazê-la adentrar na ordem jurídica, a fim de receber reconhecimento e proteção do direito.⁷⁰⁸ E, diante de tal posição, não sendo possível o reconhecimento da validade dessas escrituras pelo Direito de Família, a solução poderia ser encontrada no Direito Contratual, por meio de contratos de sociedade de participação, promessas de doação e de alimentos, plano de saúde e de previdência privada, dentre outros negócios jurídicos patrimoniais, a fim de que não fiquem excluídas de seus direitos.

2.2.2.9 A família parental ou anaparental

A diferença de gerações não pode servir de parâmetro para o reconhecimento de uma estrutura familiar. Isto porque não é a verticalidade dos vínculos parentais que autoriza o reconhecimento de uma família como merecedora da proteção jurídica. (...) Portanto, a convivência entre parentes ou entre pessoas, mesmo não sendo parentes, dentro de uma estrutura com identidade de propósitos, impõe o reconhecimento de um entidade familiar, denominada família parental ou anaparental.⁷⁰⁹ Cuida-se de uma entidade familiar com vínculo

⁷⁰⁵ SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 196.

⁷⁰⁶ DIAS, 2016, p. 143.

⁷⁰⁷ VIEGAS, 2017, p. 189.

⁷⁰⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pedido de providências nº 1459-08.2016.2.00.0000, de 29 de junho de 2018*. Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS. Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Título de São Vicente-SP e Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Tupa. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília. Disponível em: <<https://bit.ly/2QD87oN>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

⁷⁰⁹ BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: PEREIRA;

de parentesco, entretanto, sem qualquer liame de ascendência ou descendência, podendo ser composta por vários irmãos, tios (as), sobrinhos (as) ou primos (as).⁷¹⁰

Urge destacar que, na contemporaneidade, tem sido questionada a proteção do Direito de família à família anaparental, sendo que, no Brasil, o legislador omitiu-se quanto à regulamentação destas entidades familiares, de modo a se aplicar, por analogia, as regras relacionadas às demais configurações de família, a fim de que seja possibilitado a estas o reconhecimento de direitos. É fato que, no momento da elaboração dos direitos sucessórios, não foram consideradas as novas modalidades de família, circunstância que ensejaria uma interpretação principiológica constitucional, a fim de admitir a pluralidade familiar como legitimadora da família anaparental, buscando corrigir a omissão legal sobre a matéria.

2.2.2.10 A família reconstituída, recomposta ou mosaico

A família mosaica, também conhecida como família de continuação, pluriparental, composta, recomposta, reconstituída ou mosaico, é aquela “constituída depois do desfazimento de relações afetivas pretéritas: reconstruídas, recompostas”⁷¹¹. Seria uma entidade familiar resultante da pluralidade de relações parentais extraídas do divórcio/separação, complementada pelo posterior arranjo familiar. Assim, a família mosaico pode ser definida como sendo aquela caracterizada pela “multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de independência”⁷¹².

Para os juristas brasileiros contemporâneos, Farias e Rosendal, “As famílias reconstituídas (...) são entidades familiares decorrentes de uma recomposição afetiva, nas quais, pelo menos, um dos interessados traz filhos ou mesmo situações jurídicas decorrentes de um relacionamento familiar anterior”⁷¹³. Insta salientar que a família mosaico tem assumido um importante papel na sociedade, sobretudo em face da possibilidade de reconhecimento legal de mais de um pai e/ou mãe, delineando, assim, a tridimensionalidade das paternidades jurídica, biológica e socioafetiva.⁷¹⁴

GROENINGA, 2003, p. 151.

⁷¹⁰ TIEZZI, Beatriz Ciabatari Simões Silvestrini; GESSE, Eduardo. *Apontamentos do direito de família*. 2010. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/2071/2243>>. Acesso em: 10 out. 2017.

⁷¹¹ DIAS, 2016, p. 145.

⁷¹² DIAS, 2016, p. 147.

⁷¹³ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 88.

⁷¹⁴ TIEZZI; GESSE, 2010.

Em face do exposto, segundo entendimento predominante entre os juristas contemporâneos, não há como negar a repercussão jurídica da família mosaico no meio social, cabendo-lhe o amparo legal do Estado, mormente, ante a nova lógica da família plural contemporânea. Isto porque o acolhimento do afeto como mola propulsora da família contemporânea e o reconhecimento da pluralidade de entidades familiares revelam um momento de inclusão da pessoa humana (...).⁷¹⁵ E com o objetivo de assegurar a integridade física e psíquica dos membros das famílias transformadas, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece tal vínculo, em sede constitucional, pelo seu art. 226, embora não expressamente; sendo que o CC/2002 estabelece as consequências deste reconhecimento, previstas em seu art. 1.595 e 1.521, consubstanciando hipóteses de proteção jurídica destas famílias. Neste mesmo sentido, vem sendo decidido no Direito comparado, em outros países do mundo, tais como Argentina, Portugal e Estados Unidos (Maryland, Connecticut e South Carolina), embora, estejam mais avançados, especialmente, quanto ao reconhecimento de efeitos sucessórios e de alimentos entre parentes por afinidade.⁷¹⁶

2.2.2.11 A família natural, a família extensa ou ampliada e a família substituta

A *família natural* pode ser entendida como a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, podendo ser biparental ou monoparental, englobando nesse conceito, também, a família socioafetiva, além da família biológica.⁷¹⁷ Segunda Dias, a expressão família natural “está ligada à ideia de família biológica, na sua expressão nuclear”. E acrescenta que “ainda, há uma verdadeira sacralização da família natural, quando se fala em família extensa ou ampliada. (...) Parece que ninguém percebe que este conceito dispõe de um pressuposto além do elo consanguíneo”⁷¹⁸.

Conforme Farias e Rosendal, a *família extensa ou ampliada* vem a ser aquela que, perpassando a comunidade de pais e filhos ou a unidade do casal, é formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e apresenta vínculo de afinidade ou afetividade.⁷¹⁹ Convém destacar que a tendência é quanto ao reconhecimento da família extensa como uma espécie de família substituta, considerando-se que os parentes próximos

⁷¹⁵ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 89.

⁷¹⁶ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 89-93.

⁷¹⁷ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 93.

⁷¹⁸ DIAS, 2016, p. 146.

⁷¹⁹ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 94.

eventualmente necessitam regularizar uma situação de guarda, tutela ou mesmo adoção⁷²⁰, a fim de se ter garantido o direito à convivência familiar.

Cumprе ressaltar que “a tendência é que as *famílias substitutas* sejam definidas como as que estão cadastradas à adoção”⁷²¹, podendo ser constituídas, também, através da guarda ou da tutela.⁷²² Cumprе ressaltar que, somente não havendo a possibilidade de reinserção da criança na família biológica, sendo esta, natural ou extensa, é que é possível a sua reinserção na família substituta, que tem, portanto, caráter excepcional.⁷²³

Vale destacar que a família substituta cumprе a relevante tarefa de “suprir o desamparo e abandono, ou pelo menos, parte dele, das crianças e adolescentes que não tiveram o amparo dos pais biológicos”⁷²⁴. No Brasil, a Lei nº 8.069/90, que vem a ser o Estatuto da Criança e do Adolescente, constitui-se como um texto normativo e uma esperança de preenchimento e resposta às várias formas de abandono social e psíquico de milhares de crianças⁷²⁵, complementada pela Lei nº 11.804/08, que trata de alimentos gravídicos; pela Lei nº 12.010/09, que trata da Adoção; pela Lei nº 12.318/10, que dispõe sobre a alienação parental, bem como pela Lei nº 13.257/16, que dispõe sobre políticas públicas para a primeira infância.

2.2.2.12 A família eudemonista

Na pós-modernidade, a família existe em razão de seus componentes, e não estes em função daquela, sendo valorizada a pessoa humana. É o que se convencionou chamar de *família eudemonista*, caracterizada pela busca da felicidade pessoal e solidária de seus membros, tratando-se de um novo modelo familiar, em que verifica-se o deslocamento do eixo fundamental do Direito das Famílias da instituição para a proteção especial da pessoa humana e de sua realização existencial na sociedade.⁷²⁶ Nesse sentido, a família eudemonista busca a felicidade individual, vivendo um processo de emancipação de seus membros.⁷²⁷

⁷²⁰ KREUZ, Sergio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente*: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 19.

⁷²¹ DIAS, 2016, p. 147.

⁷²² FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 95.

⁷²³ DIAS, 2016, p. 147.

⁷²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: PEREIRA, Tania da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança*: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 585.

⁷²⁵ PEREIRA, 2000, p. 585.

⁷²⁶ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 12.

⁷²⁷ WELTER, 2003, p. 32.

E, no momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são pautadas pela igualdade e respeito mútuo, não existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas.⁷²⁸ Com isso, torna-se incabível a ingerência do Estado no âmago familiar, devendo ser mantido incólume o espaço de autodeterminação afetiva de cada membro do núcleo, permitindo-lhes a busca da realização plena e da felicidade, através de opções e comportamentos individuais (...) Até porque a presença excessiva estatal na relação familiar pode asfixiar a autonomia privada, restringindo a liberdade das pessoas.⁷²⁹

Portanto, na contemporaneidade, verifica-se a evolução de uma *família-instituição* para uma *família-instrumento do desenvolvimento da pessoa humana*, que, contrapondo-se à anterior, busca promover a proteção da dignidade de cada membro do núcleo, evitando qualquer tipo de violação aos interesses dos seus membros. Com isso, funda-se a família pós-moderna, em sua feição jurídica e sociológica, tendo sido alterado o sentido de sua proteção jurídica, inserindo-se o afeto e a preservação da dignidade de seus integrantes como referencial. Eis a família eudemonista. Cumpre ressaltar que todos os modelos de família, apresentados anteriormente, referem-se a arranjos de entidades familiares reais, sendo que este último modelo de família trata-se de um arranjo ideológico, em sentido amplo.

Diante do exposto, considerando-se as novas modalidades de arranjos familiares existentes, e a complexidade de relações, questões e conflitos, que envolvem cada uma das famílias identificadas, poderíamos apontar algumas características, presentes nas relações familiares, na contemporaneidade, que se apresenta marcada de forma *reflexiva, prospectiva, discursiva* e, ao mesmo tempo, *relativa*. *Reflexiva*, considerando-se a necessidade de abertura do campo jurídico aos novos valores e fatos sociais, tais como a liberalização dos costumes, a flexibilização da moralidade sexual, a equiparação social de homens e mulheres, bem como a perda da gradativa influência religiosa na organização familiar. *Prospectiva*, considerando-se a necessidade de interpretações que projetem uma ordem jurídica para além do presente, apta a compreender e regular temas inafastáveis, tais como o debate acerca da aceitabilidade das uniões homoafetivas. *Discursiva*, considerando-se a necessidade do uso competente da linguagem, a fim de que o sentido do termo ‘família’ possa agregar novas acepções e significados, que possam definir a entidade familiar como espaço voltado para o desenvolvimento espiritual e físico do ser humano, bem como para a convivência marcada pelo

⁷²⁸ LÔBO, 2004, p. 138.

⁷²⁹ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 124.

amor. E *relativa*, justificando-se pela recusa de dogmas absolutos e inquestionáveis, que obstaculizaram a exposição das instituições familiares a novas avaliações e concepções de mundo, tais como a crença religiosa na indissolubilidade do vínculo matrimonial.⁷³⁰ Partindo-se deste pressuposto, iremos aprensentar, no próximo tópico, os novos paradigmas do Direito de família brasileiro contemporâneo.

2.3 Os novos paradigmas do Direito de família brasileiro contemporâneo

2.3.1 *Considerações gerais*

Há uma certa urgência na regulamentação de algumas questões e conflitos, advindos das novas formações familiares identificadas, na esfera do Direito de família brasileiro, a fim de que possa ser delimitado o seu objeto e identificadas as partes envolvidas, buscando estabelecer os seus direitos e deveres, no que se relaciona a direitos pessoais, sucessórios, previdenciários, administrativos, criminais, dentre outros. E, tratando-se de questões ligadas à reprodução assistida, tal regulamentação deve abranger, inclusive, a possibilidade de responsabilização dos envolvidos, em eventual desvio de conduta ou objetivos das técnicas médicas utilizadas para fins terapêuticos; fazendo-se necessária a implementação de um controle dos órgãos já estruturados, tanto para prevenir práticas indesejadas, quanto para coibi-las, caso ocorram; além da previsão de crimes, visando coibir práticas indesejadas.

Diante de cada tema, são realizadas reflexões éticas, questionamentos filosóficos, e considerados os posicionamentos religiosos, além de serem analisados os seus efeitos sociais, econômicos e jurídicos. No entanto, torna-se cada mais urgente a necessidade de tutela legal específica para alguns fatos que, incontestes e carregados de valor, encontram-se sem qualquer regulamentação legal. Vale destacar que, na evolução legislativa do Direito de família brasileiro, as decisões judiciais costumam preceder à disciplina legal dos seus institutos, sendo que os magistrados, frequentemente, são confrontados com situações factuais, que clamam por alguma proteção jurisdicional. Dessa forma, a fim de se evitar uma instabilidade social, tais magistrados são levados a proferir decisões, que representam o reconhecimento de certo valor ao fato apresentado, e, também, a necessidade de sua proteção específica, considerando-se que tais decisões não podem ser substitutas das normas.

⁷³⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. Pós-modernidade e Direito de família. In: MINAHIM, Maria Auxiliadora (Org.). *A família na contemporaneidade: aspectos jurídicos*. Salvador: JusPodvím, 2007, p. 123.

E, “na busca, afinal, de uma nova *ratio legis* para o instituto, os novos cultores do Direito de família - libertos, como estão, das teorias jusnaturalistas e do laicismo autoritário - reivindicam novos endereços para a política legislativa a ser adotada na regulamentação legal da filiação”⁷³¹, e dos demais institutos que tratam das relações familiares, advindas das diversas modalidades de famílias existentes na contemporaneidade. Para tanto, faz-se necessária a busca de caminhos inovadores, a fim de que possam ser contornadas as consequências geradoras de instabilidade, de forma a possibilitar um convívio harmônico entre o avanço da sociedade com a regulamentação necessária para a pacificação das relações sociais, no âmbito familiar.

Cumprido ressaltar que, nas decisões judiciais sobre questões familiares, ainda não tuteladas pelo direito positivado, os princípios constitucionais são utilizados como paradigmas. No que concerne à interpretação da lei, sua subordinação a princípios constitucionais e o controle e limitação da infiltração da ideologia do juiz em suas decisões, Nery afirma:

Poderíamos ilustrar essa concatenação de categorias partindo do *valor* fundamental da Ciência Jurídica, que é o respeito pela Vida Humana. Porque esse é o ponto central de todas as preocupações jurídicas, esse valor inspira um *princípio fundamental*, que é o da dignidade do ser humano.⁷³²

Destarte, na busca de respostas às questões e conflitos advindos destas novas formações familiares, inspirado nos valores e direitos fundamentais, ligados ao respeito à vida humana, o Direito de família brasileiro tem recorrido à proteção principiológica da família, associada à criação de sistemas jurídicos específicos, que possam garantir a proteção integral da matéria tutelada. A seguir, serão relacionados os princípios constitucionais, reconhecidos como *os novos paradigmas do Direito de família brasileiro, na contemporaneidade*, a que estão subordinadas a interpretação de suas leis, servindo de controle e limitação à infiltração da ideologia do juiz em suas decisões.

2.3.2 *Princípios constitucionais norteadores do Direito de família brasileiro contemporâneo*

Com a Constituição Federal de 1988, tem-se início o processo de constitucionalização do Direito civil, definido por Lôbo como “o processo de elevação ao plano constitucional dos

⁷³¹ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 28.

⁷³² NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de Direito civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 111.

princípios fundamentais do Direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”⁷³³. Lôbo afirma, ainda, que “um dos maiores avanços ocorridos no Direito brasileiro, após a Constituição de 1988, foi a consagração normativa⁷³⁴ dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, pois sua eficácia meramente simbólica frustrava as forças sociais que clamavam por sua inserção constitucional”⁷³⁵. E complementa Tepedino, afirmando que “o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil ensejou profunda modificação nos métodos de interpretação do Direito Privado”⁷³⁶, tornando necessária a releitura do Código Civil à luz da Constituição da República de 1988, de forma a adequar e funcionalizar as relações jurídicas privadas, visando à promoção do bem comum e o interesse coletivo. Dessa forma, tanto o ordenamento jurídico, quanto a atividade legislativa ficaram condicionados à observação e cumprimento dos princípios fundamentais, elencados no artigo 1º da referida Constituição, bem como dos objetivos fundamentais, previstos em seu artigo 3º. A partir de então, a essência do sentido jurídico passou a ser a valorização do ser humano e sua efetiva proteção.⁷³⁷ Neste contexto, conforme salienta Calmon:

Qualquer norma jurídica do Direito de Família brasileiro, exige, com muito mais vigor que em qualquer época anterior, a presença de fundamento de validade constitucional, com base na combinação dos princípios constitucionais da isonomia dos filhos e do pluralismo dos modelos familiares com o fundamento da República do Brasil da dignidade da pessoa humana.⁷³⁸

⁷³³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 199.

⁷³⁴ Vale destacar que as normas constitucionais, com força normativa própria, classificam-se em regras e princípios, sendo que a *regra* indica um suporte fático hipotético ou hipótese de incidência, mais determinado e fechado, cuja concretização conduz à sua incidência. Por outro lado, o *princípio* indica um suporte fático hipotético, necessariamente indeterminado e aberto, sendo que sua incidência depende da atuação do intérprete, orientado pela regra instrumental da equidade, considerando-se os interesses legítimos e os valores da coletividade, permitindo a adaptação do Direito à evolução dos valores sociais. (In: LÔBO, 2008, p. 34-37). Para Silva, o *princípio* manifesta a noção de mandamento nuclear de um sistema, por meio de ordenações, irradiando sistemas normativos, confluindo valores e bens constitucionais, que representam a estrutura básica das normas jurídicas. Já as *normas* são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, outorgando às pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem. (In: SILVA, 2003, p. 91-92).

⁷³⁵ LÔBO, 2008, p. 34-37.

⁷³⁶ TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 115.

⁷³⁷ BAHIA, Cláudio José Amaral. A natureza jusfundante do direito à família. *Revista do IASP*. São Paulo, ano 11, n. 22, p. 21, jul./dez. 2008.

⁷³⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 63.

Vale destacar que os juristas brasileiros contemporâneos não são unânimes quanto à quantificação ou nominação dos princípios que norteiam o Direito de Família, não havendo um consenso entre eles. Insta salientar que nenhum rol de princípios apresentado é exaustivo, sendo que outros podem ser inferidos de princípios gerais ou implícitos. Assim, tem-se vários entendimentos.

Amaral elenca onze princípios fundamentais que dizem respeito à organização e à proteção da família, da criança, do adolescente e do idoso, conforme arts. 226, 227, 229 e 230, da Constituição Federal de 1988, a saber: a) reconhecimento da família como instituição básica da sociedade e como objeto especial da proteção do Estado; b) existência e permanência do casamento, civil ou religioso, como base, embora sem exclusividade, da família; c) competência da lei civil para regular os requisitos, celebração e eficácia do casamento e sua dissolução; d) igualdade jurídica dos cônjuges; e) reconhecimento, para fins de proteção do Estado, da entidade familiar formada pela união estável de homem e mulher, assim como da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; f) possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio; g) direito de constituição e planejamento familiar, fundado no princípio da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício; h) igualdade jurídica dos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias; i) proteção da infância, com o reconhecimento de direitos fundamentais à criança, ao adolescente e ao jovem, e responsabilidade da família, da sociedade e do Estado por sua observância; j) atribuição aos pais do dever de assistência, criação e educação dos filhos; e k) proteção do idoso.⁷³⁹

Lôbo reconhece como princípios: a) o da convivência familiar e b) o da responsabilidade.⁷⁴⁰ Também elenca os seguintes princípios jurídicos aplicáveis ao Direito de família, subdividindo-os em *princípios fundamentais*, abrangendo: a) a dignidade da pessoa humana e b) a solidariedade; e *princípios gerais*, onde se inserem: a) a igualdade; b) a liberdade; c) a afetividade; d) a convivência familiar e e) o princípio do melhor interesse da criança.⁷⁴¹ Já Pereira identifica como princípios norteadores das relações familiares, os previstos nos artigos 1º, 3º, 5º e 227 da Constituição Federal de 1998, bem como no art. 3º, Decreto 99.710/1990,

⁷³⁹ AMARAL, Francisco. Direito constitucional: a eficácia do Código Civil brasileiro após a Constituição. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 319.

⁷⁴⁰ LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 121;124.

⁷⁴¹ LÔBO, 2008, p. 34-37.

que trata da Convenção dos Direitos da Criança: a) princípio da dignidade da pessoa humana; b) princípio da solidariedade familiar; c) do melhor interesse da criança e do adolescente e da proteção integral, da prioridade absoluta, da afetividade e do cuidado; c) da equiparação de filhos e da vedação de designações discriminatórias relativas à filiação.⁷⁴²

Oliveira agrupa os princípios constitucionais em duas classes: na primeira classe, engloba os princípios relativos à garantia dos membros da família, no que tange à sua liberdade, frente a influências externas; e na segunda classe, inclui os princípios relativos aos direitos dos membros da família frente ao Estado, visando a efetividade dos direitos que lhe são garantidos constitucionalmente.⁷⁴³ E apresenta como rol de princípios constitucionais: a) proteção de todas as espécies de família; b) reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais; c) igualdade entre os cônjuges; d) dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio; e) dignidade da pessoa humana e paternidade responsável; f) assistência do Estado a todas as espécies de família; g) dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direitos inerentes à sua personalidade; h) igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção; i) respeito recíproco entre pais e filhos; enquanto menores é dever daqueles assisti-los, criá-los e educá-los, e destes o de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade; j) dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenham uma velhice digna e integrada à comunidade.⁷⁴⁴

Pereira identifica os seguintes princípios, como norteadores das relações familiares: a) princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988); b) princípio da solidariedade familiar (art. 3º, I, CF/1988); c) princípio da equiparação de filhos e da vedação de designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º, CF/1988); d) princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e da proteção integral (art. 3º, Decreto nº 99.710/1990); e) princípio da prioridade absoluta, da afetividade e do cuidado, princípios constitucionais implícitos (art. 5º, § 2º, CF/1988).⁷⁴⁵ Já Diniz relaciona os seguintes princípios: a) “*ratio*” do matrimônio e da união estável; b) igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros; c) igualdade jurídica de todos os filhos; d) pluralismo familiar; e) consagração do poder familiar; f) liberdade; g) respeito da dignidade; h) superior interesse da criança e do adolescente; e i) afetividade.⁷⁴⁶

⁷⁴² PEREIRA, 2018, p. 64.

⁷⁴³ OLIVEIRA, 2002, p. 273.

⁷⁴⁴ OLIVEIRA, 2002, p. 273.

⁷⁴⁵ PEREIRA, 2018, p. 64.

⁷⁴⁶ DINIZ, 2018, p. 33-40.

Gonçalves apresenta os princípios, a seguir: a) princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros; b) princípio da igualdade jurídica de todos os filhos; c) princípio da paternidade responsável e planejamento familiar; d) princípio do respeito à dignidade da pessoa humana; e) princípio da comunhão plena de vida e f) princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar.⁷⁴⁷ Diniz enumera outros dois princípios: g) o princípio do pluralismo familiar e h) o princípio da consagração do poder familiar.⁷⁴⁸ Farias e Rosenvald elencam os seguintes princípios: a) princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros; b) princípio da igualdade jurídica de todos os filhos; c) princípio da paternidade responsável e planejamento familiar; d) o princípio do pluralismo familiar e e) da facilitação da dissolução do casamento.⁷⁴⁹

Tartuce aponta os regramentos básicos como princípios, sendo alguns de índole constitucional: a) princípio da proteção da dignidade da pessoa humana; b) princípio da solidariedade familiar; c) princípio da igualdade entre filhos; d) princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros; e) princípio da igualdade na chefia familiar; f) princípio da não intervenção ou da liberdade; g) princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; h) princípio da afetividade; i) princípio da função social da família; j) princípio da boa-fé objetiva.⁷⁵⁰

Já Dias subdivide os princípios em: 1) *gerais*, que se aplicam a todos os ramos do Direito, como sendo: a) princípio da dignidade humana; b) princípio da liberdade; c) princípio da igualdade e respeito à diferença; d) princípio da proibição de retrocesso social; e) princípio da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos; e 2) *especiais*, próprios das relações familiares, como sendo: f) princípio da solidariedade familiar; g) princípio da pluralismo das entidades familiares; e h) princípio da afetividade.⁷⁵¹

Sem a pretensão de delimitar o número de princípios ou de esgotar os que foram apresentados, iremos tratar de alguns apenas, considerados mais relevantes.

Quanto ao *princípio do respeito à dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da CF/88), enuncia o art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se de um macrop princípio, sob o qual

⁷⁴⁷ GONÇALVES, 2005, p. 6 e ss.

⁷⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro: Direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

⁷⁴⁹ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 76-117.

⁷⁵⁰ TARTUCE, 2017, p. 7-37.

⁷⁵¹ DIAS, 2016, p. 46-56.

irradiam e estão contidos outros princípios éticos e valores essenciais, tais como a liberdade, a igualdade, a solidariedade, a cidadania e a autonomia privada.⁷⁵² Faz-se necessário destacar que o reconhecimento de tal princípio trata-se de um grande marco jurídico, sustentado por formulações de caráter filosófico e político. E, nessa perspectiva, na concepção de dignidade da pessoa humana, deve ser considerado como intrínseco, o reconhecimento de valores, inerentes a este princípio.

Numa constatação fática desse valor, sustentada por componentes naturais da própria pessoa, Moraes salienta que a dignidade é um valor espiritual e moral atribuído à cada pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, trazendo consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas. Assim, constitui-se num mínimo invulnerável, que deve ser assegurado por todo estatuto jurídico, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas, enquanto seres humanos.⁷⁵³ Aliás, “como a vida é essencialidade do ser humano e a liberdade é potencialidade expressiva da existência humana, são esses os valores que norteiam o princípio da dignidade da pessoa humana. Falar-se em dignidade do ser humano, portanto, é prestigiar-lhe a vida e a liberdade”.⁷⁵⁴

Assim, num conceituação jurídica, pode ser entendida como a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Neste sentido, implica um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra atos de cunho degradante e desumano, garantindo-lhe as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida, em comunhão com os demais seres humanos.⁷⁵⁵

Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em voga, atualmente, falar em *personalização*, *repersonalização* e *despatrimonialização* do Direito privado.⁷⁵⁶ E tal princípio vem sendo aplicado no Direito de família, na jurisprudência nacional.

⁷⁵² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey: 2005, p. 94.

⁷⁵³ MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. v. 3. São Paulo: Atlas, 1998, p. 39.

⁷⁵⁴ NERY, 2002. p. 114.

⁷⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

⁷⁵⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 43.

Com isso, “a família passa a ser valorizada de maneira instrumental, tutelada como um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes”⁷⁵⁷.

No tocante ao *princípio da não intervenção ou da liberdade* (art. 3º, I, CF/1988 e art. 1.513, CC/2002), com ênfase no artigo 3º, I da Constituição Federal, tem-se que este refere-se ao direito de constituir uma relação conjugal ou união estável hétero ou homossexual, ou, mesmo, poliafetiva. Na ótica do Direito de família, refere-se no livre poder de constituir uma comunhão de vida familiar por meio de casamento ou união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado (art. 1513, CC/2002); na decisão livre do casal, no planejamento familiar (art. 226, § 7º, CF/1988; art. 1.565, § 2º, CC/2002; art. 35, III, Lei nº 9.656/98 e art. 6º, III, Lei nº 13.146/2015), intervindo o Estado apenas em sua competência de propiciar recursos ao exercício desse direito; na convivência conjugal; na livre aquisição e administração do patrimônio familiar (arts. 1.642 e 1.643, CC/2002);⁷⁵⁸ à liberdade de dissolver o casamento e extinguir a união estável, bem como ao direito de recompor novas estruturas de convívio; ainda, refere-se à opção pelo regime de bens mais conveniente e à possibilidade de alteração deste, na vigência do casamento (art. 1.639, CC/2002),⁷⁵⁹ na liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole (1.634, CC/2002); e na livre conduta, respeitando-se a integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família.⁷⁶⁰

Em relação ao *princípio da igualdade* (art. 5º, I, CF/1988), previsto no artigo 5º, I, da Constituição Federal de 1988, tem-se que este foi elevado ao *status* de direito fundamental, refletindo, especialmente, em relação à igualdade entre o homem e a mulher, entre os filhos e entre as entidades familiares, rompendo, assim, com os fundamentos jurídicos da família tradicional, principalmente quando se trata da legitimidade familiar.⁷⁶¹ Convém destacar que a igualdade é um princípio que visa propiciar uma garantia individual e tolher favoritismos, tendo em vista o destinatário do ato, bem como o momento histórico em que o mesmo encontra-se inserido.⁷⁶²

⁷⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 398.

⁷⁵⁸ LÔBO, 2008, p. 46.

⁷⁵⁹ DIAS, 2016, p. 49.

⁷⁶⁰ LÔBO, 2008, p. 46.

⁷⁶¹ MALUF, 2010, p. 54.

⁷⁶² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23-33.

No entanto, o princípio da igualdade admite limitações, não sendo violado o seu conteúdo essencial, considerando-se as intrínsecas diferenças naturais e culturais que permeiam as pessoas e as entidades. Isto porque, em face de tal princípio, as diferenças não podem legitimar um tratamento jurídico desigual às partes, no que concerne à base comum dos direitos e deveres, ou mesmo em relação ao núcleo intangível da dignidade de cada pessoa inserida na família.⁷⁶³

O *princípio da igualdade jurídica entre cônjuges e companheiros* (art. 226, § 5º, CF/1988 e art. 1.511, CC/2002) “acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação”⁷⁶⁴. Evidencia-se a preocupação constitucional em ressaltar a igualdade substancial entre homem e mulher como decorrente da necessidade de pôr fim a um tempo discriminatório, em que o homem chefiava a relação conjugal, subjugando a mulher. Com isso, consagra-se a *igualdade substancial* ou *material*, no plano familiar, excluindo todo e qualquer tipo de discriminação, decorrente do estado sexual.⁷⁶⁵ E, assim, como forma de especialização da isonomia constitucional, a lei reconhece a igualdade entre homens e mulheres, no que se refere à sociedade conjugal ou convivencial, formada pelo casamento ou pela união estável, no artigo 226, § 3º, e no artigo 5º, I, da Constituição Federal de 1988. Especificamente, o Código Civil de 2002 adotou tal princípio, no âmbito do Direito de família, ao dispor, em seu artigo 1.511, que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, que deve estar presente, também, na união estável, uma vez que já reconhecida como entidade familiar.⁷⁶⁶ Buscando concretizar o reconhecimento dessa igualdade, os alimentos podem ser pleiteados por qualquer dos cônjuges em face do outro (art. 1.696, CC); um pode adotar o sobrenome do outro (art. 1.565, § 1º, CC/2002) e não há mais o foro privilegiado da mulher para a propositura das ações de Direito de família (art. 53, CPC).⁷⁶⁷

Já o *princípio da igualdade jurídica entre filhos* (art. 227, § 6º, CF/1988 e art. 1.596, CC/2002) “estabelece absoluta igualdade entre todos os filhos”⁷⁶⁸. Pelo artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações

⁷⁶³ LÔBO, 2008, p. 42-52.

⁷⁶⁴ GONÇALVES, 2005, p. 7.

⁷⁶⁵ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 98.

⁷⁶⁶ TARTUCE, 2017, p. 17.

⁷⁶⁷ BRASIL. *Código civil*. 2002. BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <<http://bit.ly/2W4AP0m>>. Acesso em: 2 out. 2018.

⁷⁶⁸ GONÇALVES, 2005, p. 8.

discriminatórias relativas à filiação”. O Código Civil de 2002 também consagra tal princípio em seu art. 1.596. Nesse particular, a incidência da isonomia tem o condão de impedir distinções entre filhos, fundadas na natureza do vínculo que une os genitores, além de obstar diferenciações em razão de sua origem biológica ou afetiva. (...) E produzirá efeitos tanto no plano patrimonial, quanto no campo existencial. (...) Outrossim, nem sequer serão admitidas qualificações indevidas dos filhos, não sendo possível atribuir a um filho, juridicamente, a designação de adulterino ou incestuoso,⁷⁶⁹ nem tão pouco, de filho espúrio ou bastardo. Assim, tal princípio busca identificar os mesmos direitos relativamente às pessoas dos filhos de um mesmo pai ou de uma mesma mãe, sendo totalmente irrelevante a origem da filiação, se matrimonial ou extramatrimonial, se decorrente de vínculo civil, originário de uma adoção, reprodução assistida heteróloga ou posse do estado de filho; ou mesmo, decorrente de vínculo originário.⁷⁷⁰

Quanto ao *princípio da igualdade na chefia familiar ou princípio da consagração do poder familiar* (art. 226, §§ 5.º e 7.º, da CF/1988 e arts. 1.566, III e IV; 1.631 e 1.634 do CC/2002), significa que esta pode ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher, inclusive, com a colaboração dos filhos, em um regime democrático de colaboração, de companheirismo e de cooperação, não havendo que se falar em hierarquia, desaparecendo a figura ditatorial do *pai de família* (*pater familias*), sendo substituída a expressão *pátrio poder*, por *poder familiar*. Tal princípio pode ser percebido no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.566, III e IV e 1.631.⁷⁷¹

No tocante ao *princípio da solidariedade familiar* (art. 3º, I, CF/88), tem-se que a solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos do artigo 3º, I, da Constituição Federal de 1988. “Deve-se entender por solidariedade o ato humanitário de *responder* pelo outro, de *preocupar-se* e de *cuidar* de outra pessoa”⁷⁷². E tal princípio repercute nas relações familiares, eis que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais, não só na sua forma patrimonial ou afetiva, mas também, psicológica e social, a justificar o dever de assistência aos filhos (art. 229, CF/88) ou de amparo aos idosos (art. 230, CF/88), ou mesmo para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, § 8º, CF/88), bem como para proteger crianças e adolescentes (art.

⁷⁶⁹ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 111.

⁷⁷⁰ GAMA, 2008, p. 95-96.

⁷⁷¹ TARTUCE, 2017, p. 21.

⁷⁷² TARTUCE, 2017, p. 15.

227, CF/88).⁷⁷³ Nesse sentido, o Código Civil de 2002 consagra tal princípio a justificar a comunhão de vida plena estabelecida com o casamento (art. 1.511, CC/02); bem como a obrigação alimentar (art. 1.694, CC/02).⁷⁷⁴

Pelo *princípio da pluralidade das entidades familiares*, o texto constitucional alargou o conceito de família, permitindo o reconhecimento de toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto, mesmo não estando contemplada expressamente na dicção legal. Dessa forma, o pluralismo das entidades familiares tende ao reconhecimento e à efetiva proteção, pelo Estado, das múltiplas possibilidades de arranjos familiares, sem qualquer represamento.⁷⁷⁵

Tem-se o *princípio da afetividade*, a que Tartuce e Dias fazem referência, “apontando o afeto como decorrente da valorização constante da dignidade humana”⁷⁷⁶. Já Welter dispõe que “a afetividade não é somente o direito de amar, de ser feliz, mas também o dever de compreender e estar com o outro”⁷⁷⁷, equivalendo à interação entre as pessoas. Ainda, Barros salienta que “é o afeto que conjuga”⁷⁷⁸. Faz-se necessário ressaltar que:

O afeto ganhou *status* de valor jurídico e, conseqüentemente, logo foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis, vez que o desejo e amor começaram a ser vistos e considerados como o verdadeiro sustento do laço conjugal e da família.⁷⁷⁹

Sob essa ótica, o princípio da afetividade permeia as relações familiares, encontrando-se diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, é o princípio que fundamenta o Direito de família, na estabilidade das relações socioafetivas, bem como na comunhão de vida. E, embora não tenha sido inserido diretamente no texto constitucional, evidencia-se tal princípio, tanto na forma de composição do núcleo familiar, quanto na prevalência da paternidade socioafetiva, entre os doutrinadores do Direito de família⁷⁸⁰, ganhando força, também, na jurisprudência de nossos tribunais.

⁷⁷³ BRASIL. (Constituição 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://bit.ly/2JMUfvg>>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁷⁷⁴ BRASIL. *Código Civil*. 2002.

⁷⁷⁵ DIAS, 2016, p. 63.

⁷⁷⁶ TARTUCE, 2017, p. 25.

⁷⁷⁷ WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria Tridimensional do Direito de Família. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito contemporâneo de família e das sucessões: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 31.

⁷⁷⁸ BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, vol. 4, n. 14. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, jul.-set. 2002, p. 9.

⁷⁷⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011, p. 194.

⁷⁸⁰ DIAS, 2010, p. 67. LÔBO, 2008, p. 47.

Vale destacar, como fundamento constitucional do princípio da afetividade: a) a igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º, CF/88); b) a adoção (art. 227, §§ 5º e 6º, CF/88); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo adotivos, com dignidade de família (art. 226, § 4º, CF/88); d) o direito à convivência familiar com prioridade da criança, adolescente e do jovem (art. 227, CF/88).⁷⁸¹ No Código Civil de 2002, a valoração do afeto pode ser identificada: a) ao estabelecer a comunhão plena de vida no casamento (art. 1.511, CC/2002); b) ao ser admitida outra origem à filiação, além do parentesco natural e civil (art. 1.593, CC/2002); c) na consagração da igualdade na filiação (art. 1.596, CC/2002); d) ao fixar a irrevogabilidade da perfilhação (art. 1.604, CC/2002); e e) ao tratar do casamento e de sua dissolução, priorizando as questões pessoais, em detrimento dos aspectos patrimoniais.⁷⁸²

Pelo *princípio da proibição de retrocesso social*, “nenhum texto proveniente do constituinte originário pode sofrer retrocesso que lhe dê alcance jurídico social inferior ao que tinha originariamente, proporcionando retrocesso ao estado pré-constituinte”⁷⁸³. Isto porque a consagração constitucional da igualdade, tanto entre homens e mulheres, como entre filhos, e entre as próprias entidades familiares, constitui simultaneamente garantia constitucional e direito subjetivo⁷⁸⁴, não podendo sofrer restrições ou limitações da legislação ordinária, o que configuraria uma inconstitucionalidade.

Quanto ao *princípio da proteção integral (ou melhor interesse) das crianças, adolescentes, jovens e idosos* (art. 227, caput, CF/1988 e arts. 1.583 e 1.584, CC/2002), tem-se que este “não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”⁷⁸⁵. Tal princípio encontra-se consagrado no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, que assim dispõe:

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.⁷⁸⁶

⁷⁸¹ LÔBO, Paulo. *Código Civil comentado*. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2010a, p. 43.

⁷⁸² WELTER, 2003, p. 50.

⁷⁸³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 97.

⁷⁸⁴ WELTER, 2003, p. 219.

⁷⁸⁵ LÔBO, 2010a, p. 45.

⁷⁸⁶ BRASIL. Constituição (1988).

Tal proteção é regulamentada, também, pela Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece a idade de crianças e adolescentes, bem como pela Lei nº 12.825/2013, Estatuto da Juventude, que estabelece a idade de jovens, reconhecendo-lhes amplos direitos. Como reforço, o ECA prevê, em seu art. 3º, que a criança e o adolescente gozem de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades, visando facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Nesse sentido, tem-se o art. 4º do mesmo dispositivo. Na ótica civil, verifica-se tal proteção no princípio do melhor ou maior interesse da criança, reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças. O Código Civil de 2002, em seus artigos 1.583 e 1.584, também reconhece tal princípio, de forma implícita, ao regular a guarda durante o poder familiar, tendo sido alterado pela Lei nº 11.698/2008, que estabeleceu como regra a guarda compartilhada. Posteriormente, foi publicada a Lei nº 13.058/2014, alterando os arts. 1.583-1.585 e 1.634 do Código Civil, para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.⁷⁸⁷ Ressalte-se que a jurisprudência nacional tem utilizado o melhor interesse como princípio norteador, sobretudo em questões que envolvem: adoção; competência; guarda e direito de visitação e alimentos.⁷⁸⁸

A fim de assegurar proteção integral, também, ao idoso, a Constituição veda discriminação em razão da idade, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como garantindo-lhe o direito à vida (art. 230, CF/1988). Nesse sentido, determina a adoção de políticas de amparo aos idosos; sendo-lhes deferido transporte gratuito nos coletivos urbanos (art. 230, § 2º, CF/1988). Tal proteção é, também, regulamentada pelo Estatuto do Idoso, que consagra uma série de prerrogativas e direitos às pessoas maiores de 60 anos.⁷⁸⁹

No que tange ao *princípio do cuidado*, este vem sendo entendido como um princípio constitucional implícito, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988.⁷⁹⁰ Convém salientar que tal princípio representa o ápice do atual sistema jurídico de proteção das relações humanas e, em especial, das relações familiares, tendo tido uma significativa influência, face às modificações trazidas com a vigência da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da

⁷⁸⁷ TARTUCE, 2017, p. 23-24.

⁷⁸⁸ PEREIRA, 2018, p. 71-72.

⁷⁸⁹ DIAS, 2016, p. 53-54.

⁷⁹⁰ PEREIRA, 2018, p. 73.

Criança e do Adolescente, do Estatuto do Idoso, do Código Civil de 2002, e da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, pelo Decreto nº 99.710/1990.⁷⁹¹

Com relação ao *princípio da comunhão plena de vida*, Gonçalves afirma que o mesmo “tem relação com o aspecto espiritual do casamento e com o companheirismo que nele deve existir. Demonstra a intenção do legislador de torná-lo mais humano”⁷⁹².

Quanto ao *princípio da paternidade responsável*, Bulos entende estar relacionado ao dever alimentício, diante do reconhecimento da paternidade; bem como à submissão compulsória ao exame de DNA (realizado por meio de coleta de sangue, saliva ou fio de cabelo) para fins de investigação de paternidade, embora haja divergências diante das garantias constitucionais.⁷⁹³

Tratando-se do *princípio do planejamento familiar*, tem-se que o planejamento familiar é de livre decisão do casal. E, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, dispõe, o art. 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988, evidenciando uma preocupação, advinda das Constituições de 1937, 1946 e 1969, que: “o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. Nesse sentido, tem-se a Lei nº 9.263/96, que trata do planejamento familiar, bem como o art. 1.565, § 2º, do Código Civil de 2002. Ressalte-se que o planejamento familiar tem como propósito evitar a formação de núcleos familiares, sem condições de sustento ou de manutenção.⁷⁹⁴ Cumpre ressaltar que tal princípio deve englobar, também, ações preventivas e educativas, possibilitando-se o acesso igualitário de informações, métodos e técnicas relativas à fecundidade, a fim de que sejam garantidos direitos iguais de constituição, limitação ou aumento de prole a todos os cidadãos.⁷⁹⁵ Inclusive, os direitos reprodutivos estão inseridos dentro deste princípio, quanto ao exercício da vida sexual e reprodutiva, no que se relaciona ao momento da geração e à quantidade de filhos, aos métodos de contracepção, bem como aos meios científicos disponíveis para realização do projeto de

⁷⁹¹ TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de Oliveira (coords.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 357.

⁷⁹² GONÇALVES, 2005, p. 8

⁷⁹³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.327.

⁷⁹⁴ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 112.

⁷⁹⁵ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, 348 p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2TWCOrC>>. Acesso em: 27 mar. 2019, p. 285.

parentalidade.⁷⁹⁶ Ao lado do *planejamento familiar*, o dispositivo constitucional alude, também, à *responsabilidade parental*, impondo especial atenção ao comportamento das pessoas que compõem o núcleo familiar.⁷⁹⁷ Nesse sentido, tem-se a Lei nº 12.318/10, que regulamentou a chamada *alienação parental*.⁷⁹⁸

Ainda, tem-se o *princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar*, seja pelo casamento, seja pela união estável, estando implícito na Constituição. Segundo Gonçalves, tal princípio “decorre do princípio da paternidade responsável e planejamento familiar”⁷⁹⁹ e foi reforçado pelo Código Civil de 2002.

Em relação ao *princípio da convivência familiar*, este encontra-se previsto no artigo 227 da Constituição Federal, tratando-se do direito à convivência familiar, entendida como a relação afetiva estabelecida entre os componentes do grupo familiar, não se esgotando na família nuclear, estendendo-se a outros parentes que integrem o grande núcleo familiar solidário.⁸⁰⁰

No que tange ao *princípio da facilitação da dissolução do casamento*, este pode ser percebido no art. 226, § 6º da Constituição Federal de 1988, que entende a dissolução do casamento como ato de vontade, uma espécie de autodeterminação afetiva. A partir de então, facilitou-se a obtenção de divórcio, diminuindo o lapso temporal exigido e obstando outras discussões, tais como a alegação de culpa, na ação de divórcio. Também, nesse sentido, adveio a Lei nº 7.841/89, abolindo o limite de concessão de divórcio, antes estabelecido no art. 38, da Lei nº 6.515/77, em que era concedido um único divórcio por pessoa. Posteriormente, adveio a Lei nº 11.441/07, autorizando a dissolução consensual do casamento, em via administrativa, através de escritura pública, lavrada em cartório de notas, não havendo interesse de incapaz. Consolidando a evolução legislativa, a Emenda Constitucional 66/10, alterando a redação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, estabeleceu que “*o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio*”, extirpando do sistema jurídico a separação judicial, e suprimindo a exigência de prazos para a obtenção do divórcio. A partir desse novo sistema, a dissolução do

⁷⁹⁶ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Filhos da Reprodução Assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e Cidadania – o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 394.

⁷⁹⁷ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 113.

⁷⁹⁸ Também conhecida como síndrome das falsas memórias ou síndrome de Medeia, é caracterizada pela “interferência na formação psicológica da criança ou adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”. (In: FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 113. BRASIL. *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Disponível em: <<https://bit.ly/2U7fdRi>>. Acesso em: 10 nov. 2018, Art. 2º, caput).

⁷⁹⁹ GONÇALVES, 2005, p. 9.

⁸⁰⁰ LÔBO, 2008, p. 42-52. DIAS, 2016, p. 60-63.

casamento ocorre, tão somente, através de *divórcio*, independentemente de qualquer lapso temporal, tendo sido absorvido, pelo Direito de família brasileiro, o chamado *divórcio-vontade*, afastando outras alegações. Tal divórcio é consentâneo com a valorização da dignidade da pessoa, respeitando a vontade dos envolvidos.⁸⁰¹

Quanto à aplicação do *princípio da função social da família*, entre os juristas brasileiros clássicos, Beviláqua já demonstrava que a família estaria sujeita às influências biológicas, bem como aos fatos sociais, ao afirmar que a família primitiva seria vacilante, inconsistente, sujeita à dissolução, ao argumento de estar ligada apenas por energias biológicas. No entanto, afirma que a disciplina social, intervém, paulatinamente, por meio da religião, dos costumes, do direito, sendo que a sociedade doméstica aperfeiçoa-se, amoldando-se mais segura, mais definível e mais resistente.⁸⁰² E complementa, com base em Spencer, argumentando que a evolução dos tipos familiares está em correlação com a evolução da inteligência e do sentimento, sendo que as relações domésticas mais elevadas, sob o ponto de vista ético, são também as mais elevadas, sob o ponto de vista biológico e sociológico.⁸⁰³ Já na doutrina contemporânea, Gagliano e Pamplona sustentam que a principal função da família é a sua característica de meio para a realização dos nossos anseios e pretensões, sendo que a família não é mais um fim em si mesma, senão o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro.⁸⁰⁴ Dessa forma, a socialidade pode servir para fundamentar o parentesco civil decorrente da paternidade socioafetiva; bem como para o reconhecimento de outras entidades familiares. “Isso tudo porque a sociedade muda, a família se altera e o Direito deve acompanhar essas transformações”⁸⁰⁵.

Já o *princípio da boa-fé objetiva* tem plena aplicação ao Direito de família, conforme vem entendendo doutrina e jurisprudência nacionais, donde se extrai que a boa-fé objetiva tem três funções no Código Civil de 2002, aplicáveis ao Direito de família: a) interpretação (art. 113, CC/2002), sendo consagrada como meio auxiliador para a interpretação dos negócios da maneira mais favorável a quem esteja de boa-fé; b) controle (art. 187, CC/2002), considerando-se que aquele que contraria a boa-fé comete abuso de direito, sujeito à responsabilidade civil

⁸⁰¹ FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 115-116.

⁸⁰² BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1916, p. 17.

⁸⁰³ BEVILÁQUA, 1916, p. 17-18.

⁸⁰⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito civil*, v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 98.

⁸⁰⁵ TARTUCE, 2017, p. 31.

objetiva, independente de culpa; c) integração (art. 422, CC/2002), relativamente à aplicação da boa-fé em todas as fases negociais.⁸⁰⁶

Diante do exposto, verifica-se que os princípios constitucionais representam um alicerce normativo, cuja aplicação torna mais abrangente a amplitude dos valores merecedores de tutela legal. E, dessa forma, a lei vem tentando se adequar aos fatos, às relações familiares contemporâneas, reconhecendo a realidade existente. Segundo Hironaka:

E a verdade da vida está a desnudar aos olhos de todos, homens ou mulheres, jovens ou velhos, conservadores ou arrojados, a mais esplêndida de todas as verdades: neste tempo em que até o milênio muda, muda a família, muda o seu cerne fundamental, muda a razão de sua constituição, existência e sobrevivência, mudam as pessoas que a compõem, pessoas estas que passam a ter a coragem de admitir que se casam principalmente por amor, pelo amor e enquanto houver amor. Porque só a família assim constituída – independentemente da diversidade de sua gênese – pode ser mesmo aquele remanso de paz, ternura e respeito, lugar em que haverá, mais que em qualquer outro, para todos e para cada um de seus componentes, a enorme chance da realização de seus projetos de felicidade.⁸⁰⁷

Partindo-se desse pressuposto, tendo sido apresentados e descritos os princípios constitucionais, reconhecidos como os novos paradigmas norteadores do Direito de família brasileiro, na contemporaneidade, tem-se uma nova configuração da esfera pública brasileira. Isto porque a utilização de tais princípios como alicerce normativo traz uma série de implicações e impactos na esfera pública brasileira, o que será objeto de análise do próximo capítulo.

2.4 Conclusões parciais

No presente capítulo, tratando-se *da família no Direito de família brasileiro*, no primeiro tópico, foi apresentado *o desenvolvimento histórico-legislativo da família no Brasil*, sendo que, inicialmente, no primeiro subtópico, apresentamos *o seu desenvolvimento histórico*, a partir do Brasil Colônia até a contemporaneidade. Assim, no Brasil Colonial (1500-1822), constatamos que a família assumiu diversas formas de arranjos familiares, podendo ser enfatizada a sua multiplicidade, nem sempre sacramentada, bem como a sua especificidade, em função da colonização e da estratificação social dos indivíduos. Posteriormente, a família patriarcal foi instalando-se, sobretudo, em decorrência da influência da família romana, por meio da autoridade do chefe de família; e da medieval, relacionada ao caráter sacramental do

⁸⁰⁶ TARTUCE, 2017, p. 33-34.

⁸⁰⁷ HIRONAKA, 2000. p. 31.

casamento. E, devido à forte influência religiosa, no período compreendido entre a Colônia (1500-1822) e o Império (1822-1889), o Estado veio a assimilar os cânones em sua legislação, tendo permanecido por quase quatrocentos anos, marcado pelo predomínio do modelo patriarcal. Com o advento da República (1889) até a Constituição Federal de 1988, houve uma redução progressiva do modelo patriarcal. A partir da Constituição federal de 1988 até as últimas décadas, verifica-se a substituição da família patriarcal pela família nuclear, com um número menor de pessoas, sendo identificada a valorização do elemento psicológico e afetivo, da igualdade e da solidariedade, com o consequente desaparecimento do elemento sagrado, tendo sido reduzida a forte influência religiosa da igreja católica, prevalecendo a vontade individual.

Posteriormente, identificamos a existência de três grandes períodos no Direito de Família, no Brasil, a saber: a) do Direito de família religioso ou Direito canônico (1500-1889), marcado pelo predomínio do modelo patriarcal, tendo sido tratado com uma maior profundidade no primeiro capítulo; b) do Direito de família laico (1889-1988), havendo uma redução progressiva do modelo patriarcal; e, por fim, c) do Direito de família igualitário e solidário (1988-até os dias atuais), havendo uma substituição da família patriarcal pela família nuclear e eudemonista. A partir de então, no segundo subtópico, foram apresentadas as alterações legislativas, tratando-se da família, no Brasil, tendo sido abordados os dois últimos períodos, dividindo-se em dois outros subtópicos. A princípio, no primeiro subtópico, tratou-se das *alterações constitucionais do Direito de família no Brasil*, desde a Constituição de 1824 à atual Constituição Federal, de 1988, período em que foi instituído o Direito de família laico (1889-1988), sendo analisado o tratamento dado à família em cada uma das Constituições brasileiras, promulgadas ao longo da história do país, destacando-se a redução progressiva do poder patriarcal, a partir da Constituição de 1889. E, com a Constituição Federal de 1988, pudemos constatar, o início do Direito de família igualitário e solidário, por meio da constitucionalização do Direito de família, com a consagração normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, introduzidos na referida Constituição. Insta salientar que a consagração de tais princípios ensejou uma profunda modificação nos métodos de interpretação do Direito de família, de forma a adequar e funcionalizar as relações jurídicas, visando a promoção do bem comum e do interesse coletivo, ficando o ordenamento jurídico e a atividade legislativa condicionados à sua observação e aplicação, o que tornou mais abrangente a amplitude dos valores merecedores de tutela legal. Dentro desta perspectiva, podemos perceber que a lei vem tentando se adequar aos fatos, bem como às diversas modalidades de relações familiares existentes, na contemporaneidade, buscando reconhecer a

realidade existente, na atualidade, havendo muitas questões e conflitos a serem enfrentados pelos legisladores, desafiando respostas.

Ainda, dentro deste mesmo subtópico, tratou-se do *Direito de família no Código Civil Brasileiro*, em seu segundo subtópico, sendo analisado o Código Civil de 1916, que, inserido dentro do início do período do Direito de família laico, tinha uma estrutura fortemente matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, considerando-se a família uma unidade de produção e reprodução, de caráter institucional, sendo que, no decorrer dos anos, constata-se a redução progressiva desta estrutura. E, a partir 2002, com o advento do novo Código Civil, já tendo sido inserido o terceiro período do Direito de família igualitário e solidário, pela Constituição Federal de 1988, fundamentamenta-se a família pluralizada, democrática, substancialmente igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, sendo considerada uma unidade socioafetiva, de caráter instrumental, tendo sido consolidados os princípios constitucionais, introduzidos na referida Constituição.

Convém ressaltar que, da análise das alterações legislativas ocorridas no Direito de família brasileiro, na Constituição Federal e no Código Civil, constatamos a falta de um conceito de família, havendo apenas algumas diretrizes quanto à sua formação, ainda incutidos de referenciais de família ligados a padrões religiosos. Vale destacar o ativismo do judiciário, buscando adaptar a proteção do Estado às mais diversas formações familiares existentes. Por fim, registre-se a existência de outros textos legais, contendo diretrizes mais abrangentes em relação a estas novas formações familiares existentes, tais como o artigo 5º, II, da Lei 11.340, de 2006.⁸⁰⁸

No segundo tópico deste capítulo, tratamos dos *novos desafios a serem enfrentados pelo Direito de família brasileiro*, próprios de cada uma das *modalidades de famílias*, que vêm se descortinando, e convivem simultaneamente, na contemporaneidade. Para tanto, após a descrição de cada modalidade de família, a utilizamos como um indicador da complexidade de relações, questões e conflitos que a envolvem, e, em seguida, abordamos o seu reconhecimento legal, em alguns países do mundo, e especificamente, no Brasil. A partir de então, examinamos a regulamentação das questões e conflitos advindos de cada modalidade, em nosso país,

⁸⁰⁸ “Art. 5º, II - (...) compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”. (In: BRASIL. *Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006*, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <<http://bit.ly/2F8PrGv>>. Acesso em: 20 out. 2018).

buscando estabelecer os novos desafios a serem enfrentados pelo Direito de família brasileiro, na contemporaneidade. De tal análise, verificamos que, embora o Direito de família brasileiro tenha passado por profundas alterações estruturais e históricas, com o desenvolvimento da sociedade e o avanço tecnológico, vêm surgindo novos temas, envolvendo as várias modalidades de famílias, relacionados aos novos relacionamentos afetivos, às cirurgias de mudanças de sexo, às inseminações e fertilizações artificiais, ligados aos direitos sexuais e reprodutivos, sendo, estes, alguns dos novos desafios a serem enfrentados pelo Direito de família brasileiro, na contemporaneidade.

Por fim, no terceiro tópico deste capítulo, apresentamos e descrevemos os princípios constitucionais, reconhecidos como *os novos paradigmas do Direito de família brasileiro, na contemporaneidade*, a que estão subordinadas a interpretação de suas leis, servindo de controle e limitação à infiltração da ideologia do juiz em suas decisões. Cabe ressaltar que, com o estabelecimento de tais princípios como alicerce normativo de nosso sistema jurídico, tem-se uma nova configuração da esfera pública brasileira, o que traz uma série de implicações e impactos, que serão objeto de análise do próximo capítulo.

3 A INFLUÊNCIA DO DIREITO CANÔNICO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Buscando analisar *a influência do Direito canônico no Direito de família brasileiro contemporâneo*, dividimos este capítulo em três tópicos. No primeiro tópico, trataremos da *religião e da razão numa sociedade pós-secular*. Em seguida, no segundo tópico, abordaremos *a instituição católica na esfera pública brasileira*, dividindo este tópico em outros três subtópicos. No primeiro subtópico, apresentaremos *o conceito de esfera pública*, buscando analisar, no segundo subtópico, *a esfera pública no Brasil* e, posteriormente, no terceiro subtópico, *a instituição católica na esfera pública brasileira*. No último tópico, nos propomos a analisar *a presença católica fundamentada no Direito canônico nos espaços institucionais do Direito de família da esfera pública brasileira*. Para tanto, dividimos este tópico em outros cinco subtópicos, sendo que, no primeiro, trataremos do *significado da presença do Direito canônico no Direito de família brasileiro*. No segundo subtópico, abordaremos *os limites da influência do Direito canônico no Direito de família brasileiro*. No terceiro subtópico, iremos tratar *das modalidades e impactos dessa presença*. No quarto subtópico, que se refere às *implicações dessa presença*, abordaremos *a laicidade e o Estado democrático de Direito como contexto institucional*. Por fim, no quinto e último subtópico, trataremos da *regulamentação da relação entre os interlocutores do Direito Canônico e os interlocutores do Direito de família brasileiro*, apresentando a *“concepção pública de justiça”*, por meio do proviso, em Rawls, e da tradução cooperativa de conteúdos religiosos, em Habermas, associada à tolerância, como forma de viabilização de integração entre estes dois sistemas jurídicos no Brasil.

3.1 Religião e razão numa sociedade pós-secular

A perspectiva religiosa de fatos cotidianos sempre ocupou, e continua ocupando, um significativo espaço em debates de ordem pública, apesar do intenso processo de secularização já vivenciado pelas sociedades, em diversos contextos históricos e culturais. E, independentemente de como o Estado se relaciona com a questão religiosa, podemos notar a existência de princípios, valores e aspectos morais, provenientes de determinado conjunto de crenças, incorporadas como fundamento para produção de suas normas, estando presentes, mesmo que implicitamente, em seus respectivos ordenamentos jurídicos.

Assim, nas *Sociedades da etapa inicial de formação da humanidade*, o Direito estava subordinado à imposição de regras de antepassados, ao ritualismo simbólico e à força das

divindades, sendo integrado no universo religioso, as regras de cunho social, moral e jurídico.⁸⁰⁹ Nesse contexto, a religião destaca-se entre as fontes do arcabouço axiológico da matriz jurídica das primeiras sociedades, sendo que, posteriormente, esse Direito sagrado e ritualizado avançou em direção a práticas normativas consuetudinárias, no entanto, sem perder o caráter sacro. Conforme Wolkmer, o costume aparece como expressão da legalidade, sendo instrumentalizado pela repetição de atos, usos e práticas, de forma lenta e espontânea, sendo que, por ser objeto de respeito e veneração, assegurado por sanções sobrenaturais, o homem primitivo não questionava sua validade e sua aplicabilidade.⁸¹⁰ E, segundo o jurista e historiador britânico, Maine (1822-1888), esse direito antigo, tanto no Oriente quanto no Ocidente, não diferenciava a mescla de prescrições civis, religiosas e morais, sendo que, apenas em tempos mais avançados da civilização, começou-se a distinguir o direito da moral, e a religião do direito.⁸¹¹ E, após estas duas fases iniciais da evolução do Direito, a *fase do direito que provém dos deuses* e a *fase do direito confundido com os costumes*, tem-se a *fase do direito identificado com a lei*, que ganha maiores contornos com a escrita e consequente codificação dos costumes.⁸¹²

Tratando-se da experiência jurídica, no *Período Medieval*, verificamos uma forte evidência da religião, por meio da igreja romana, havendo uma fusão da dimensão civil e religiosa, sendo que um primeiro significado dessa presença poderia consistir na enorme influência, por parte da igreja e de seu patrimônio religioso e moral, no Direito, na configuração de muitas estruturas jurídicas da convivência cotidiana. E, dessa forma, estando intimamente inserida no costume popular, orientando-o e modificando-o, “é previsível uma influência relevante numa ordem jurídica que gosta de se reconhecer em raízes consuetudinárias”⁸¹³. E, 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.⁸¹⁴ Nesta perspectiva, a lei canônica desenvolvia-se em duas direções: a primeira, proveniente da própria lei divina, de teor imutável, imóvel e inquestionável, e a

⁸⁰⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. São Paulo: 2006, p. 5.

⁸¹⁰ WOLKMER, 2006, p. 5.

⁸¹¹ MAINE, Henry James Sumner. *El derecho antiguo*: parte general. Madrid: Alfredo Alonso, 1893, p. 22.

⁸¹² MAINE, 1893, p. 18-19.

⁸¹³ GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2014, p. 136.

⁸¹⁴ WOLKMER, 2006, p. 178.

segunda, proveniente das considerações dos membros do clero, a partir de casos concretos, e da utilização da equidade como princípio auxiliador no preenchimento das lacunas do direito positivo, sendo estas, a maior parte, advindas do Direito canônico.⁸¹⁵

E, no contexto do Cristianismo, o intercâmbio de valores e normas de cunho religioso, na formação de entidades familiares, foi notável, com sua absorção pelo Império Romano, e consolidação por meio da igreja católica, com a expansão pelo mundo. Vale destacar que a doutrina cristã católica foi responsável por consolidar a relação entre a formação familiar e o casamento, estabelecendo-o como um sacramento e como a única forma legítima para constituição de um núcleo familiar, sendo que essa ideia foi difundida, sendo possível perceber os reflexos dessa concepção no campo do Direito de Família, ainda, na contemporaneidade.⁸¹⁶ E, as possíveis configurações da entidade familiar, definidas pelo cristianismo, permaneceram inalteradas, desde o *Período Medieval* - 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.⁸¹⁷ E isso se deu porque, com a *Modernidade*, a união matrimonial foi alterada, sendo constituída por novos elementos, além da mera transmissão de bens e do interesse social, que marcavam as relações matrimoniais monogâmicas até o fim da Idade Média.⁸¹⁸

Convém salientar que a visão do mundo proposta pelas tradições religiosas passou a ser questionada, no final da Idade Média, com o advento das Reformas Protestantes, e, posteriormente, pelas ideias Iluministas, fazendo com que a razão alterasse a compreensão do homem sobre si. Assim, até a Idade Média, a experiência religiosa teve forte influência, no campo jurídico,⁸¹⁹ sendo que, no final deste período, com a ocorrência dos movimentos reformistas, foi reduzida a unidade da autoridade da igreja católica, embora não tenha sido reduzida a intensidade do exercício de tal autoridade, segundo o sociólogo americano, Gorski. Partido deste pressuposto, o mesmo autor afirma que é provável que a sociedade ocidental tenha se tornado mais secular, entretanto, sem ter se tornado menos religiosa.⁸²⁰ Isto porque, com o

⁸¹⁵ GROSSI, 2014, p. 150-151.

⁸¹⁶ CAMARA, 2015, p. 17.

⁸¹⁷ CAMARA, 2015, p. 19.

⁸¹⁸ LEGNANI, Viviane Neves *et al.* As implicações subjetivas na família contemporânea. *Universidade Federal de Goiás (Comunicação)*. Disponível em: <<http://bit.ly/2IGhZlA>>. Acesso em: 23 mar. 2019, p. 1.

⁸¹⁹ MODAK-TRURAN, Mark C. *Beyond theocracy and secularism (Part I): Toward a new paradigm for law and religion*. Mississippi College Law Review, v. 27, 2008, p. 159.

⁸²⁰ 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 millennium, p. 138-167, february, 2000, p. 143.

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 III pregavam o despotismo esclarecido e a ditadura da razão.⁸²¹ Já na Idade Moderna, autores como o filósofo francês, Comte (1798-1857)⁸²²; o filósofo alemão, Nietzsche (1844-1900)⁸²³; o filósofo alemão, Heidegger (1889-1976)⁸²⁴; o sociólogo, antropólogo e cientista político, Durkheim (1858-1917)⁸²⁵ e Weber⁸²⁶, produziram trabalhos notáveis tratando-se das teorias secularistas. Contudo, o processo de modernização cultural e social das esferas de valor não implicou no desaparecimento da religião da esfera pública, contrariando o prognóstico weberiano do deslocamento do fenômeno religioso para a esfera da vida privada.⁸²⁷

Cumpramos ressaltar que, segundo o político e escritor português, Casanova (1939-2004), o processo de secularização pode ser entendido por meio de três conotações diferentes: a) pelo declínio de práticas e crenças religiosas nas sociedades modernas; b) pela privatização da religião; e c) pela diferenciação de esferas seculares (estado, economia, ciências, cultura), isto é, a emancipação dessas esferas do domínio das instituições e das normas religiosas, sendo que esta última conotação é a que mais encontra-se presente nas teorias sobre secularização.⁸²⁸

Já conforme entendimento do filósofo e sociólogo alemão contemporâneo, Habermas, a palavra “secularização” significou a apropriação dos bens da igreja para o poder público, tendo sua origem inicial na transferência compulsória, fazendo surgir a modernidade cultural e social.⁸²⁹ Assim entendendo, considera a secularização como uma oposição entre, de um lado, ciência e técnica, e seu lado progressista e, de outro, as forças conservadoras da religião, afirmando que a secularização opõe os dois lados, sendo que um deles irá ganhar, apenas, à custa do outro.⁸³⁰

⁸²¹ SCHMITT, Carl. *Romanticismo político*. Milano: Ed. Giuffrè, (1924) 1981, p. 31.

⁸²² COMTE, Auguste. Curso de filosofia positiva. In: *Os Pensadores: Comte*. São Paulo, Abril Cultural, 1978. COMTE, Auguste. *Catecismo positivista*. São Paulo: Nova Cultural, In: *Os Pensadores*. Primeira conferência: Teoria geral da religião, 1988, p. 91.

⁸²³ NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. São Paulo: Editora Escala, 2006, p. 49. NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*. São Paulo: Companhia das letras, 2005, p. 53.

⁸²⁴ HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer, 1960, p. 12.

⁸²⁵ DURKHEIM, É. *The elementary forms of religious life*. Oxford: Oxford University Press, 2001 (1912).

⁸²⁶ WEBER, M. A psicologia das religiões mundiais. In: *Ensaio de sociologia*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1979, p. 322.

⁸²⁷ FERNANDES, Wesley. Sobre o conceito de tolerância em Habermas. *AUFKLARUNG Revista de filosofia*, João Pessoa, v. 4, p. 61-86, abril, 2017, p. 64.

⁸²⁸ CASANOVA, 2011, p. 5-7.

⁸²⁹ HABERMAS, 2013a, p. 5.

⁸³⁰ HABERMAS, 2013a, p. 6.

É importante salientar que a desintegração do pensamento religioso católico da tomada de decisões políticas e das instâncias jurídicas e legislativas, associada à busca da liberdade de consciência, no espaço público, com direitos iguais de expressão religiosa ou agnóstica, ocasionou a separação entre o Estado e a igreja católica, sendo definido tal fenômeno como laicização.⁸³¹ Convém registrar que, segundo o historiador, filósofo e sociólogo francês contemporâneo, Gauchet, tanto laicização quanto secularização são termos de origem eclesiástica, sendo que o primeiro refere-se ao que não é da igreja e o segundo o que sai da sua jurisdição.⁸³² Para este mesmo autor, a laicidade significa o afastamento do Estado de questões religiosas, o que designou de “saída da religião”, que seria “a passagem num mundo onde as religiões continuam a existir, mas no interior de uma forma política e de uma ordem coletiva que elas não determinam mais”⁸³³. Assim, “a laicidade designa a maneira pela qual o Estado se emancipa de toda referência religiosa”⁸³⁴, “deixando de legitimar suas ações em concepções religiosas para ater-se aos princípios democráticos. Já a secularização tem um significado mais amplo, envolvendo um contexto cultural de separação entre as esferas civis e religiosas”⁸³⁵, abrangendo, ao mesmo tempo, a sociedade e suas formas de crer.⁸³⁶

Para o jurista peruano contemporâneo, Huaco, a “laicidade é a expressão política-institucional do processo de secularização (das instituições estatais, de seu ordenamento, de suas políticas etc) que acaba moldando-se formalmente mediante normas, princípios e valores jurídicos”⁸³⁷, considerando-se a secularização algo mais amplo e geral, relacionada com aspectos sociais, enquanto a laicidade, refere-se, especificamente, a aspectos institucionais da relação entre Estado e religião. Ainda, segundo este mesmo autor, é precisamente, nas sociedades secularizadas, onde tornou-se possível a pluralidade religiosa, sendo, esta, uma notável evidência da redução da influência do poder institucional religioso, embora sua presença ainda seja significativa no contexto social da contemporaneidade. E, como produto do

⁸³¹ DINIZ, Debora; LIONÇO, Tatiana; CARRIÃO, Vanessa. *Laicidade e ensino religioso no Brasil*. Brasília: UNESCO: Letras Livres: Ed. UnB, 2010, p. 25.

⁸³² GAUCHET, Marcel. *La religion dans la démocratie*. Parcours de la laïcité. Paris: Le Débat-Gallimard, 1988.

⁸³³ GAUCHET, Marcel. *La religion dans la Démocratie*. Paris: Gallimard, 2000, p. 9.

⁸³⁴ ORO, Ari Pedro. A laicidade na América Latina: uma apreciação antropológica. In: LOREA, Roberto Arruda (Org.) *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 83.

⁸³⁵ ZYLBERSZTAJN, Joana. *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 248 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 53. Disponível em: <<http://bit.ly/2JnCGUT>>. Acesso em: 02 mai. 2019.

⁸³⁶ ORO, 2008, p. 83.

⁸³⁷ HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. In: LOREA, Roberto Arruda (Org.) *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 47.

processo de secularização do Estado, tem-se, na contemporaneidade, a preponderância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, além da laicidade.⁸³⁸

Dessa forma, até a Idade Média, o caráter de legitimidade de uma norma era conferido pela religiosidade vigente, encontrando-se a lei de acordo com sua moral. E, como consequência da secularização e da laicização, na Modernidade, busca-se uma alternativa para que o campo jurídico seja baseado na concepção iluminista de razão,⁸³⁹ notando-se uma transição na forma como se confere legitimidade às leis, sendo revistos os fatores que tornavam legítima a norma jurídica, tornando-se dissociados da ética da religião e, conseqüentemente, mais objetivos e racionais, sendo que a lei apresenta-se autônoma da religião.⁸⁴⁰ Segundo Weber, a norma positivada e concebida dentro da legalidade é a que passa a ser reconhecida como legítima. E, acrescenta ainda que, dentre as quatro possíveis formas de legitimação de uma norma, a saber: a) a tradicional, b) o valor emocional, c) o valor racional (incluindo a questão ética); e d) a legal (positivação), apenas a última não foi minimizada pelo racionalismo.⁸⁴¹ Destarte, no paradigma da Modernidade, a lei apresenta-se autônoma da religião.⁸⁴² Vale ressaltar que Weber 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 a tomada de decisões, no campo político.⁸⁴³

Portanto, até o Período Medieval, não havia qualquer separação entre religião, direito e moral, sendo que estes sistemas faziam parte de um mesmo contexto de interpretação, sendo rompido este vínculo apenas na Modernidade⁸⁴⁴, segundo o entendimento do sociólogo alemão, Luhmann (1927-1998). E, este mesmo autor acrescenta que, na modernidade, os sistemas sociais não se confundem, em sua estruturação, sendo proposta a Teoria da autonomização de sistemas, em que cada sistema social torna-se livre e autônomo para determinar suas condicionantes e sua estrutura, por meio de uma operação autopoiética, na qual o próprio sistema se desenvolve, estabelecendo seus elementos intrínsecos e seus limites. Partindo-se deste pressuposto, o Direito não poderia se estruturar, respondendo às suas questões, utilizando

⁸³⁸ HUACO, 2008, p. 39.

⁸³⁹ MODAK-TRURAN, 2008, p. 159.

⁸⁴⁰ MODAK-TRURAN, 2008, p. 190.

⁸⁴¹ WEBER, M. *Economia e sociedade*: Fundamentos da sociologia, v. 1. Brasília: Ed. UnB, 2000, p. 15;22.

⁸⁴² MODAK-TRURAN, 2008, p. 190.

⁸⁴³ WEBER, Max. *Política como vocação*. Tradução de Maurício Tragtenberg. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003, p. 85.

⁸⁴⁴ LUHMAN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México/Barcelona: Universidad Iberoamericana/Herder, 2005, p. 294.

códigos de comunicação do sistema religioso (sagrado ou profano).⁸⁴⁵ No entanto, mesmo separados, é possível que haja um relacionamento entre tais sistemas, por meio dos mecanismos de acoplamento estrutural, em que há uma tradução do complexo linguístico, com seus códigos, próprios de um sistema, para o outro.⁸⁴⁶

Nesta perspectiva, aplicando-se as propostas de Luhmann, na interação entre os dois sistemas jurídicos, o Direito Canônico e o Direito de família brasileiro, verifica-se uma certa dificuldade, considerando-se a tendência de se entender a religiosidade, na contemporaneidade, como parte do domínio privado dos indivíduos, o que geraria um menor interesse público em buscar interagir com esse sistema, a não ser com a eventual finalidade de manter a ordem pública.

Diante do exposto, na contemporaneidade, percebemos os argumentos místicos e transcendentais serem desagregados do campo de atuação do Estado. No entanto, a resiliência da religião persiste no meio social, exercendo uma forte pressão, a fim de que seja mantida aquela relação anterior, sendo percebida, em nosso país, especialmente em relação à igreja católica, que sempre teve uma presença marcante no Estado, e ainda mantém uma considerável expressão e apelo social, inclusive, vindo a mitigar a expressão de outras crenças e religiões. Urge destacar que o confronto entre o Estado e a religião evidencia a existência de um processo de secularização, que, advindo da Modernidade, encontra-se presente em diversos países do mundo, e, de forma contínua, faz com que haja a ressignificação de conceitos e valores, antes considerados absolutos, tais como a vida e o afeto. Ademais, esse confronto nos leva a questionar o lugar ocupado pela religião na vida em sociedade, e como o relacionamento do Estado com tal sistema pode afetar a vida de seus cidadãos. Isto porque, o modo como o Estado se posiciona em relação à religião exercerá influência na delimitação das liberdades individuais, especialmente relacionada à possibilidade de garantia de um espaço plural para o exercício da liberdade de consciência e de crença ou de não crença. Tal influência poderá ser percebida, também, no processo de formação de normas jurídicas e criação de políticas públicas, mediante a supressão ou mitigação de direitos individuais, considerando-se a visão de mundo adotada.⁸⁴⁷ Partindo-se desse pressuposto, iremos abordar, no próximo tópico, a instituição católica na esfera pública brasileira.

⁸⁴⁵ LUHMANN, 2005, p. 312.

⁸⁴⁶ LUHMAN, 2005, p. 312.

⁸⁴⁷ CAMARA, 2015, p. 24-25.

3.2 A instituição católica na esfera pública brasileira

Neste tópico, nos propomos a abordar a instituição católica na esfera pública brasileira, dividindo-o em outros três subtópicos. Inicialmente, no primeiro subtópico, apresentaremos o *conceito de esfera pública* para os principais teóricos que estudam o tema. No segundo subtópico, trataremos da *esfera pública no Brasil* e, no terceiro subtópico, faremos a análise da *instituição católica na esfera pública brasileira*.

3.2.1 *Conceito de esfera pública*

Muitas são as concepções tratando-se do tema “esfera pública”, buscando analisar a sua existência, a sua crítica, ou mesmo, a luta política pela consolidação de espaços públicos. Ainda que bastante difundido entre as teorias sociais e políticas em todo o mundo, o modelo discursivo⁸⁴⁸ da concepção habermasiana de esfera pública não se encontra livre de problematizações, de forma que diversos outros autores buscaram retificá-lo ou complementá-lo. Dentre esses críticos, destaca-se a filósofa norte-americana, Fraser, que questiona amplamente a teoria de Habermas, a partir de uma visão crítica.

Assim, para que seja possível a análise proposta, faz-se necessário estabelecermos a descrição de esfera pública, segundo Habermas:

A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos (...). Por isso quando abrange questões politicamente relevantes, ela deixa ao cargo do sistema político a elaboração especializada. A esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicacional do agir comunicativo orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana.⁸⁴⁹

Considerando-se a importância do conceito de Habermas para a teoria democrática, a filósofa contemporânea norte-americana, Fraser, apenas propõe alguns ajustes, a fim de que tal

⁸⁴⁸ Tratando-se de um conceito polêmico, em torno do qual há disputas teóricas e políticas, vale ressaltar a classificação proposta por Costa, que aponta para a existência de *quatro principais modelos de esfera pública*: a) *o modelo da sociedade de massas*, baseado na crítica da cultura e dos meios de comunicação em massa, inaugurada pela Escola de Frankfurt; b) *o modelo republicano*, que remonta ao horizonte das revoluções burguesas, tendo Hannah Arendt como uma importante referência; c) *o modelo pluralista*, de inspiração liberal; e d) *o modelo discursivo*, embasado nos trabalhos de Jürgen Habermas (In: COSTA, Sérgio. *La esfera pública y las mediaciones entre cultura y política: el caso de Brasil. Metapolítica*, v. 3, n. 9, 1999).

⁸⁴⁹ HABERMAS, 2003b, p. 92.

conceito possa ser aplicado em sociedades estratificadas e multiculturais, como a nossa. Inicialmente, ela diz que o conceito burguês de esfera pública não é adequado para o mundo contemporâneo e que, mesmo no contexto analisado por Habermas, existiram públicos que não foram analisados. Partindo-se desse pressuposto, suas principais críticas a Habermas dizem respeito às quatro premissas centrais da esfera pública burguesa: a) à realização do potencial utópico de igualdade nas relações dentro da esfera pública, ao argumento de que as desigualdades sociais, existentes nas sociedades estratificadas - relacionadas às posições assimétricas de acesso à riqueza, poder, cultura, dentre outras - determinam posições hierárquicas, que passam a fazer parte da identidade e da vida de cada indivíduo, não desaparecendo na esfera pública; b) à idéia de uma única esfera pública, sob a alegação de que a multiplicidade de públicos e, até mesmo, de contra-públicos garantiria a expansão do espaço de discussão, não sendo prejudicial à democracia, considerando-se a existência de identidades sociais e culturais distintas, numa sociedade multicultural; bem como a existência de relações de subordinação e dominação, numa sociedade estratificada; c) à ausência de questões privadas que não façam referência ao bem comum, nos debates dentro da esfera, questionando quanto à identificação das questões públicas e privadas, que poderia levar a uma exclusão de pessoas e questões do debate; d) à separação clara entre sociedade civil e Estado para garantir o funcionamento da esfera pública, sob o argumento de que seria desnecessária tal separação, fazendo uma divisão entre o que seria um público fraco, ligado à sociedade civil, com a função de formação de opinião sem a tomada de decisão e um público forte, ligado às instituições do Estado, com a função de formação de opinião associada à possibilidade de tomada de decisão. Partindo-se desse pressuposto, a autora defende que a interpenetração entre a sociedade civil, através do público fraco, e o Estado, através do público forte, seria fundamental para a esfera pública, considerando-se que o poder de influência da sociedade civil sobre o Estado se efetivaria através de públicos fortes.⁸⁵⁰

A filósofa e cientista política norte-americana, Young (1949-2006) concorda com a noção de Habermas, quanto à geração de um espaço público, fruto da ação comunicativa, bem como com os questionamentos de Fraser, relacionados à existência de uma única esfera pública, entendendo esta última como resultante de um processo de interação entre todas as esferas na relação com o poder constituído. E, para o seu pleno desenvolvimento, distingue duas formas para que seja possível a conexão e o alcance de mudanças sociais e políticas: a) a formação de

⁸⁵⁰ FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. In: CALHOUN, Craig (Ed). *Habermas and the public sphere*. Cambridge: MIT Press, 1992, p. 109-142.

um espaço de oposição, possibilitando limitar o poder; e b) a criação de um espaço de influência política, possibilitado pelo debate dos problemas, seguido à apresentação de soluções, através da discussão pública. Além disso, identifica a possibilidade de serem promovidas mudanças sociais, sem atingir diretamente o Estado ou a economia, considerando-se que a esfera pública serviria para propagar ideias e práticas alternativas.⁸⁵¹

No mesmo sentido de Fraser, a filósofa e cientista política contemporânea turca, Benhabib, critica o modelo de esfera pública habermasiano, quanto ao estabelecimento do que seja público e privado, considerando-se que tal divisão possibilitaria a exclusão de questões da esfera pública, por serem consideradas privadas, o que causaria alterações significativas em sua formação. Buscando garantir um processo mais democrático de esfera pública, propõe uma contínua renegociação dos limites entre o público e o privado.⁸⁵² Já o filósofo contemporâneo norte-americano, McCarthy, encontra problemas no conceito habermasiano, tratando-se de sociedades pluralistas, considerando-se as suas diferentes necessidades. Partindo-se desse pressuposto, defende a ideia de diferentes modelos de esfera pública, de acordo com as especificidades de cada sociedade.⁸⁵³ Segundo o professor e pesquisador alemão, Howendahl, ambos os autores reconhecem a importância do conceito de esfera pública como um espaço para o debate público, mas consideram o modelo de Habermas muito inflexível para tratar das questões da sociedade moderna plural.⁸⁵⁴

Cumprе ressaltar que, a partir de seus críticos, Habermas revisou suas ideias originais de esfera pública, realizando ajustes e agregando novos pensamentos, buscando adequar o conceito aos dias atuais. E, após apresentado o conceito habermasiano de esfera pública, suas problematizações, retificações e complementações, a partir de uma visão crítica dos principais teóricos que estudam a matéria, nos propomos a aprofundar o debate que versa sobre a construção de esferas públicas em sociedades de terceiro mundo, como a brasileira, considerando-se o seu diversificado e complexo contexto sócio-cultural.

⁸⁵¹ YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 175-179.

⁸⁵² BENHABIB, Seyla. Models of public sapace: Hannah Arendt, the liberal tradition, and Jürgen Habermas. In: CALHOUN, Craig. (Ed.). *Habermas and the public sphere*. Cambridge: MIT Press, 1992, p. 109-110.

⁸⁵³ MCCARTHY, Thomas. Practical discourse: on the relation of morality to politics. In: *Ideals and illusions: on reconstruction and deconstruction in contemporary Critical Theory*. Cambridge/London: MIT Press, 1991, p. 184-199.

⁸⁵⁴ HOWHENDAHL, Peter. The public sphere: models and boundaries. In: CALHOUN, Craig (Ed.). *Habermas and the public sphere*. Cambridge: MIT Press, 1996.

3.2.2 A esfera pública no Brasil

A partir dos anos 80, começa-se a vislumbrar possibilidades para a existência de uma esfera pública, no Brasil. E, partindo da divisão analítica de Benhabib em três modelos de esfera pública - republicano, liberal e discursivo⁸⁵⁵-, o sociólogo brasileiro contemporâneo, Costa, propõe algumas alterações nesta divisão, identificando os seguintes modelos: a) o *modelo republicano*, destacando-se a iniciativa das organizações sociais e seu poder de influenciar decisões de Estado, correndo o risco de transformarem-se em uma esfera pública para-estatal; b) substituindo o modelo liberal, o *modelo pluralista*, em que as associações se impõem como atores coletivos de articulação da esfera pública, considerando-se o seu poder de controlar as estruturas comunicativas; c) o *modelo discursivo* e acrescenta um quarto, d) o *modelo de sociedade de massas*, que implica numa esfera pública controlada pelos meios de comunicação.⁸⁵⁶ Vale ressaltar que tais modelos constam expressos em trabalhos de estudiosos brasileiros e latino-americanos, apontando, em muitos casos, para um pessimismo em relação às configurações da esfera pública, em todos os países da América Latina, inclusive, o Brasil. Isto porque, no contexto de uma sociedade tão desigual quanto a brasileira, Costa entende que a construção de esferas separadas que possibilitem o acesso de públicos excluídos, conforme proposto por Fraser, poderia alimentar a fragmentação e o auto-referenciamento.⁸⁵⁷

Além disso, este mesmo autor argumenta que nenhum destes modelos seria adequado para pensar a esfera pública no Brasil. Neste mesmo sentido, Avritzer entende que, na América latina, as reflexões sobre a esfera pública apenas analisam a forma como as teorias tradicionais tomaram o processo democrático, sendo desvalorizado o papel dos novos atores sociais, desconsiderando-se a relevância destes no processo de democratização. Partindo-se desse pressuposto, os autores sugerem algumas correções ao modelo original para um exame mais adequado da esfera pública, no contexto latino-americano: a) tendo em vista a complexificação e a diversificação cultural e social existente no espaço analisado, faz-se necessário que se incluam os *novos públicos* dentro da análise; e que, b) também, haja a inclusão dos que encontram, tradicionalmente, excluídos da esfera pública, através de *contrapúblicos subalternos*; c) além disso, devem ser acrescentados os *públicos diaspóricos*, dentre eles, as

⁸⁵⁵ BENHABIB, 1992, p. 109-110.

⁸⁵⁶ COSTA, 1999.

⁸⁵⁷ COSTA, Sergio. Esfera pública, e as mediações entre cultura e política: para uma leitura sociológica da democracia. *Revista Travessias*, nº 1, Rio de Janeiro, 2000, p. 67.

redes transnacionais de movimentos e de imigrantes; d) bem como os *públicos participativos e deliberativos*.⁸⁵⁸

Além destes autores, a professora e pesquisadora brasileira contemporânea, Pinto, sugere alterações no modelo de esfera pública, proposto por Habermas, buscando aplicá-lo no contexto das democracias participativas. Neste contexto, entende que a presença do Estado na esfera pública nem sempre pode significar uma limitação para a sua eficácia, nem para a participação da sociedade civil, devendo ser consideradas as formas de acesso da sociedade civil nestes espaços. Assim, quando as organizações da sociedade civil têm sua participação vinculada a um convite do Estado, suas formas de atuação poderiam ser limitadas à legitimação de políticas governamentais. Por outro lado, quando originadas nos próprios espaços da sociedade civil, teríamos uma maior segurança em identificar a constituição de esferas públicas.⁸⁵⁹

De modo geral, o exame teórico do conceito de esfera pública, em Habermas, a partir das constatações de alguns de seus críticos, nos permitiu aprofundar o debate que versa sobre a construção de esferas públicas em sociedades de terceiro mundo, como a nossa, marcadas por grandes diferenças e desigualdades sociais. A partir de então, pudemos viabilizar a construção de uma análise contextual, nos termos propostos nesta pesquisa, o que nos possibilitou a identificação de seus usos e suas implicações na democracia contemporânea, tratando-se da instituição católica na esfera pública brasileira, conforme será abordado a seguir.

3.2.3 A instituição católica na esfera pública brasileira

De modo geral, no contexto social, alguns fatores poderiam ter contribuído para a manutenção da resiliência da religião na esfera pública. Assim, tanto as Reformas Protestantes, quanto o Iluminismo, ascensão do racionalismo e desenvolvimento das demais correntes filosóficas secularistas apenas proveram um espaço plural para a consolidação de outras correntes religiosas, além do cristianismo, e não religiosas, tais como o ateísmo e o agnosticismo, dentro do corpo social, não sendo tolhida a necessidade de transcender, que é imanente ao ser humano.⁸⁶⁰ Neste sentido, o filósofo chinês, Smith (1919-2016), afirma que a

⁸⁵⁸ AVRITZER Leonardo e COSTA Sergio. Teoria crítica, democracia e esfera pública: concepções e usos na América Latina. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 47, nº 4, 2004, p. 703-728, p. 722.

⁸⁵⁹ PINTO, Céli. As conferências nacionais no governo Lula: limites e possibilidades da construção de uma esfera pública. *XXX Encontro Anual da ANPOCS*, 2006, p. 27.

⁸⁶⁰ GORSKI, 2000, p. 138-167.

experiência cotidiana não é capaz de satisfazer os anseios da alma humana, sendo que a realidade que o estimula e o satisfaz é Deus, qualquer que seja a sua denominação. Também 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.⁸⁶¹ Além da resiliência da religião quanto ao caráter metafísico, o filósofo e jurista alemão, Schmitt (1988-1985), aponta a resiliência da religião quanto ao seu aspecto político, afirmando que a igreja católica, agindo, muitas vezes, de maneira contraditória, aliava-se politicamente, ora aos grupos hegemônicos, ora aos revolucionários. Acrescente-se a este comportamento, a proximidade das formas católicas às formas jurídicas, tendo como resultado a preservação da instituição, mesmo diante do crescimento de tantos humanismos, racionalismos e outras correntes filosóficas. Portanto, mesmo diante das transformações da situação política, em que todos os princípios pareciam mudar, o poder do catolicismo sempre se manteve.⁸⁶²

Vale ressaltar que, em relação ao aspecto resiliente da religião, tanto o teórico político e filósofo inglês, Hobbes (1588-1679), quanto o filósofo holandês, Spinoza (1632-1677), distinguem a religião pública, que estaria conformada às determinações do Estado, da religião privada, que seria de foro íntimo.⁸⁶³ O filósofo inglês, Locke (1632-1704) tinha o entendimento de que política e religião são questões distintas, estando a última subordinada à autodeterminação individual, entendendo ser necessário demarcar a distinção entre o governo civil e a religião, além de serem estabelecidas as fronteiras entre a igreja e a comunidade.⁸⁶⁴ Já Durkheim, ao tratar da religião política ou civil, afirma que, embora as religiões tradicionais possam encontrar-se em declínio, a sociedade não poderia viver sem a religião, sendo que novas religiões, de caráter cívico, eventualmente, poderiam tomar o lugar das doutrinas tradicionais.⁸⁶⁵ Neste mesmo sentido, Schmitt, considerando a transição para a modernidade, o processo de secularização, e, observando os naturalismos que ganham espaço nesse contexto, propõe uma teologia política, em que o Estado estabeleceria sua normatividade, esperando submissão e devoção por parte daqueles que seriam seus fiéis, em especial, dos servidores públicos.⁸⁶⁶

⁸⁶¹ 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, p. 16-17.

⁸⁶² SCHMITT, Carl. *Catolicismo romano e forma política*. Lisboa: Hugin, 1998, p. 19.

⁸⁶³ HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Rideel, 2005; SPINOZA, B. de. *Tratado teológico-político*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁸⁶⁴ LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2006.

⁸⁶⁵ DURKHEIM, 1968, p. 427-428.

⁸⁶⁶ SCHMITT, 1998.

Cumprir destacar que, desde a modernidade, verifica-se, na sociedade, a existência de um confronto entre os aspectos transcendentais resilientes e a tentativa do Estado em manter uma produção normativa e jurisprudencial, bem como uma formulação de políticas públicas, isentas de fundamentos de ordem mística. No entanto, na contemporaneidade, argumentos religiosos não são capazes de legitimar decisões políticas ou jurídicas, considerando-se a superação dos modelos de sociedade tradicional, com a consequente abertura de espaços para a autonomização de sistemas sociais e de seus códigos fundamentais. Contudo, a ruptura ocorrida com estamentos sociais rígidos, na modernidade, não se manifestou, com a mesma intensidade, em relação à religiosidade, que ainda permanece nos campos de domínio privado. Assim, embora tenha ocorrido um rompimento com as respostas fixas fornecidas pelas tradições, não houve qualquer tipo de substituição destas por outras, considerando-se que os fundamentos de uma sociedade moderna ou pós-moderna são flexíveis, sendo passíveis de ressignificação.⁸⁶⁷ Portanto, na contemporaneidade, percebe-se uma certa dificuldade em se utilizar o código de comunicação do sistema social da religião para construir argumentos semanticamente apropriados, no sistema social do Direito, embora, questões ligadas à religiosidade tenham permanecido presentes em diversas situações do cotidiano, não tendo sido resolvidas simplesmente pela secularização da sociedade, com argumentos racionais ou humanistas.

Não se trata de negar a importância histórica da igreja católica, ou o seu peso moral e a sua relevância na vida privada das pessoas, nem tão pouco, romper com o *ethos* cristão. Trata-se de garantir a liberdade religiosa, que justifica-se no fato de que cada pessoa tem uma inescapável e intrínseca responsabilidade ética de fazer com que sua vida seja bem sucedida, sendo que o papel de um Estado Democrático de Direito é garantir que cada indivíduo usufrua dessa sua liberdade, deixando-os decidirem o que for melhor para a vida de cada um, não impondo-lhes quaisquer visões de mundo.⁸⁶⁸ “Em um regime democrático, os assuntos públicos não podem definir-se pelos postulados de um credo, independentemente de seu caráter majoritário ou minoritário”⁸⁶⁹.

E, tratando-se da influência da instituição católica na esfera pública brasileira, faz-se necessário discutir o princípio legal da separação entre Estado e igreja, bem como a privatização da moralidade e da religião, como elementos da esfera privada de cada indivíduo. Isto porque,

⁸⁶⁷ CAMARA, 2015, p. 32.

⁸⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *Religion without God*. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 130.

⁸⁶⁹ ESQUIVEL, Juan Cruz. A marca católica na legislação argentina. O caso da assistência religiosa nas Forças Armadas. In: LOREA, Roberto Arruda (org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 127.

embora exista, no Brasil, uma determinação constitucional impondo a separação entre igreja e Estado, a igreja católica reluta, até os dias atuais, em admitir o princípio da absoluta privatização da religião e da moralidade.⁸⁷⁰

Cumprir registrar que o Observatório da Laicidade do Estado (OLÉ)⁸⁷¹ identifica como o primeiro resultado da laicidade, a imparcialidade do Estado em matéria de religião, sendo respeitadas e garantidas as diversas formas de crença. E, como segundo resultado da laicidade, destaca a perda do caráter sagrado da moral coletiva refletida na esfera estatal, passando, esta, a ser definida pela soberania popular. Isto porque, segundo os pesquisadores do OLÉ, a laicidade deve conciliar estes aspectos e seus eventuais conflitos, considerando-se que as leis são elaboradas com a participação de todos, enquanto cidadãos. Assim, entendem que o Estado laico não pode admitir imposições de nenhuma instituição religiosa, quanto à aprovação ou veto de qualquer lei, muito menos, quanto à alteração de qualquer política pública, fundamentada em valores religiosos. No entanto, reconhecem que “os religiosos de todas as crenças têm o direito de influenciar a ordem política, fazendo valer, tanto quanto os não crentes, sua própria versão sobre o que é melhor para toda a sociedade”, devendo ser considerada pelo Estado laico.⁸⁷²

No mesmo sentido, Blancarte entende que “os grupos religiosos podem opinar, mas não são mais aqueles que podem influenciar, decididamente, sobre a criação das leis ou estruturar as políticas públicas. Estas, pelo contrário, são definidas pelo povo, através de suas formas de representação, particularmente as parlamentares”⁸⁷³. E acrescenta, afirmando ser evidente que a moral pública não poderia estar totalmente secularizada, considerando-se que as religiões formam parte essencial da cultura dos povos. Portanto, afirma ser impossível não haver influência desta em suas concepções morais sobre o que é certo ou errado, sobre o que é bom ou mau, sendo que os legisladores e funcionários públicos são influenciados em sua visão de mundo pelas suas respectivas religiões e cosmovisões.⁸⁷⁴ No entanto, entende que, no contexto de uma sociedade secularizada e de um Estado laico, dois aspectos poderiam alterar a

⁸⁷⁰ MACHADO, Maria das Dores Campos. A atuação dos evangélicos na política institucional e a ameaça às liberdades laicas no Brasil. In: LOREA, Roberto Arruda (org.) *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 146.

⁸⁷¹ Observatório da Laicidade do Estado (OLÉ) integra o Núcleo de Estudos de Políticas Públicas em Direitos Humanos, do Centro de Filosofia e Ciências Humanas, da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. (In: UFRJ. Núcleo de Estudos de Políticas Públicas em Direitos Humanos. Observatório da Laicidade do Estado (OLÉ). Disponível em: <<http://bit.ly/2Vu594g>>. Acesso em: 11 maio 2019.

⁸⁷² UFRJ. Núcleo de Estudos de Políticas Públicas em Direitos Humanos. Observatório da Laicidade do Estado (OLÉ). *O que é o estado laico?* Disponível em: <<http://bit.ly/2JmJKrW>>. Acesso em: 11 maio 2019.

⁸⁷³ BLANCARTE, 2008, p. 26.

⁸⁷⁴ BLANCARTE, 2008, p. 27.

definição de moral: o fato de que esta não poderia ser definida por uma hierarquia eclesiástica, sem representação política; bem como a consciência dos servidores quanto ao impedimento de imporem suas convicções religiosas à população.⁸⁷⁵ E conclui, afirmando que a reivindicação de liberdades e direitos deveria centrar-se, sobretudo, nas mãos dos representantes populares e políticos, sendo que as igrejas têm todo o direito de opinar sobre a legislação e políticas públicas.⁸⁷⁶

Também a socióloga brasileira contemporânea, Machado, entende que, para uma compreensão do estatuto da religião, seria necessário “abandonar o viés ideológico que caracteriza como ilegítima toda e qualquer atuação pública das religiões e verificar as diferentes possibilidades de articulação dos grupos confessionais com a sociedade política”⁸⁷⁷. Assim, a autora defende a possibilidade de participação legítima das instituições religiosas na esfera pública estando relacionadas: a) à garantia da liberdade religiosa; b) ao questionamento quanto à autonomia absoluta de princípios éticos pelas esferas seculares e morais; c) à evitar a lógica estritamente administrativa ou jurídica do Estado.⁸⁷⁸ No entanto, considera preocupante a presença de emissários religiosos nas casas legislativas, considerando serem estas um “espaço de deliberação das normas que vão reger as relações de atores sociais ateus, agnósticos ou das mais diferentes religiões”⁸⁷⁹.

E, segundo Sarmento, a laicidade deve ser compreendida como uma garantia da liberdade religiosa, considerando ser incompatível com o sistema constitucional brasileiro vedar a religiosidade individual, nos espaços públicos, como também seria incompatível impedir o Estado de endossar uma confissão religiosa, julgada adequada.⁸⁸⁰

Portanto, podemos perceber que os limites da presença religiosa no Estado não poderiam ser identificados pela separação entre as esferas públicas e privadas, considerando-se que não seria possível limitar toda e qualquer forma de religiosidade à esfera privada, o que representaria uma restrição ao direito da liberdade religiosa, considerando-se que a expressão pública da fé é parte de seu exercício, para muitas religiões.⁸⁸¹ Além disso, seria irracional considerar que a influência religiosa poderia estar completamente ausente da esfera pública,

⁸⁷⁵ BLANCARTE, 2008, p. 27.

⁸⁷⁶ BLANCARTE, 2008, p. 29.

⁸⁷⁷ MACHADO, 2008, p. 146.

⁸⁷⁸ MACHADO, 2008, p. 146.

⁸⁷⁹ MACHADO, 2008, p. 153.

⁸⁸⁰ SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In: LOREA, Roberto Arruda (org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 194-195.

⁸⁸¹ ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 88.

considerando-se as diversas formas em que se manifesta, pela representatividade formal, resultante de eleições, de governos e parlamentares; pela participação de instituições em fóruns decisórios, tais como lobby, audiências públicas ou atuação como *amicus curiae*; ou mesmo, pela religiosidade dos que atuam na vida pública⁸⁸², sendo que, muitas vezes, tais manifestações não são explícitas.

Diante do exposto, no contexto de esfera pública de nosso país, podemos perceber que a instituição católica deixou de ser estruturante, tendo deixado de comandar a forma política da sociedade e de definir a economia da relação social, da forma como era antes. Com isso, o estatuto do sagrado vem sendo transformado pelo próprio desenvolvimento da religião católica - que tem passado por um processo de transformação -, pela instauração de uma maior dominação política e pelo crescente avanço da ciência. Além disso, a instituição católica não é mais a exclusiva produtora de valores sociais, tendo que dividir o espaço público com outras instituições. E, tendo sido constatada a presença da igreja católica nos espaços institucionais da esfera pública, na contemporaneidade, qual seria o sentido desta influência, quais os limites, quais as modalidades em que ela se apresenta, quais os seus impactos e implicações, e como poderia ser regulada a relação entre os seus interlocutores? Buscando encontrar respostas a tais questões, nos propomos a analisá-las no próximo tópico desta pesquisa.

3.3 A presença católica fundamentada no Direito canônico nos espaços institucionais do Direito de família da esfera pública brasileira

Por meio de um trajetória histórica e legislativa, percebemos que a religião católica, no Brasil, além de ter influenciado a nossa cultura e a nossa política, também preencheu um vácuo normativo e principiológico, com relação à formulação do nosso ordenamento jurídico. É notável a existência de princípios, valores e aspectos morais provenientes do Direito Canônico, tendo sido incorporados pelo Estado, fundamentando a nossa produção normativa, implícita ou explicitamente, e que permanecem até os dias atuais.

No entanto, o paradigma religioso que ainda influencia o nosso ordenamento jurídico levanta uma série de questionamentos, já apontados no segundo capítulo, que requerem uma profunda reflexão, nos termos propostos nesta pesquisa, sendo que a questão não está relacionada à presença da religião na esfera pública, mas ao fato de “como dar sentido a esta

⁸⁸² ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 84.

presença, como perceber suas diferentes modalidades, impactos e fontes e como avaliar as distintas implicações das relações entre esses atores (e mesmo projetos) religiosos e seus interlocutores e adversários não religiosos”⁸⁸³.

Vale destacar que, no Brasil, a perspectiva religiosa continua servindo de fundamento em debates de ordem política e jurídica, apesar do contexto local, tratando-se, o Brasil, de um Estado democrático e laico; e do contexto da época, em face do intenso processo de secularização já vivenciado em nosso país. E, na evolução do Direito de família brasileiro, percebemos a influência de um arcabouço religioso, que ainda persiste na contemporaneidade, sendo que, nos próximos cinco subtópicos, buscaremos identificar o sentido desta influência, os seus limites, as suas modalidades e impactos, as suas implicações, considerando-se como fonte, o Direito canônico, além de apresentar as propostas de regulamentação da relação configurada entre os seus interlocutores.

3.3.1 *O significado da presença do Direito canônico no Direito de família brasileiro*

A religião possui um papel peculiar, em meio às tranformações da sociedade moderna. Contudo, este papel só foi reconhecido, nos textos habermasianos, após a década de 1990, conforme transcrito a seguir:

Na medida em que consigam evitar o dogmatismo e a coerção sobre as consciências, permanece intacto algo que se perdeu em outros lugares e que tampouco pode ser reproduzido apenas com o saber profissional de especialistas: refiro-me aqui às possibilidades de expressão e a sensibilidade suficientemente diferenciadas para falar da vida malograda, das patologias sociais, dos fracassos dos projetos individuais e da deformação dos contextos de vida desfigurados. A partir da assimetria das pretensões epistêmicas, deve-se fundamentar uma disposição de aprendizado da filosofia em relação à religião, e não por razões funcionais, mas – recordando seus bem-sucedidos processos hegelianos de aprendizado – por razões de conteúdo.⁸⁸⁴

Assim, as novas perspectivas sobre a existência humana e o seu pertencimento, advindas da modernidade, não foram capazes de afastar a necessidade do indivíduo de relacionar-se a algum fator transcendental, sendo que a experiência religiosa persiste resiliente, na pós-modernidade. Tal fato poderia ser justificado pela necessidade intrínseca ao indivíduo de buscar um elemento transcendental, que funcionaria como uma espécie de ópio, permitindo

⁸⁸³ BURITY, Joanildo A. Religião, política e cultura. *Tempo social*, v. 20, n. 2, p. 83-113, 2008, p. 93.

⁸⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. Fundamentos prepolíticos del estado democrático de derecho?. In: *Entre naturalismo y religión*. Barcelona: Paidós, p. 107-119, 2006a, p. 116.

a abstração da sua realidade, além de servir como anestésico aos dissabores do cotidiano. E a sede do ser humano pela metafísica justifica-se em razão da dificuldade que algumas pessoas possuem de enfrentar o destino dos tempos, encontrando consolo nos braços sempre abertos e cheios de compaixão da igreja, segundo Weber.⁸⁸⁵

Não é outro o entendimento do filósofo suíço contemporâneo, De Botton, que, afirma que a presença das religiões, na sociedade secular, atende a duas necessidades centrais: 1) a necessidade de viver em comunidade e em harmonia, apesar dos nossos impulsos egoístas e violentos profundamente enraizados; e 2) a necessidade de lidar com aterrorizantes graus de dor, surgidos da vulnerabilidade ao fracasso profissional, a relacionamentos problemáticos, à morte de entes queridos, bem como à nossa decadência e morte. Dessa forma, afirma que, embora Deus possa estar morto, “as questões urgentes que nos impulsionaram a inventá-lo ainda nos sensibilizam exigindo resoluções que não desaparecem quando somos instados a perceber algumas imprecisões científicas na narrativa sobre o milagre da multiplicação dos pães e peixes.”⁸⁸⁶ Nesta perspectiva, no Período Pós-moderno, ao contrário do que imaginavam os livres-pensadores, agnósticos e ateus dos séculos XIX e XX, “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”, segundo o sociólogo peruano, Llosa⁸⁸⁷.

Nesse sentido, analisando a persistência da presença da religião nos espaços públicos, Habermas afirma que:

Nessa contenda, defendo a tese hegeliana, segundo a qual, as grandes religiões constituem parte integrante da própria história da razão. Já que o pensamento pós-metafísico não poderia chegar a uma compreensão adequada de si mesmo caso não incluísse na própria genealogia as tradições metafísicas e religiosas. De acordo com tal premissa, seria irracional colocar de lado essas tradições “fortes” por considerá-las um resíduo arcaico. Tal “desleixo” significaria a impossibilidade de qualquer tentativa de explicação do nexos interno que liga essas tradições às formas modernas de pensamento. Até o presente, as tradições religiosas conseguiram articular a consciência daquilo que falta. Elas mantêm viva a sensibilidade para o que falhou. Elas preservam na memória dimensões de nosso convívio pessoal e social, nas quais os progressos da racionalização social e cultural provocaram danos irreparáveis. Que razão as impediria de continuar mantendo potenciais semânticos cifrados capazes de desenvolver força inspiradora depois de vertidas em verdades profanas e discursos fundamentadores?⁸⁸⁸

⁸⁸⁵ WEBER, Max. *Religious rejections of the world and their directions*. Editado e traduzido por H. H. Gerth and C. Wright Mills. Nova Iorque: Oxford University Press, 1946, p. 51.

⁸⁸⁶ De BOTTON, Alain. *Religião para ateus*. Tradução de Vitor Paolozzi. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2011, p. 12.

⁸⁸⁷ LLOSA, Mário Vargas. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Tradução de Ivone Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 143.

⁸⁸⁸ HABERMAS, 2007b, p. 13-14.

Buscando aplicar tais conceitos no contexto brasileiro, a partir das considerações apresentadas, podemos perceber o papel peculiar do Direito canônico em meio às transformações do Direito de família brasileiro, em que, por meio de uma trajetória histórica e legislativa, verificamos que a religião católica, no Brasil, além de ter influenciado a nossa cultura e a nossa política, também preencheu um vácuo normativo e principiológico, com relação à formulação do nosso ordenamento jurídico. E é notável a existência de princípios, valores e aspectos morais provenientes do Direito Canônico, tendo sido incorporados pelo Estado, fundamentando a nossa produção normativa, implícita ou explicitamente, e que permanecem até os dias atuais. Assim, ao longo da história de nosso país, a tradição religiosa católica conseguiu articular a consciência do que faltava, tendo sido imprescindível para a criação e estabilização dos fundamentos normativos do Estado constitucional, além de manter viva a sensibilidade no convívio pessoal e social, disponibilizando valiosos conteúdos morais quanto aos temas de interesse geral, reforçando o patriotismo constitucional, e contribuindo para a manutenção da estabilidade social. Portanto, constitui parte integrante da própria história de nosso país, não devendo ser considerada um resíduo arcaico, nem considerada incompatível com as formas laicas de vida, o que impossibilitaria a análise e compreensão de diversas questões no contexto histórico nacional.

3.3.2 *Os limites da influência do Direito canônico no Direito de família brasileiro*

Conforme entendimento de Habermas, “o ethos do cidadão liberal exige, de ambos os lados, a certificação reflexiva de que existem limites, tanto para a fé como para o saber.”⁸⁸⁹ Sobre o discernimento exigido, afirma que:

Esse discernimento se deve a uma tríplice reflexão dos fiéis sobre a sua posição em uma sociedade pluralista. Primeiramente, a consciência religiosa tem de assimilar o encontro cognitivamente dissonante com outras confissões e religiões. Em segundo lugar, ela tem de adaptar-se à autoridade das ciências, que detêm o monopólio social do saber mundano. Por fim, ela tem de adequar-se às premissas do Estado constitucional, que se fundamentam em uma moral profana. Sem esse impulso reflexivo, os monoteísmos acabam por desenvolver um potencial destrutivo em sociedades impiedosamente modernizadas. A expressão ‘impulso reflexivo’ (Reflexionsschub) dá a falsa impressão de um processo concluído e realizado unilateralmente. Na verdade, porém, esse trabalho reflexivo dá um novo passo a cada conflito que irrompe nos campos de batalha da esfera pública democrática.⁸⁹⁰

⁸⁸⁹ HABERMAS, 2007b, p. 8-9.

⁸⁹⁰ HABERMAS, 2013a, p. 6-7.

A fim de que se torne possível o estabelecimento de tais limites, propõe que “a secularização cultural e social seja entendida como um *processo de aprendizagem dupla* que obriga tanto as tradições do Iluminismo quanto as doutrinas religiosas a refletirem sobre seus respectivos limites”⁸⁹¹. Isto porque, havendo o reconhecimento dos limites de suas cosmovisões, tanto pelos cidadãos religiosos quanto pelos cidadãos seculares, será possível que sejam mutuamente ouvidos no debate público, contribuindo para a manutenção da estabilidade das sociedades contemporâneas.

Dessa forma, quanto à delimitação do lugar da religião no debate público, no tocante à participação dos cidadãos, ao uso e apropriação do espaço público, por uma religiosidade historicamente consolidada, numa sociedade pós-secular, marcada por valores de liberdade religiosa e tolerância, Habermas apresenta as seguintes exigências: “aos crentes que adotem, nas relações com os heterodoxos e com os não-crentes, a atitude de levar em conta, razoavelmente, a persistência de um dissenso”⁸⁹², aos não crentes:

A exigência, nada trivial, de determinar autocriticamente a relação entre fé e conhecimento, a partir da perspectiva de um saber mundano. A expectativa de um desacordo persistente entre fé e conhecimento só merece o predicado de ‘racional’ se às convicções religiosas também é concedido, no âmbito do saber secular, um estatuto epistêmico que não seja absolutamente irracional. Por isso, as imagens de mundo naturalistas, devedoras a uma elaboração especulativa de informações científicas e relevantes para a auto-compreensão ética dos cidadãos, não gozam, de forma alguma na esfera pública positiva, de uma preferência *prima facie* diante das cosmovisões ou das concepções religiosas concorrentes.⁸⁹³

Neste conceito, o teólogo brasileiro contemporâneo, Zabatiero, destaca a existência de uma assimetria entre os termos fé e conhecimento, que postula uma oposição entre realidades não opostas entre si. Ainda, verifica a concessão de que haja racionalidade nas religiões, feita na forma negativa de que tais não sejam “absolutamente irracionais”, o que entende ser incoerente com a concepção habermasiana da razão como pluridimensional, em sua unidade.⁸⁹⁴ Também constata a existência de um privilégio epistêmico, concedido, de forma incondicional, ao “saber secular”, como a priori racional e verdadeiro, questionado apenas quando se torna uma “cosmovisão”, ou uma espécie de “concepção religiosa” do mundo.⁸⁹⁵

⁸⁹¹ HABERMAS; RATZINGER, 2007, p. 25-26.

⁸⁹² HABERMAS, 2006a, p. 118.

⁸⁹³ HABERMAS, 2006a, p. 119.

⁸⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. From kant’s ‘ideas’ of pure reason to the ‘idealizing’ presuppositions of communicative action: reflections on the detranscendentalized ‘use of reason’. In: Truth and justification. Cambridge: The MIT Press, 2003d, p. 83-130.

⁸⁹⁵ ZABATIERO, Júlio Paulo Tavares. A religião e a esfera pública. *Cadernos de ética e filosofia política* 12, 1/2008, p. 139-159. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/100368>>. Acesso em: 04 jun. 2019, p. 144-145.

Tratando-se da neutralidade do poder estatal, numa sociedade pós-secular, Habermas afirma que o Estado democrático de direito deve ser leigo, exercendo uma forte neutralidade em relação às concepções abrangentes sobre a realidade, tornando possível a plena e igual participação de todos os cidadãos, sendo que:

A neutralidade do poder estatal, no que tange às cosmovisões, neutralidade que garante iguais liberdades éticas a todos os cidadãos, não é compatível com a generalização política de uma visão de mundo secularista. Em princípio, os cidadãos secularizados, na medida em que atuem em seu papel de cidadãos de um Estado, não devem negar às imagens religiosas do mundo um potencial de verdade, nem devem questionar o direito dos concidadãos crentes de participar, com a linguagem religiosa, nas discussões públicas. Uma cultura política liberal pode, inclusive, esperar dos cidadãos secularizados que participem nos esforços de traduzir as contribuições relevantes da linguagem religiosa a uma linguagem publicamente acessível.⁸⁹⁶

No entanto, segundo Zabatiero, tal entedimento levanta uma série de perguntas práticas sobre o uso da linguagem religiosa na esfera pública, especialmente no tocante à tradução dessa linguagem para uma linguagem “publicamente acessível”. Isto porque, segundo Habermas, em sociedades secularizadas, as religiões são submetidas a constantes pressões para incluir em sua forma de vida a reflexividade epistêmica da racionalidade e do pluralismo de cosmovisões, sendo forçadas a apresentar razões para seus posicionamentos. E, tratando-se da participação de pessoas religiosas na esfera pública, afirma que:

O Estado liberal não deve transformar a separação institucional obrigatória entre a religião e a política (sic!) em uma indevida carga mental e psicológica, que não pode ser exigida de seus cidadãos religiosos. Por suposto, o Estado deve esperar que eles reconheçam o princípio de que o exercício do poder estatal se exerce com neutralidade no tocante às cosmovisões. Todo cidadão deve saber e aceitar que só contam as razões seculares para além do umbral institucional que separa a esfera pública informal dos parlamentos, dos tribunais, dos ministérios e das administrações.⁸⁹⁷

Entretanto, segundo Zabatiero, o binômio “religião e política”, sugerido por Habermas, seria inadequado, por ser um termo do mundo da vida, julgando ser mais apropriado “Instituição Religiosa e Estado”, considerando-se que a questão estaria ligada à distinção institucional-sistêmica. Além disso, questiona se o Estado seria neutro quanto às cosmovisões, porque ele deveria ser “secular”, considerando-se o secularismo como uma cosmovisão. Também questiona em que sentido se pode restringir a presença válida de razões às “seculares”

⁸⁹⁶ HABERMAS, 2006a, p. 119.

⁸⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. La religión en la esfera pública. Los presupuestos cognitivos para el ‘uso público de la razón’ de los ciudadanos religiosos y seculares. In: *Entre naturalismo y religión*. Barcelona: Paidós, 2006b, p. 121-155, p. 137.

em pronunciamentos das diversas instituições estatais. E acrescenta que, se razões “religiosas” forem válidas, por que deveriam ficar obrigatoriamente de fora de tal pronunciamento? Por fim, pergunta: “como evitar a carga assimétrica sobre cidadãos não-religiosos em sua participação na esfera pública se, de antemão, se estabelece que só razões seculares contam na mesma?”⁸⁹⁸

E Habermas apresenta a seguinte resposta:

O Estado liberal tem interesse em que se permita o livre acesso das vozes religiosas tanto na esfera público-política como na participação política das organizações religiosas. O Estado não pode desalentar os crentes e as comunidades religiosas de tal modo que se abstenham de manifestar-se como tais também de modo político, pois não pode saber se, em caso contrário, a sociedade secular não se estaria desconectando e privando de importantes reservas para a criação de sentido.⁸⁹⁹

Assim, Habermas defende a tradução da linguagem religiosa a uma linguagem secular, “universalmente acessível”, reafirmando o limite da presença da linguagem religiosa na esfera pública, considerando que verdades religiosas devem ser excluídas das deliberações institucionais do Estado. Portanto, aduz que a concessão à participação da verdade religiosa estaria condicionada à sua tradução para a linguagem secular, o que seria a “carga” a que são submetidos os cidadãos religiosos, que defende ser politicamente não-assimétrica, embora, segundo Zabatiero, seja epistemicamente desigual.⁹⁰⁰ Isto porque, segundo o autor, “este trabalho de tradução deve ser entendido como uma tarefa cooperativa, na qual também participam os cidadãos não religiosos, para que os concidadãos religiosos que sejam capazes e estejam dispostos a participar, não tenham de suportar uma carga de modo assimétrico”⁹⁰¹. Além disso, considerando-se que a simetria política seria garantida na medida em que “essa carga é compensada com a expectativa normativa de que os cidadãos seculares abram suas mentes ao possível conteúdo de verdade das contribuições religiosas e entrem em diálogos nos quais pode ocorrer que razões religiosas resultem na forma transformada de argumentos universalmente acessíveis”⁹⁰², questiona se tal compensação ocorreria de fato. Neste ponto, Habermas afirma que a distinção epistêmica assimétrica é fruto de um processo de aprendizado do mundo-da-vida e não de uma possível não-neutralidade do Estado em relação à religião:

Observamos, de fato, em nossa cultura ocidental, uma mudança na forma da consciência religiosa, desde os tempos da Reforma e do Iluminismo. Os sociólogos descreveram essa ‘modernização’ como uma resposta da consciência religiosa a três

⁸⁹⁸ ZABATIERO, 2008, p. 147.

⁸⁹⁹ HABERMAS, 2006b, p. 138.

⁹⁰⁰ ZABATIERO, 2008, p. 148.

⁹⁰¹ HABERMAS, 2006b, p. 138.

⁹⁰² HABERMAS, 2006b, p. 140.

desafios da modernidade: ao fato do pluralismo religioso, ao avanço das ciências modernas e à consagração do direito positivo e da moralidade profana da sociedade. Nestes três aspectos, as comunidades de crenças tradicionais devem processar dissonâncias cognitivas que não se colocam aos cidadãos seculares, ou que, em todo caso, só surgem quando estes aderem de modo similar a doutrinas ancoradas dogmaticamente.⁹⁰³

E, então, Habermas passa a criticar o secularismo, afirmando que “tampouco os cidadãos seculares estão isentos de uma carga cognitiva, visto que uma consciência secularista não é suficiente para dar conta das relações cooperativas com os cidadãos não-religiosos”, porque “o que está em questão (...) é a superação auto-reflexiva de uma auto-compreensão da modernidade excludente e endurecida em termos seculares”⁹⁰⁴. Nesta perspectiva, segundo Zabatiero, Habermas estaria apresentando uma revisão do seu conceito de secularização, não mais compreendido como um processo evolutivo irreversível, em defesa da simetria da carga política, considerando-se que, sobre cidadãos seculares, seria requerido:

Uma mudança de mentalidade que não é menos exigente cognitivamente do que a adaptação da consciência religiosa aos desafios de um entorno que se seculariza cada vez mais. Diante dos critérios de uma Ilustração que se apercebe criticamente de suas próprias limitações, os cidadãos seculares compreendem sua falta de coincidência com as concepções religiosas como um desacordo com o qual se deve contar racionalmente.⁹⁰⁵

Faz-se necessário salientar que, na ótica da filosofia, a religião e o secularismo são duas posições extremas que devem ser recusadas na esfera pública, considerando-se serem cosmovisões superadas por uma “consciência secular de se viver em uma sociedade pós-secular (que) se reflete filosoficamente na figura do pensamento pós-metafísico”⁹⁰⁶. Segundo Zabatiero, vale ressaltar que, a partir de suas premissas agnósticas, esse pensamento pós-metafísico se abstém de julgar as verdades religiosas, insistindo em traçar limites estritos entre a fé e o saber. Por outro lado, volta-se contra uma concepção da razão de corte cientificista e contra a exclusão das doutrinas religiosas no tocante à genealogia da razão.⁹⁰⁷ “É certo que o pensamento pós-metafísico renuncia aos enunciados ontológicos sobre a constituição da totalidade dos entes; todavia, isto não significa que advogue uma redução de nosso saber à soma

⁹⁰³ HABERMAS, 2006b, p. 144.

⁹⁰⁴ HABERMAS, 2006b, p. 146.

⁹⁰⁵ HABERMAS, 2006b, p. 147.

⁹⁰⁶ HABERMAS, 2006b, p. 148.

⁹⁰⁷ HABERMAS, 2006b, p. 148.

dos enunciados que representam, a cada momento, o estado de arte nas ciências”⁹⁰⁸. Ainda, segundo Habermas:

O pensamento pós-metafísico está disposto a aprender da religião, ao mesmo tempo em que permanece estritamente agnóstico em suas relações com ela. Insiste na diferença entre as certezas da fé e as pretensões de validade publicamente criticáveis, porém se abstém da arrogância racionalista de que ele mesmo pode decidir o que é razoável ou irrazoável nas doutrinas religiosas. Os conteúdos apropriados pela razão mediante a tradução não precisam ser perdidos pela fé.⁹⁰⁹

Defendendo a simetria da carga cognitiva depositada sobre os cidadãos religiosos e seculares, Habermas afirma que:

O papel desempenhado pela crítica filosófica da genealogia da razão na auto-ilustração da consciência secular é manifestamente similar ao desempenhado pela tarefa reconstrutiva da teologia na auto-ilustração da fé religiosa na modernidade. O custo da tarefa de auto-reflexão filosófica mostra que o papel da cidadania democrática supõe nos cidadãos seculares uma mentalidade que não é mais pobre no tocante às suas pressuposições do que a mentalidade das comunidades religiosas ilustradas. E por essa razão, as cargas cognitivas que impõem a ambas as partes aquisição das atitudes epistêmicas apropriadas não estão, em absoluto, distribuídas assimetricamente.⁹¹⁰

Segundo Zabatieiro, no pensamento habermasiano sobre o lugar da religião, há uma assimetria epistêmica, considerando-se que o exercício da racionalidade pela religião estaria condicionado à incorporação da racionalização promovida pela secularização das sociedades ocidentais modernas. Dessa forma, alega que Habermas estaria fundindo, sincreticamente, dois problemas distintos: o das relações entre instituições religiosas e Estado, e o das relações entre “fé” e razão, e que tal contradição poderia ser justificada em face do conceito de secularização adotado por Habermas, que ainda mantém resquícios do pensamento metafísico, não tendo sido traduzido para o pensamento pós-metafísico.⁹¹¹

Assim, no entendimento de Habermas, as sociedades pré-modernas eram sociedades em que o mundo-da-vida estava unificado pela religião, enquanto as modernas têm o seu mundo-da-vida pluralizado em três esferas diferenciadas: cultura, sociedade e personalidade, que se desligaram da religião, substituindo-a, buscando cimentar a unidade do mundo-da-vida diante dos imperativos sistêmicos. Neste sentido, afirma:

⁹⁰⁸ HABERMAS, 2006b, p. 148.

⁹⁰⁹ HABERMAS, 2006b, p. 151.

⁹¹⁰ HABERMAS, 2006b, p. 151.

⁹¹¹ ZABATIERO, 2008, p. 151-152.

A racionalização cultural da qual emergem as estruturas de consciência típicas das sociedades modernas englobam elementos cognitivos, estético-expressivos e moral-avaliativos da tradição religiosa. Com a ciência e a tecnologia, com as representações universais legais e morais, emerge uma diferenciação de três esferas de valor, cada uma das quais possui sua própria lógica. No processo, não somente as ‘lógicas internas’ dos elementos cognitivo, expressivo e moral da cultura afloram à consciência, mas também a tensão entre essas esferas cresce juntamente com sua diferenciação.⁹¹²

Ainda, conforme Habermas:

Toda religião é, originariamente, “imagem do mundo” (uma “doutrina abrangente”), também no sentido de que reivindica a autoridade de estruturar uma forma de vida no seu todo. Essa reivindicação de monopólio interpretativo e de configuração da vida em todos os seus aspectos a religião teve de abandonar sob as circunstâncias da secularização do saber, da neutralização do poder estatal e da liberdade religiosa generalizada.⁹¹³

Nesta perspectiva, Zabatiero afirma que essa descrição não é construída “empiricamente”, mas especulativamente, ao argumento de ter sido feito um nivelamento redutivo “toda religião”; e ter identificado a religião com o mundo-da-vida, grandezas incomensuráveis. Além disso, questiona a formulação de que a religião “teve de abandonar devido às condições impostas pela secularização do saber”, ao argumento de que estaria sendo desconsiderado o papel da reforma protestante na quebra do monopólio do saber detido pela igreja católica medieval, bem como o papel pluralizador da expansão do cristianismo nos continentes africano, asiático e americano. Também afirma que Habermas atua com uma temporalidade anômala para a história das religiões, promovendo um processo histórico específico a uma condição humana universal, desconsiderando as práticas das pessoas religiosas nos vários mundos-da-vida contemporâneos. Por fim, identifica uma confusão entre “religião” e “pensamento metafísico”, grandezas, também, incomensuráveis, mantendo a religião dentro dos limites da filosofia da consciência, que deveria ser superada pelo pensamento pós-metafísico.⁹¹⁴

Ainda, afirma que um pensamento pós-metafísico não pode excluir a priori as crenças religiosas da racionalidade humana, devendo aceitar a pluralidade de jogos de linguagem, dentro da multidimensionalidade da racionalidade humana, não podendo considerar o jogo secular como fundamento dos demais. A partir de então, questiona o motivo pelo qual as pessoas religiosas seriam capazes de entender a linguagem religiosa, sendo que as secularizadas

⁹¹² HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 163.

⁹¹³ HABERMAS, 2006b, p. 117.

⁹¹⁴ ZABATIERO, 2008, p. 154-155.

só poderiam entendê-la se traduzida a uma linguagem secular, e vice-versa. Também questiona o motivo pelo qual a linguagem religiosa deveria ser traduzida a uma linguagem “pública e universalmente acessível”, enquanto a secular não. Além disso, questiona sobre o que faria da linguagem secular uma linguagem universalmente acessível, se ela é apenas uma das linguagens disponíveis no mundo-da-vida. Por fim, questiona a afirmação de que as crenças religiosas estariam aprisionadas “aos ferrolhos das verdades reveladas”, considerando-se não ser este o modo como os crentes entendem sua própria fé.⁹¹⁵

Neste contexto, Zabatiero entende que a exigência de tradução dos conteúdos de crenças religiosas impõe uma carga assimétrica aos cidadãos não-religiosos de sociedades democráticas, considerando-se que esta exigência faz supor que cidadãos secularizados sejam incapazes de compreender afirmações e argumentos religiosos sem a devida tradução.⁹¹⁶ Zabatiero também afirma que, nas condições das sociedades pós-seculares, não se poderia, a priori, considerar um determinado tipo de cidadãos naturalmente “capazes e dispostos a participar da esfera pública”, enquanto outro tipo, o dos cidadãos religiosos, estaria dividido entre os “capazes e dispostos” e os “incapazes e indispostos”, ao argumento de que a participação cidadã, na esfera pública, exige um sacrifício que depende de energias provenientes do mundo-da-vida, sendo que tal diferenciação influenciaria sobre a capacidade e disposição para participar da esfera pública.⁹¹⁷

Alega, ainda, que, no pensamento pós-metafísico, a contraposição fé-conhecimento seria insustentável, considerando-se que estaria reduzindo a fé a uma relação cognitiva do tipo sujeito-objeto. Isto porque, segundo o autor, dentro do conceito pluridimensional da razão, poder-se-ia dizer que a fé seria mais ajustada à produção de sentido, com vistas a finalidades expressivas e axiológicas, estando menos ajustada à produção de sentido, com vistas a fins instrumentais e estratégicos. Portanto, afirma que fé não poderia ser entendida como o oposto de conhecimento, considerando-se que, mesmo no caso de sua prática em religiões que “reivindicam autoridade para estruturar uma forma de vida em seu conjunto”, ela não seria obstáculo para outras vias de produção de conhecimento, como no caso do cristianismo. E questiona qual seria o sentido de se postular que uma pessoa não-religiosa seja “agnóstica” no tocante às “verdades” das religiões. Também questiona se tal agnosticismo não se configura em uma intolerável indisposição para o debate, e não coloca as crenças religiosas em um perigoso

⁹¹⁵ ZABATIERO, 2008, p. 155.

⁹¹⁶ ZABATIERO, 2008, p. 155.

⁹¹⁷ ZABATIERO, 2008, p. 155.

patamar extra-racional, ficando à mercê das atitudes particulares em relação à mesma, podendo ser irracional, supra-racional ou infra-racional.⁹¹⁸ Ao final, conclui que “cidadãos secularizados têm todo o direito de apresentar questionamentos racionalmente estruturados a crenças religiosas específicas, e vice-versa”⁹¹⁹.

No contexto das sociedades pós-seculares, Zabatiero afirma que a secularização não poderia ser interpretada em termos que ultrapassem a dimensão político-institucional, devendo ser interpretada como um processo histórico de aprendizado bem sucedido, mas não infalível, nem totalizante. Afirma, também, que a vertente científica da secularização é válida, predominantemente, para a produção de saberes sobre o “mundo objetivo”, sendo que, tratando-se do mundo social e expressivo, ela não possui amplitude, nem abrangência. No seu entendimento, a crescente racionalização do mundo ocidental promoveu processos históricos de aprendizagem, que potencializaram, ao extremo, a capacidade humana de resolver problemas mediante o raciocínio instrumental. Afirma, ainda, que uma sociedade pós-secular deve garantir a liberdade religiosa e a pluralidade de imagens de mundo, mantendo a separação entre jogos de linguagem religiosos e não-religiosos e jogos de linguagem metafísicos e pós-metafísicos, apenas no âmbito das decisões públicas, em função da preservação do caráter formal não-epistêmico do debate público. Portanto, um conceito pós-metafísico de secularização deve relacioná-la à separação entre instituições religiosas e instituições estatais, sem tentar separar “religião” e “política” como esferas incompatíveis da ação e do conhecimento humanos, tornando-se necessário operar um deslocamento do conceito de secularização (racionalização ou desencantamento do mundo), movendo-o das esferas ontológica e epistemológica para a esfera do exercício do poder.⁹²⁰

Buscando aplicar tais conceitos, no que se refere aos limites da influência do Direito canônico no Direito de família brasileiro, verificamos que o avanço da crescente secularização, no Brasil, mesmo com a laicidade encontrando-se freada, tem promovido processos históricos de aprendizagem, que vem potencializando a capacidade dos cidadãos de resolver problemas mediante o raciocínio instrumental. E, considerando-se o contexto de uma sociedade pós-secular, em que deve ser garantida a liberdade religiosa e a pluralidade religiosa, o Brasil mantém, na esfera pública, a separação entre jogos de linguagem religiosos e não-religiosos e jogos de linguagem metafísicos e pós-metafísicos, sendo preservado o caráter formal não-epistêmico do debate público. Tratando-se dos limites da influência da instituição católica na

⁹¹⁸ ZABATIERO, 2008, p. 155-156.

⁹¹⁹ ZABATIERO, 2008, p. 156.

⁹²⁰ ZABATIERO, 2008, p. 157-158.

esfera pública brasileira, quanto à participação dos cidadãos, ao uso e apropriação do espaço público, por uma religiosidade historicamente consolidada, numa sociedade pós-secular, marcada por um pluralismo religioso, pela garantia da liberdade religiosa e da tolerância, percebemos que, embora tenha perdido a legitimidade para organizar o espaço público, da maneira como, tradicionalmente, atuava, a igreja católica continua tendo uma significativa influência na esfera pública brasileira. Isto porque, ainda hoje, assume a responsabilidade de muitos ritos civis existentes que regem a sociedade. Assim, podemos notar o Direito canônico como fundamento de muitas leis, especialmente, no Direito de família, fazendo-se presente na esfera pública, implícita ou explicitamente, sendo, inclusive, utilizado para expressar ou demandar no espaço público, por meio dos parlamentos, tribunais e na administração pública. Com isso, configura-se uma forte instrumentalização entre a instituição católica e o Estado, no Brasil, consubstanciada na expressiva defesa de valores morais conservadores, por meio da atuação de grupos conservadores. No entanto, o processo de modernização experimentando em nosso país provoca a instituição católica a atualizar as suas tradições, o que não deixa de ser um grande desafio, a fim de que possa ser garantida a sua manutenção na esfera pública brasileira. A seguir, iremos descrever as modalidades da presença do Direito canônico no Direito de família brasileiro, fazendo uma análise, também, sobre os seus impactos.

3.3.3 Modalidades e impactos da presença do Direito canônico no Direito de família brasileiro

Nesta perspectiva, o grande desafio é o de pensar a religião no contexto dos conflitos da contemporaneidade, com a compreensão de que a cultura e as identidades articulam-se, estrategicamente, com a democracia, a diversidade e os direitos.⁹²¹ Partindo-se desse pressuposto, podemos identificar a manifestação de diferentes grupos, dentro da esfera pública, como protagonistas que articulam debates, envolvendo temas controversos, buscando a consolidação de políticas públicas e regulamentação jurídica de seus direitos.

Faz-se necessário destacar que a reconfiguração da democracia, no Brasil, ainda que de forma incipiente, produziu avanços e gerou modificações importantes nas estruturas políticas. Com isso, houve uma certa mobilização e abertura para que surgissem novos agentes. Neste contexto, foram sendo demarcados fluxos, instaurados intercâmbios e ampliados

⁹²¹ BOFF, Leonardo. *Virtudes para um outro mundo possível*. Convinência, respeito e tolerância. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 40.

domínios, surgindo novas vozes que estenderam a repercussão de temas concernentes à diversidade de gênero, sexual, cultural, ética e, também, souberam repercutir as demandas pela garantia de políticas de convivência e alteridade, consolidação de direitos e tolerância.⁹²²

Por outro lado, com a expansão da democracia e dos direitos humanos, os grupos conservadores transformaram-se, em uma reação diante da secularização, reconstruindo seus discursos e seus conceitos, buscando adaptarem-se às mudanças políticas e econômicas ocorridas nos últimos séculos. Com isso, houve a sua inserção na política partidária, nas direções, nos movimentos político-sociais de base, o que demonstra serem grupos dinâmicos. Assim, o ativismo conservador inseriu-se no debate da democracia formal, utilizando os seus procedimentos, formando agrupamentos laicos e aprendendo a ser, estrategicamente, secular. O assunto é que é preciso reconhecer que o ativismo conservador também é parte da democracia, de seus procedimentos e de seus mecanismos de demanda.⁹²³ Assim, tais grupos manifestam-se no debate público, por meio de diversas modalidades: pela representatividade formal, resultante de eleições, de governos e parlamentares; pela participação de instituições em fóruns decisórios, tais como lobby, audiências públicas ou atuação como *amicus curiae*; ou mesmo, pela religiosidade dos que atuam na vida pública.⁹²⁴

Esta adequação contextual dos grupos conservadores traz à tona um deslocamento dentro da sociedade civil organizada, em que se consolida uma agenda de trabalho e de incidência pública, através de grupos profissionais especializados e de forças políticas que manifestam-se contrários a temas como os relacionados aos direitos sexuais e reprodutivos, contudo, sem utilizar as referências do conservadorismo religioso, ao menos, de forma explícita.⁹²⁵ Segundo Emmerick, estes grupos tem como objetivo principal combater as ações

⁹²² SORJ, Bernardo. *A nova sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 39.

⁹²³ MUJICA, Jaris. Os grupos conservadores na América Latina. Transformações, crises, estratégias. In: JURKEWICZ, Regina Soares. (Org.). *Quem controla as mulheres?* Direitos reprodutivos e fundamentalismos religiosos na América Latina. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2011, p. 95-96.

⁹²⁴ ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 84.

⁹²⁵ Os grupos conservadores têm ampliado sua estratégia através da criação de associações formadas por profissionais especializados. No âmbito jurídico, uma das mais atuantes entidades brasileiras é a Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE, fundada no ano de 2012, tendo como lema a defesa das liberdades civis fundamentais. Afirma a sua atuação através da sua declaração de princípios, representações estaduais, conselho consultivo, assessoria internacional, tradutores, convênios com universidades da Europa e América Latina, congressos, publicações, formação, propostas de políticas públicas e projetos de lei, assistência judiciária gratuita e parceria com quase 50 igrejas e entidades, dentre elas, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Sua missão é a defesa das liberdades civis fundamentais - em especial a liberdade religiosa e de expressão - e a promoção dos deveres e direitos humanos fundamentais - em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, tudo isso sob a égide e as bases do Cristianismo e do seu conseqüente histórico, o Estado Democrático de Direito. Entre os seus objetivos principais está o de constituir-se como uma entidade de auxílio e defesa administrativa e jurisdicional das igrejas e denominações evangélicas, em especial, nos casos de violação dos direitos fundamentais de liberdade religiosa e de expressão; constituir-se como um fórum nacional de discussão

que visam avançar na garantia dos direitos sexuais e reprodutivos, ou qualquer outra ação ou projeto de lei que afronte os princípios morais e religiosos sobre a vida e a família.⁹²⁶

No contexto da sociedade brasileira contemporânea, é possível perceber a existência de uma demanda por inserção política de grupos religiosos, alicerçados na reconfiguração de premissas teológicas, através da militância, do engajamento e dos discursos políticos. É possível que, no espaço público brasileiro, a grande disputa na construção dos direitos sexuais e reprodutivos não esteja ligada à reafirmação da neutralidade das instituições republicanas, mas na constituição de meios adequados para incorporar os conflitos inerentes às lógicas culturais e religiosas nos debates públicos.⁹²⁷

Convém destacar que os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos, ou em outros documentos consensuais. Assim, esses direitos ancoram-se no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, além do direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Além disso, inclui, também, o seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência.⁹²⁸ É importante salientar que, observando a partir da perspectiva dos *direitos humanos*, há que se reconhecer o campo da sexualidade e da reprodução como esfera para a construção de princípios jurídicos, ainda, a serem reconhecidos. E, falar dos direitos sexuais e direitos reprodutivos sob o marco dos direitos humanos significa aceitá-los como universais, interdependentes e indivisíveis.⁹²⁹

No caso do Brasil, tratando-se dos direitos sexuais e reprodutivos, a Constituição Federal defende, através do planejamento familiar, a igualdade de direitos e deveres na sociedade conjugal, garantindo um conjunto de direitos ligados à reprodução humana, fundados

sobre o ordenamento jurídico brasileiro, sobre os projetos de lei em tramitação, sobre as propostas de políticas públicas governamentais, especialmente no que diz respeito aos deveres e direitos humanos fundamentais (In: ANAJURE - Associação Nacional de Juristas Evangélicos. Disponível em: <<http://bit.ly/2HRYAF2>>. Acesso em: 03 jun. 2019).

⁹²⁶ EMMERICK, Rulian. *Religião e direitos reprodutivos*. O aborto como campo de disputa política e religiosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 214-215.

⁹²⁷ ROSADO-NUNES, Maria José Fontelas. Direitos, cidadania das mulheres e religião. *Tempo social*, v. 20, n. 2, nov. 2008, p. 67-81.

⁹²⁸ BRASIL. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Direitos sexuais e direitos reprodutivos: uma prioridade do governo*. Brasília: Ministério da Saúde, 2005, 24 p. Disponível em: <<http://bit.ly/2WEeGdr>>. Acesso em: 03 jun. 2019, p. 6-7.

⁹²⁹ BUSIN, Valéria Melki. (Org.). *Direitos humanos para ativistas por direitos sexuais e direitos reprodutivos*. São Paulo: Secretaria de Políticas para Mulheres/ Católicas pelo Direito de Decidir, 2013, p. 12.

no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, atribuindo ao Estado o dever de propiciar os recursos educacionais e científicos para sua promoção, sendo garantido seu exercício sem coerção ou violência.⁹³⁰ Portanto, verifica-se que a luta em favor dos direitos sexuais e reprodutivos pode ser considerada parte de uma agenda democrática de direitos, em nosso país. Partindo-se desse pressuposto, questiona-se o reconhecimento dos direitos reprodutivos e sexuais aos indivíduos que compõem as novas modalidades de famílias existentes, considerando-se, ainda, serem sujeitos políticos e éticos na tomada de decisões sobre seus projetos de vida, o que contribuiria para a consolidação de uma sociedade inclusiva, sendo verificado o efetivo exercício da cidadania. Dessa forma, as reivindicações desses indivíduos vulneráveis e marginalizados, consolidariam-se dentro de um pãramento, que passaria, a partir de então, a sustentar as suas relações sociais, fundamentado-se nos direitos humanos. E, com esses argumentos, na busca da garantia de seus direitos, esses grupos são formados, dentro da esfera pública brasileira, requerendo o estabelecimento de obrigações aos governos, além da efetivação de políticas públicas, bem como proteção de suas liberdades fundamentais.

Para tanto, seria fundamental a valorização da autonomia, diante do reconhecimento de que estes indivíduos não possuem as mesmas condições para acessar e exercer determinados direitos, considerando-se estarem condicionados por processos históricos de opressão, discriminação, dominação e exploração, moldados por diversas questões de ordem cultural, étnica e religiosa.⁹³¹ Portanto, competiria ao Estado e às instituições do Poder Público, garantir que todas as pessoas possam exercer livremente seus direitos sexuais e reprodutivos, situados no marco normativo político e conceitual dos direitos humanos.⁹³²

Cumprir registrar a existência de uma intervenção, através da eleição de representantes do conservadorismo religioso, em posições legislativas e executivas, buscando atuar politicamente como participantes e promotores de debates estabelecidos, na esfera de instituições democráticas, entre distintas forças políticas e cidadãos. E, conforme entendimento de Costa, a inserção dos grupos conservadores na esfera pública implica a negação do pluralismo, ao argumento de que a defesa de uma premissa religiosa implicaria em um aviltamento de outras compreensões morais. Além disso, implicaria, também, numa transgressão do poder público quanto ao princípio de neutralidade do Estado, em relação aos

⁹³⁰ BRASIL. (Constituição Federal 1988).

⁹³¹ LE GOFF, Jacques. *O Nascimento do Purgatório*. Lisboa: Editorial Estampa, 1995, p. 425-430.

⁹³² MORI, Maurizio. *A Moralidade do Aborto: sacralidade da vida e o novo papel da mulher*. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 43-62.

distintos credos, considerando-se ser, este, um requisito da democracia⁹³³, o que será analisado com uma maior profundidade no subtópico a seguir.

3.3.4 *Implicações da presença do Direito canônico no Direito de família brasileiro*

Conforme percebemos, ao longo desta pesquisa, a tradição religiosa sempre esteve presente no Brasil, verificando-se a predominância de determinada orientação confessional, a católica, desde o Brasil Império até os dias atuais.⁹³⁴ No entanto, é notável a presença do pluralismo religioso, bem como da democracia e da laicidade, como fundamentos do Estado Democrático de Direito, num contexto social de uma sociedade pós-secularizada. E, é dentro desta perspectiva, que nos propomos a analisar as implicações da influência do Direito canônico no Direito de família brasileiro, na contemporaneidade. Assim, após termos identificado o espaço ocupado pela religião numa sociedade pós-secular e examinado a possibilidade de separação entre a razão e a religião, iremos discutir a presença católica nos espaços institucionais da esfera pública, diante da necessidade da manutenção dos paradigmas religiosos na sociedade contemporânea, num contexto institucional de laicidade e Estado democrático. Ao final, apresentaremos uma resposta à análise proposta, a partir de posicionamentos de teóricos sobre a matéria.

3.3.4.1 Laicidade como contexto institucional

Tratando-se da laicidade, vale destacar o entendimento do sociólogo e professor norte-americano, Hadden (1936-2003), que afirma que a discussão sobre tal matéria afeta elementos profundos dos intérpretes sociais, que, deixando de tratá-la como uma teoria, a tratam como uma doutrina, ou mesmo, como uma ideologia.⁹³⁵ Já no entendimento do teólogo e professor

⁹³³ COSTA, Maria Emília Corrêa da. Apontamentos sobre a liberdade religiosa e a formação do Estado Laico. In: LOREA, Roberto Arriada. (Org.). *Em defesa das Liberdades Laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 97-116.

⁹³⁴ Segundo o último Censo Demográfico do Brasil, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2010, o número de católicos, no Brasil, representava 64,6% da população, somado ao número de evangélicos (pentecostais e neopentecostais), que representava 22,2% da população, o que totalizou cerca de 87% da população brasileira que exerciam a religiosidade cristã. Registre-se que, neste mesmo censo, foram identificadas 40 religiões distintas, no Brasil, desconsiderando-se as religiões computadas de forma conjunta, as pessoas sem religião ou de religiosidade indefinida. (In: IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2VKTJOB>>. Acesso em: 01 mai. 2019).

⁹³⁵ HADDEN, Jeffrey. *Toward desacralizing secularization theory*. Social Forces 65, 1987, p. 587-611.

francês, Sanchis (1928-2018), a questão envolvendo a laicidade toma contornos de projetos, e, até, de desejos pessoais.⁹³⁶ Diante de tais considerações, propõe-se a presente abordagem sobre a laicidade do Estado, no Brasil, buscando a aplicação da neutralidade mínima, a ser exigida em sua abordagem.

Faz-se necessário ressaltar que, no âmbito constitucional, o Brasil estabelece a separação entre Estado e igreja, e, também, a garantia à liberdade religiosa. E, quanto à garantia da liberdade religiosa, vale destacar a divergência existente entre os teóricos liberais, quanto à distinção entre o caráter público e privado. Assim, alguns destes teóricos entendem que deve haver a distinção entre o caráter privado, em que caberia o livre exercício da religiosidade, e o caráter público, em que caberia uma total imparcialidade quanto à religião. No entanto, um dos principais teóricos do liberalismo político, o professor e filósofo norte-americano, Rawls (1921-2002), entende não ser possível tal distinção, sob o argumento de que a questão religiosa deve ser levada para o espaço público, a fim de que diferentes temas possam ser trabalhados no âmbito social, afirmando que as questões referentes à moralidade, como a religião, não podem se limitar apenas ao âmbito privado.⁹³⁷ Diante de tal entendimento, faz-se necessário que seja definido como conciliar a moralidade com a liberdade e o pluralismo, dentro do espaço jurídico.

Com o fim de garantir a liberdade de crença, a Constituição Federal trata da questão religiosa em diversos dispositivos, sendo que alguns destes dispositivos podem ser considerados como formadores da laicidade, que não é expressa no texto legal. Assim, podendo ser entendida como um princípio, a laicidade, no Brasil, é fortalecida em sua Constituição, pela determinação da democracia (art. 1º), pelas diretrizes de garantia de direitos fundamentais (art. 5º), incluindo aí, a liberdade religiosa, e pela determinação da separação entre igreja e Estado (art. 19, I).

Vale ressaltar que, no Brasil, a laicidade não é plena, sendo que a sua concretização ainda está em construção, segundo entendimento de Zylbersztajn, sob o argumento de que há confusões conceituais sobre o embasamento constitucional da laicidade brasileira. Isto porque a Constituição Federal não é explícita quanto à matéria, tendo sido apresentada como um princípio constitucional implícito, formado pelo contexto de outros elementos constitucionais, tais como democracia, igualdade e liberdade, especialmente a religiosa, fortalecido pela determinação de separação entre Estado e igreja. Além disso, afirma que faz-se necessário

⁹³⁶ SANCHIS, Pierre. Desencanto e formas contemporâneas do religioso. *Ciencias Sociales y Religión/ Ciências Sociais e Religião*, Porto Alegre, año 3, n. 3, p. 27-43, oct. 2001, p. 31. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/CienciasSociaisReligiao/article/view/2168>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

⁹³⁷ RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. XXVII.

considerar a relatividade do princípio da laicidade, associada à proporcionalidade, considerando que não há normas constitucionais absolutas. Ademais, alega que o fundamento democrático de um Estado constitucional exige a imposição de alguns parâmetros que possam possibilitar a presença religiosa na esfera pública. Portanto, defende que a efetivação da laicidade é um processo histórico, sendo construído a partir de condições fáticas e jurídicas; constatando que as instituições democráticas brasileiras ainda são demasiadamente permeáveis à influência religiosa, além do permitido pela Constituição Federal e ponderações democráticas. Ao final, identifica a proteção jurídica e efetivação do princípio, no Brasil, apresentando o grau de laicidade no Estado brasileiro.⁹³⁸

Assim, tem-se o entendimento de que a quebra da unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas, que defendiam o direito individual à “verdadeira fé”, sendo que esta defesa da liberdade religiosa postulava a ideia de tolerância religiosa, associada à proibição de imposição de uma religião oficial pelo Estado. Partindo-se deste pressuposto, alguns autores, citando, dentre eles, Jellinek, identificam a origem dos direitos fundamentais na luta pela liberdade de religião, embora não tenha sido esta a prioridade destas minorias.⁹³⁹ E a questão da laicidade estaria relacionada à liberdade religiosa, coerente com o discurso liberal de cidadania, expresso nas primeiras Declarações de Direitos, sendo que, com o passar do tempo, passa a incorporar a noção de igualdade, inserindo-se na concepção democrática dos Estados modernos.⁹⁴⁰

O professor e antropólogo brasileiro contemporâneo, Oro, explica que laicidade é um neologismo francês, surgido no século XIX, em 1871, no contexto do ideal republicano da liberdade de opinião, em que está inserida a noção de liberdade religiosa; do reconhecimento e aceitação das diversas confissões religiosas; bem como da fundação política do Estado contra a monarquia e a vontade divina.⁹⁴¹ Segundo o jurista mexicano contemporâneo, Blancarte, Estado laico é, em essência, “um instrumento jurídico-político para a gestão das liberdades e direitos do conjunto de cidadãos”⁹⁴², tratando-se de “um regime social de convivência, cujas instituições políticas estão legitimadas principalmente pela soberania popular e já não mais por elementos religiosos”⁹⁴³. O jurista e professor brasileiro contemporâneo, Sarmiento, afirma que

⁹³⁸ ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 14-15.

⁹³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 383.

⁹⁴⁰ ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 18.

⁹⁴¹ ORO, 2008, p. 81.

⁹⁴² BLANCARTE, 2008, p. 25.

⁹⁴³ BLANCARTE, 2008, p. 19.

“a laicidade não significa a adoção pelo Estado de uma perspectiva ateuista ou refratária à religiosidade (...) Pelo contrário, a laicidade impõe que o Estado se mantenha neutro em relação às diferentes concepções religiosas presentes na sociedade”⁹⁴⁴, o que implica reconhecer que a laicidade, assim como a democracia, seria “mais um processo do que uma forma fixa ou acabada em forma definitiva. Da mesma maneira que não se pode afirmar a existência de uma sociedade absolutamente democrática, tampouco existe na realidade um sistema político que seja total e definitivamente laico”⁹⁴⁵.

Portanto, a laicidade pressupõe que o Estado esteja legitimado na soberania popular, em detrimento dos dogmas religiosos, garantindo a igualdade e a liberdade entre os que professam diferentes crenças. Vale ressaltar que a separação institucional entre Estado e igreja é apenas um dos elementos que possibilitam a construção da laicidade.⁹⁴⁶ E “definir a laicidade como um processo de transição de formas de legitimidade sagradas e democráticas ou baseadas na vontade popular, nos permite também compreender que esta (a laicidade) não é estritamente o mesmo que a separação entre Estado-Igrejas”⁹⁴⁷. Nesse sentido, Huaco afirma que a “separação orgânica e formal entre igreja e o Estado foi o fator histórico decisivo para o surgimento do Estado nacional e a primeira forma histórica que assumiu hoje a chamada laicidade do Estado”,⁹⁴⁸ embora a realidade política de países tradicionalmente católicos demonstra a existência de uma “separação” orgânica e institucional, sendo que suas políticas e leis permanecem inspiradas em valores, crenças e princípios religiosos.⁹⁴⁹

Cumprido ressaltar que “a laicidade permite a convivência de diferentes formas de conceber o mundo, sem necessidade que elas tenham que sacrificar sua identidade distintiva em prol de um igualitarismo uniformizador que ignora as peculiaridades próprias”⁹⁵⁰. Portanto, a laicidade pode ser entendida como uma garantia de que deveres jurídicos não serão impostos aos cidadãos com base em premissas aceitáveis apenas aos membros de uma religião específica, considerando-se que as ações políticas devem ser justificadas a partir de argumentos fundados em princípios de justiça aceitáveis por todos.⁹⁵¹ Isto porque direitos poderiam ser negados às minorias religiosas, caso o Estado venha a se apoderar de pressupostos confessionais ao

⁹⁴⁴ SARMENTO, 2008, p. 191.

⁹⁴⁵ BLANCARTE, 2008, p. 20.

⁹⁴⁶ ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 41.

⁹⁴⁷ BLANCARTE, 2008, p. 30.

⁹⁴⁸ HUACO, 2008, p. 35.

⁹⁴⁹ HUACO, 2008, p. 49.

⁹⁵⁰ HUACO, 2008, p. 45.

⁹⁵¹ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. *Liberalismo político, constitucionalismo e democracia. A questão do ensino religioso nas escolas públicas*. Belo Horizonte: Argumentum, 2008, p. 82.

legislar.⁹⁵² E a separação entre igreja e Estado se justifica tanto por vedar a interferência religiosa nas atividades estatais, como o inverso, protegendo as próprias religiões do intervencionismo estatal.⁹⁵³ Portanto, a laicidade do Estado, compreendendo todos seus elementos constitutivos, fortalecidos pela separação orgânica da religião, poderia ser entendida como um instrumento para a garantia da liberdade religiosa, individual e coletiva, e não o contrário,⁹⁵⁴ fazendo com que seja respeitada a autonomia individual, e assegurando às religiões uma ampla margem de auto-regulação, conforme as suas próprias tradições e doutrinas, respeitando-se os direitos fundamentais.⁹⁵⁵

Registre-se que o Brasil segue o modelo de separação entre Estado e igreja, sendo admitida a cooperação entre os mesmos, nos termos do art. 19, I, Constituição Federal, que, embora vede a vinculação do Estado à religião, ressalva a colaboração de interesse público, na forma da lei,⁹⁵⁶ sem, no entanto, definir o nível de colaboração de interesse público. Insta salientar que a proteção jurídica do princípio da laicidade é enfraquecida, diante desta previsão aberta, condicionada ao “interesse público”, possibilitando decisões que podem superar os limites aceitáveis em um Estado laico.⁹⁵⁷ E, com a abertura dos limites da cooperação, “se vulnera (a laicidade) quando, ao confundir os valores e objetivos da sociedade política, a própria organização administrativa assume a satisfação de interesses religiosos como interesses próprios e indiferenciados dos interesses gerais que ela própria representa”⁹⁵⁸. Portanto, a colaboração estatal deve ser geral, evitando-se a discriminação entre as várias religiões.⁹⁵⁹

Cumprir registrar que a Constituição brasileira não apresenta nenhuma declaração, explícita, sobre a laicidade do Estado. No entanto, “poucas são as constituições que, de maneira explícita, não deixam lugar a dúvidas sobre o caráter laico do Estado e do pluralismo religioso e ideológico, dando preferência a fórmulas ambíguas e pouco claras sobre as relações entre o Estado e o fator religioso”⁹⁶⁰. Diante deste fato, prevalece, no Brasil, o entendimento de que a laicidade poderia ser compreendida como um princípio constitucional implícito, conforme definido por Alexy,⁹⁶¹ como sendo um mandado de otimização que deve ser cumprido na

⁹⁵² HUACO, 2008, p. 46.

⁹⁵³ ALMEIDA, 2008, p. 83.

⁹⁵⁴ ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 52.

⁹⁵⁵ ALMEIDA, 2008, p. 83.

⁹⁵⁶ BRASIL. (Constituição 1988), art. 19.

⁹⁵⁷ ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 45.

⁹⁵⁸ HUACO, 2008, p. 62.

⁹⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 244.

⁹⁶⁰ HUACO, 2008, p. 60.

⁹⁶¹ Nesta perspectiva, a fim de que seja possível prosseguirmos com a análise da proteção jurídica da laicidade, no Brasil, faz-se necessária apresentar a distinção entre princípios e regras. E, segundo o jurista e filósofo alemão

medida das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, podendo, eventualmente, ceder, em hipóteses específicas, diante de uma ponderação com algum outro princípio constitucional contraposto, considerando-se o princípio da proporcionalidade.⁹⁶² E os desdobramentos concretos dessa diferença estrutural serão explícitos, ao analisarmos a efetivação da laicidade no Brasil. Isto porque, entendida como um princípio constitucional, serão cabíveis ponderações, revisões legislativas, definições por meio de decisões judiciais, o que fortaleceria a sua proteção jurídica, afastando a posição que entende a laicidade como uma norma constitucional de eficácia plena.

Assim, compreendida, a laicidade, como um princípio constitucional implícito, no Brasil, faz-se necessário analisar o grau de laicidade, que pode ser aferido pela presença dos seguintes elementos constitucionais e democráticos, conforme elencados por Huaco:

a) separação orgânica das funções, assim como autonomia administrativa recíproca entre os agrupamentos religiosos e o Estado; b) o fundamento secular da legitimidade e dos princípios e valores primordiais do Estado e do Governo; c) a inspiração secular das normas legais e políticas públicas estatais; d) a neutralidade, ou imparcialidade frente às diferentes cosmovisões ideológicas, filosóficas e religiosas existentes na sociedade⁹⁶³.

Partindo-se desse pressuposto, torna-se possível a exigência de ações estatais para a garantia jurídica do princípio constitucional, como o seu suporte fático, buscando preservar a igualdade entre as diversas confissões, bem como garantir a liberdade religiosa, com base na relação de separação entre Estado e igreja, prevista constitucionalmente, em seu art. 19, I. E isto é o que irá definir o grau de laicidade instaurado no país. Vale ressaltar que, no Brasil, a secularização da sociedade avança, enquanto a laicidade do Estado está freada.⁹⁶⁴

contemporâneo, Alexy, *conforme a estrutura*, os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁹⁶¹. Já as regras são normas que fixam “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” e, por essa razão, devem ser sempre satisfeitas ou não satisfeitas, sendo necessário que se faça exatamente conforme exigido, sendo válidas.⁹⁶¹ A distinção entre princípios e regras, apresentada por Alexy pressupõe um forma qualitativa, conforme a sua estrutura e forma de aplicação. E, quanto à *forma de aplicação*, nos princípios, esta é determinada por meio das chamadas “relações condicionadas de precedência”, fixadas por meio de sopesamento ou ponderação, buscando definir qual princípio deve prevalecer diante das condições do caso em questão.⁹⁶¹ Já as regras devem ser consideradas válidas, e, portanto, aplicadas, com base em critérios pré-definidos, como a sucessão cronológica, a superioridade hierárquica ou a relação de especialidade entre as normas conflitantes, o que conduz ao entendimento de que o conflito entre regras deve ser resolvido na *dimensão da validade*, enquanto, a colisão entre princípios, ocorre, para além dessa dimensão, na *dimensão do peso*. (In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94).

⁹⁶² SARMENTO, 2008, p. 190-191.

⁹⁶³ HUACO, 2008, p. 42.

⁹⁶⁴ Segundo o OLE, é possível considerar que o processo de secularização (sociedade) abrange a laicização (Estado), ou poderiam ser considerados fenômenos independentes, elencando diversos cenários possíveis: a) de países que mantêm estreita relação com uma sociedade religiosa, havendo uma religião de Estado, embora a

Por fim, insta salientar que o princípio da laicidade, entendido como elemento inspirador de nosso ordenamento jurídico, é um produto do processo de secularização e de modernização do Estado, assim como a preponderância dos Direitos humanos e das liberdades fundamentais, na contemporaneidade.⁹⁶⁵ Assim, pode ser entendido como “um princípio constitutivo do Estado Democrático de Direito moderno que se projeta sobre todas os ramos do Direito e todas as políticas públicas do Estado”⁹⁶⁶, tema que será tratado no próximo subtópico.

3.3.4.2 Estado democrático de Direito como contexto institucional

O cientista político norte-americano, Dahl (1915-2014) identificou três formas de democracia como modelos ideais: a) a democracia que limita o Estado pelas leis, e não pelos homens; b) a democracia fundada na soberania da maioria; e c) a democracia baseada em pré-requisitos sociais que garantam a livre expressão do voto, a prevalência das decisões mais votadas e o controle das decisões por parte dos eleitos.⁹⁶⁷ Desenvolvendo sua teoria, Dahl entende que, para que um governo seja capaz de responder às demandas dos cidadãos, considerados politicamente como iguais, todos eles devem ter acesso à oportunidade de formular suas preferências (demandas), bem como expressar essas preferências à sociedade e ao governo por meio de ação individual ou coletiva, além de terem tais preferências avaliadas por parte do governo, de maneira igualitária e sem discriminação. E, considerando-se cada uma dessas oportunidades, faz-se necessário a observância de alguns requisitos, tais como: a) a liberdade de associação e expressão; b) o direito ao voto e possibilidade de competir por apoio; c) o acesso a meios alternativos de informação; d) a elegibilidade para cargos públicos, em eleições livres e justas; e e) instituições capazes de elaborar políticas públicas de acordo com a expressão das preferências manifestadas.⁹⁶⁸

sociedade seja bastante secularizada, como a Grã-Bretanha e a Dinamarca; b) de países que têm um Estado laico, numa sociedade com instituições permeadas pelo sagrado, como os Estados Unidos e a Índia; c) de países que ocupam posições intermediárias e transitivas, como a Argélia e a Turquia, em que o Estado laico sofre fortes pressões para fundir-se com o Islamismo dominante na sociedade, assumindo as prescrições corânicas para o corpo político; d) de países em que a secularização da sociedade avança enquanto a laicidade do Estado está freada, como o Brasil e a Itália. (In: UFRJ. Núcleo de Estudos de Políticas Públicas em Direitos Humanos (OLÉ). Conceituação: Laicidade do Estado e secularização da sociedade. Disponível em: <<http://bit.ly/2VwIdkA>>. Acesso em: 11 mai. 2019).

⁹⁶⁵ HUACO, 2008, p. 39.

⁹⁶⁶ HUACO, 2008, p. 40.

⁹⁶⁷ DAHL, Robert. *A preface to democracy theory*. Chicago: University of Chicago Press, 1956, p. 63-64.

⁹⁶⁸ DAHL, 1971. p. 1-3.

Nesta perspectiva, podemos perceber que o conceito de democracia apresentado por Dahl estaria relacionado à forma de participação popular, bem como à absorção de suas demandas majoritárias, no âmbito governamental. Disso decorrem os questionamentos quanto à abrangência da soberania da maioria, na eventualidade de significar restrição de direitos à minoria. E, daí, se insere o dualismo da democracia em relação ao constitucionalismo.⁹⁶⁹ Isto porque a democracia não pode se valer de um poder absoluto ou ilimitado, embora seja a vontade da maioria da sociedade, sendo que o constitucionalismo assume o papel de salvaguardar os direitos fundamentais, garantindo o seu exercício pelas minorias, evitando a sua discriminação.

E, é neste contexto, que se inclui a discussão da proteção ao princípio da laicidade. Uma vez que o Estado laico encontra sua legitimidade no povo, é natural compreendermos a associação entre laicidade e democracia representativa, como ressalta Blancarte.⁹⁷⁰ E, no caso do Brasil, em que, segundo dados do IBGE/2010, 64,6% da sua população professam a religião católica, seria admissível que os valores religiosos da maioria orientassem as ações do Estado frente a todos os cidadãos?

Conforme Habermas, “a ideia dos direitos humanos e da soberania do povo determinam a autocompreensão normativa dos Estados de direito democráticos”, sendo que:

O almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação - necessárias para uma legislação política autônoma - possam ser institucionalizadas juridicamente. O sistema de direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política. As instituições normativas, que unimos aos direitos humanos e à soberania do povo, podem impor-se de forma não-reduzida nos sistemas dos direitos, se tomarmos como ponto de partida que o direito às mesmas liberdades de ação subjetivas, enquanto direito moral, não pode ser simplesmente imposto ao legislador soberano como barreira exterior, nem instrumentalizado como requisito funcional para seus objetivos.⁹⁷¹

Nesse sentido, tem-se o entendimento do jurista brasileiro contemporâneo, Almeida, que afirma que, embora seja difícil desvincular a identidade de uma democracia constitucional dos valores culturais da maioria, faz-se necessário ter uma identidade constitucional mais

⁹⁶⁹ “Técnica jurídica que garante aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e ao mesmo tempo coloca o Estado em condições de não os poder violar”. (In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: UNB, 2004, p. 247.)

⁹⁷⁰ BLANCARTE, 2008, p. 20.

⁹⁷¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 128.

abstrata, aberta para a inclusão, a fim de que seja possível garantir um tratamento igualitário para todos.⁹⁷² Caso contrário, como sustenta o mesmo autor, “ocorre a mera assimilação das minorias aos valores culturais da maioria – o que torna a comunidade política hostil ao pluralismo”⁹⁷³.

Portanto, no caso do Brasil, a religião católica, mesmo sendo a religião predominante na população, não poderia impor-se àqueles que não professam a mesma fé, o que violaria direitos fundamentais da minoria. Além disso, não seria cabível a discussão democrática com o uso de argumentos baseados em dogmas, no contexto institucional de um Estado laico e de uma democracia constitucional. Nesse sentido, a laicidade, como princípio complexo, precisa que seu embasamento constitucional encontre uma estrutura político-institucional para sua efetivação. Assim, além de ser discutido se o Estado laico supõe que o direito exclua a religião, faz-se necessário abordar, também, a relação da política com essas diretrizes.⁹⁷⁴ E, conforme Esquivel, “a consolidação do processo da laicidade necessitará de uma transformação profunda no arraigado *modus operandi* dos dirigentes políticos e da aceitação por parte da igreja da nova conformação da sociedade”⁹⁷⁵, o que nos conduz à análise da regulamentação desta relação, conforme será feito no subtópico a seguir.

3.3.5 A regulamentação da relação entre os interlocutores do Direito Canônico e os interlocutores do Direito de família brasileiro

Ao longo deste trabalho, pudemos constatar a presença do Direito Canônico no Direito de família brasileiro, desde a sua formação, persistindo na contemporaneidade, embora tenha sido reduzida, diante dos novos paradigmas norteadores do nosso atual ordenamento jurídico. Diante desta constatação, apresentaremos a seguir, algumas propostas, estabelecidas para regular esta relação entre a religião, representada, na abordagem desta pesquisa, pelo Direito canônico, e a instituição da esfera pública, sendo, especificamente, considerado o Direito de família brasileiro, na contemporaneidade.

No início deste capítulo, percebemos que a integração social associa-se à razoabilidade e racionalidade dos custos sociais, assumidos pelos cidadãos religiosos e seculares e pelas comunidades políticas, quanto ao processo de estabilização da sociedade, por meio das

⁹⁷² ALMEIDA, 2008, p. 99.

⁹⁷³ ALMEIDA, 2008, p. 100.

⁹⁷⁴ ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 84.

⁹⁷⁵ ESQUIVEL, 2008, p. 127.

instituições sociais, embora o dissenso seja uma característica dos regimes democráticos liberais, marcados pelo pluralismo e pelo multiculturalismo de ideias e convicções. Também examinamos a esfera pública, a partir de Habermas, podendo ser entendida como o espaço em que ocorrem as interações discursivas entre certos indivíduos, que fazem uso da racionalidade comunicativa e se orientam pelo entendimento mútuo e agir cooperativo. E, em razão do potencial racional de seus fluxos comunicativos, constitui-se em um espaço onde ocorrem processos de aprendizagem social, em que a tradução de razões não-públicas para a linguagem política (razões públicas) poderia ocorrer a partir do Proviso (Rawls), bem como a partir da tradução cooperativa de conteúdos religiosos (Habermas). Assim, há o entendimento de que seria necessária uma “concepção política de justiça”, que serviria de fundamento quanto aos princípios, critérios, preceitos e normatização legal, além da aplicação da tolerância, pelos cidadãos e instituições, na efetivação da laicidade, face à legitimidade de interferência religiosa na construção democrática, diante das questões morais e políticas que envolvem a identidade, a alteridade, a inclusão e o reconhecimento. E, para que seja possível a ocorrência de tais processos de aprendizagem, faz-se necessário que a esfera pública seja pensada a partir do agir comunicativo, como também, a partir da própria institucionalização política da esfera pública, por meio dos discursos produzidos pelas instituições da sociedade civil, capazes de articular problemas, soluções, temas e contribuições, esquecidos pelo mercado e pela burocracia estatal.

No entanto, o recurso à ideia de razão pública, expressa sob a forma do Proviso, formulada por Rawls, e a tradução cooperativa de conteúdos religiosos, de Habermas, enquanto respostas ao problema da inclusão de cidadãos crentes no debate político travado na esfera pública das sociedades pós-seculares, levantam uma série de questionamentos, que serão analisados nos subtópicos a seguir.

3.3.5.1 O proviso, em Rawls

Conforme entendimento de Rawls, a razão pública é “característica de um povo democrático, daqueles que compartilham o status da cidadania igual”⁹⁷⁶, possibilitando que exerçam o poder político e a coerção, através da promulgação das leis e emenda da constituição.⁹⁷⁷ No entanto, segundo o mesmo autor, nem todas as razões podem ser

⁹⁷⁶ RAWLS, 2000, p. 261.

⁹⁷⁷ RAWLS, 2000, p. 261.

consideradas públicas, “pois temos as razões não públicas de igrejas, universidades e de muitas outras associações da sociedade civil”⁹⁷⁸. Assim, explica que a razão pública aplica-se apenas a questões que envolvam “elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica”⁹⁷⁹. Portanto, Rawls afirma que a razão pública é a razão dos cidadãos; o objeto da razão pública é o bem público e as questões de justiça fundamental; quanto à natureza e o conceito de razão pública, estes são determinados pelos ideais e princípios do modelo de justiça política da sociedade.⁹⁸⁰ Dessa forma, para o autor, a razão pública deve ser entendida como um ideal de cidadania e justiça política, aplicável a uma democracia constitucional, devendo ser respeitada pelos cidadãos.⁹⁸¹

Nesta perspectiva, afirma que o ideal da razão pública requer “que os cidadãos apelem somente para uma concepção pública de justiça, e não para a verdade como um todo, tal como a veem”⁹⁸². Nesse sentido, ainda que a religião católica, dentre uma diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais, desempenhe um determinado papel na vida dos indivíduos, ligados à igreja católica, que tem uma presença marcante na sociedade civil brasileira, o ideal da razão pública requer que os cidadãos apelem, somente, para uma concepção pública de justiça. Isto porque, com fundamento no liberalismo político, Rawls entende que, quando questões políticas fundamentais estão no centro do debate político, os cidadãos devem exercer o poder político da coerção, através da defesa e do voto em princípios e políticas, sustentados pelos valores políticos da razão pública, podendo ser justificados por meio do recurso a “uma constituição cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossassem, à luz de princípios e ideais aceitáveis para eles, enquanto razoáveis e racionais”⁹⁸³. Portanto, tratando-se da deliberação pública, a propósito da resolução de conflitos, o princípio de legitimidade liberal requer que os cidadãos ouçam uns aos outros, numa atitude equânime, buscando obter o consenso acerca do que se deveria fazer, num exercício de conciliação de pontos de vista sobre a razão pública. Nesse sentido, Rawls afirma que:

Enquanto razoáveis e racionais, e sabendo-se que endossam uma grande diversidade de doutrinas religiosas e filosóficas razoáveis, os cidadãos devem estar dispostos a explicar a base de suas ações uns para os outros em termos que cada qual razoavelmente espere que outros possam aceitar, por serem coerentes com a liberdade e igualdade dos cidadãos. Procurar satisfazer essa condição é uma das tarefas que e

⁹⁷⁸ RAWLS, 2000, p. 126.

⁹⁷⁹ RAWLS, 2000, p. 261.

⁹⁸⁰ RAWLS, 2000, p. 261.

⁹⁸¹ RAWLS, 2000, p. 261.

⁹⁸² RAWLS, 2000, p. 265.

⁹⁸³ RAWLS, 2000, p. 266.

sse ideal de política democrática exige de nós. Entender como se portar enquanto cidadão democrático inclui entender um ideal de razão pública.⁹⁸⁴

A partir de tal atitude, seria alcançado o consenso sobreposto, obtido entre doutrinas abrangentes e razoáveis, à luz do respeito ao dever de civilidade, por cidadãos que exercitam a sua autonomia política. Assim, durante o processo de justificação normativa, Rawls procura corroborar a conjectura do liberalismo político, em que “direitos e deveres, assim como os valores em questão, têm peso suficiente para que os limites da razão pública sejam justificados pelas avaliações globais das doutrinas abrangentes razoáveis, uma vez que essas doutrinas tenham se adaptado à concepção de justiça”⁹⁸⁵.

Dessa forma, a “concepção política de justiça” pretende orientar as instituições quanto a princípios, critérios e preceitos aplicáveis, bem como a expressão das normas pelos seus membros. E Rawls aponta as características desta “concepção política de justiça”, sendo que a primeira delas estaria relacionada ao seu objetivo específico, de caráter moral, dirigido para instituições políticas, sociais e econômicas, formando a “estrutura básica” de cooperação social. A segunda característica estaria relacionada à abrangência da concepção de justiça, que deve ser capaz de ser compartilhada (ou minimamente aceita) por todos os membros da sociedade, conferindo-lhe um caráter “autossustentável”⁹⁸⁶. Já a terceira característica da “concepção política de justiça”, entende referir-se ao seu conteúdo, expresso por certas ideias fundamentais, consideradas implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática, constituída pelas instituições políticas de um regime constitucional, pelas tradições públicas de sua interpretação (inclusive as do judiciário), e pelos textos e documentos históricos de conhecimento geral.⁹⁸⁷

Com isso, Rawls procura estabelecer uma mediação entre a doutrina abrangente de cidadãos religiosos e a doutrina abrangente de cidadãos não-religiosos no debate público, consolidando-se um novo posicionamento relacionado à regulamentação do papel da religião na esfera pública, em relação aos outros dois posicionamentos clássicos já existentes, a saber:

⁹⁸⁴ RAWLS, 2000, p. 267.

⁹⁸⁵ RAWLS, 2000, p. 268.

⁹⁸⁶ RAWLS, 2000, p. 54.

⁹⁸⁷ RAWLS, 2000, p. 56.

o secularismo dogmático⁹⁸⁸ e o fundamentalismo religioso⁹⁸⁹. Partindo-se desse pressuposto, no caso de cidadãos crentes introduzirem argumentos de origem religiosa na esfera pública política, tem-se o Proviso, em Rawls, mediante a tradução de razões não-públicas para razões públicas.

Contudo, surge um problema, no momento em que cidadãos crentes são chamados a tomar posicionamentos, no debate público, acerca de questões políticas de interesse coletivo, sobretudo, as controversas, como as apresentadas neste trabalho, no que se refere aos direitos sexuais e reprodutivos das novas famílias existentes. Isto porque, diante de tais questões, considerando-se a proibição de introdução de razões não-públicas, nos debates políticos, em respeito à laicidade do Estado constitucional liberal, ocorreria uma cisão na identidade destes indivíduos. Com isso, por meio da aplicação da teoria de Rawls, seria estabelecida a separação entre fé e razão na política, a fim de ser preservada a autonomia da esfera política, o que não seria viável, considerando-se o pluralismo razoável,⁹⁹⁰ presente na democracia liberal em que vivemos. Segundo Araujo, a posição assumida por Rawls não pode ser descrita nem como exclusivista nem como inclusivista⁹⁹¹, sendo levantadas algumas objeções quanto à estreiteza da estratégia de argumentação do autor, ao justificar o papel da religião na cultura democrática do liberalismo político, diante da aplicação da tradutibilidade dos conteúdos religiosos, cujo lugar na esfera pública é reivindicado pelos cidadãos crentes.⁹⁹²

⁹⁸⁸ Segundo Ranquetat, os processos de laicização e secularização, em seus estágios e momentos mais radicais e intensos, podem levar ao surgimento de religiões seculares e laicas. Nesse sentido, o laicismo e/ou secularismo poderia ser definido como uma ideologia, uma visão de mundo alternativa às religiões históricas, sendo concebido como um projeto político, que advoga uma revolução cultural, e, assim, uma total transformação da ordem social e das mentalidades. (In: RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. *Laicidade à brasileira: um estudo sobre a controvérsia em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos*. Porto Alegre, 2012, 321 p. Tese (Doutorado) – Instituto de de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/2FLZibX>>. Acesso em: 01 jun. 2019, p. 37-38).

⁹⁸⁹ O termo fundamentalismo remete a fundamentos, bases teóricas de uma expressão cultural, está correlato à crença na interpretação literal dos livros sagrados. (In: DREHER, M. N. *Para entender o fundamentalismo*. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 38-39).

⁹⁹⁰ O pluralismo razoável é definido como sendo “o fato de que uma pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis e conflitantes, religiosas, filosóficas e morais, é o resultado normal da sua cultura de constituições livres”. (In: RAWLS, 2004, p. 173-174).

⁹⁹¹ Tratando-se da religião na esfera pública política, duas são as posições clássicas admitidas: 1ª) a exclusivista (separatista), em que as esferas da religião e da política são distintas, separadas e incomunicáveis; e 2ª) a inclusivista (integracionista), que reconhece a legitimidade da intervenção da religião no espaço público da política democrática, não havendo qualquer tipo de restrição quanto à inserção de conteúdos religiosos nos debates públicos. (In: ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. John Rawls e a visão inclusiva da razão pública. *Dissertatio*, Pelotas, n. 34, 2011, p. 95-105, p. 99; ARAUJO, 1996, p. 99).

⁹⁹² ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. *Pluralismo e justiça: estudos sobre Habermas*. São Paulo: Loyola, 2010, p. 149-150.

Nesta perspectiva, na defesa da preservação do princípio da liberdade de consciência e o princípio da igualdade cívica, Rawls, também, deve considerar a conservação do princípio da laicidade do Estado constitucional liberal. Isto porque, levando-se em conta o fato do pluralismo razoável, presente no contexto de sociedades pluralistas e multiculturalistas, cidadãos religiosos e seculares poderiam sofrer restrições assimétricas de direitos e deveres, em razão da aplicação de determinadas normas. Inicialmente, Rawls acreditava que o consenso sobreposto seria capaz de produzir unidade entre doutrinas abrangentes razoáveis e uma concepção política de justiça. No entanto, após reconhecer o fato do pluralismo razoável, admitiu que qualquer concepção política de justiça, tendo em vista a compatibilização entre doutrinas abrangentes razoáveis, não respeitará o pluralismo razoável, na medida em que convergirá em uma forma de “concepção filosófica e moral ampla projetada no domínio político”⁹⁹³, sujeitando-se a um desacordo razoável, como qualquer outra doutrina abrangente, “carecendo de base moral compartilhada capaz de transcender o pluralismo dos valores e prover uma sólida unidade social sustentada pela concepção de justiça”⁹⁹⁴.

Assim, considerando o fato do pluralismo razoável, associado ao perigo da restrição normativa de direitos e deveres entre cidadãos religiosos e seculares, no interior de um Estado constitucional democrático liberal, Rawls questiona a possibilidade daqueles que sustentam doutrinas religiosas assumirem, de forma simultânea, uma concepção política razoável que sustente um regime democrático constitucional razoável, no que se refere à compatibilidade de doutrinas.⁹⁹⁵ Nesse sentido, apresenta as seguintes questões:

Como é possível que cidadãos de fé sejam membros dedicados de uma sociedade democrática, que endossam os ideais e valores políticos intrínsecos da sociedade e não simplesmente aquiescem ao equilíbrio das forças políticas e sociais? Expresso mais nitidamente: Como é possível ou será possível - que os fiéis, assim como os não-religiosos (seculares), endossam um regime constitucional, mesmo quando suas próprias doutrinas abrangentes podem não prosperar sob ele e podem, na verdade, declinar?⁹⁹⁶

Procurando responder a tais questões, relacionadas à coexistência e cooperação entre cidadãos religiosos e seculares, Rawls especifica a cultura política pública em contraste com a cultura política de fundo⁹⁹⁷, sendo proposta a aplicação do proviso, em que doutrinas

⁹⁹³ ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. Razão pública e pós-secularismo: apontamentos para o debate. *Ethic@*, Florianópolis, n. 3, v. 8, 2009, p. 155-173, p. 156; ARAUJO, 2010, p. 151.

⁹⁹⁴ ARAUJO, 2010, p. 156; ARAUJO, 2009, p. 151.

⁹⁹⁵ RAWLS, 2004, p. 196.

⁹⁹⁶ RAWLS, 2004, p. 196.

⁹⁹⁷ Trata-se do local em que se expressam as doutrinas abrangentes, constituindo-se num fórum das razões não-

abrangentes razoáveis, religiosas ou não-religiosas, poderiam ser introduzidas na discussão política pública, desde que sejam apresentadas razões políticas adequadas, sendo desconsideradas as razões dadas unicamente por doutrinas abrangentes.⁹⁹⁸ Vale ressaltar que a razão pública rawlsiana restringe-se à avaliação daquilo que deve contar como argumento aceitável, no fórum político público para discutir e decidir questões fundamentais de justiça política, considerando-se o fato do pluralismo e a suposição do caráter razoável dos indivíduos, não sendo exigido que os cidadãos se desvinculem dos seus valores seculares ou religiosos.⁹⁹⁹ Isto porque, tratando-se da cultura política de uma sociedade democrática, Rawls afirma “que a diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes e razoáveis não é uma simples condição histórica que pode desaparecer logo; é um traço permanente da cultura pública da democracia”¹⁰⁰⁰. Portanto, a aceitação do pluralismo é condição primária da democracia, caso contrário, “uma única doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente só poderia ser mantida pelo uso opressivo do poder estatal”¹⁰⁰¹.

Assim, a ideia de razão pública encerra a premissa de que, durante o procedimento argumentativo de fundamentação de normas, bem como na tomada de posição no debate político público, cidadãos crentes e profanizados sejam capazes de recorrer a princípios constitucionais, como se fossem funcionários do governo, levando em consideração na determinação da razão pública, o critério da reciprocidade, responsável pela mediação entre a imparcialidade e a vantagem mútua, lastro do princípio da legitimidade política.¹⁰⁰² E, tal ideia de razão pública realiza-se no fórum político público (cultura política pública), na sociedade política, em seus três níveis: no discurso dos juízes, especialmente, dos juízes de um tribunal supremo; no discurso dos funcionários de governo, especialmente, executivos e legisladores principais; e no discurso dos candidatos a cargo público e de seus chefes de campanha, especialmente no discurso público, nas plataformas de campanha e declarações políticas.¹⁰⁰³

públicas, sendo uma cultura social da sociedade civil, em que se incluem as igrejas, as associações profissionais e de ensino, as escolas, as universidades e as sociedades científicas. Rawls também se refere à cultura política não-pública, composta pelos meios de comunicação - jornais, revistas, televisão, rádio, e hoje, as internet e as redes sociais. A mediação entre a cultura política pública e a cultura de fundo seria feita pela cultura política não-política. (In: RAWLS, 2004, p. 177).

⁹⁹⁸ RAWLS, 2004, p. 200-201.

⁹⁹⁹ ARAUJO, 2011, p. 95.

¹⁰⁰⁰ RAWLS, 2000, p. 80.

¹⁰⁰¹ RAWLS, 2000, p. 81.

¹⁰⁰² ARAUJO, 2010, p. 153.

¹⁰⁰³ RAWLS, 2004, p. 176.

Portanto, a partir de tal entendimento, espera-se que cada cidadão viabilize uma racionalidade razoável, buscando compreender a “concepção política de justiça”, tendo o princípio da laicidade como determinante para a garantia da pluralidade social e respeito aos direitos fundamentais, comprometendo-se com a construção de uma sociedade justa e democrática. Por outro lado, Rawls indica o Estado, por meio das suas instituições, como responsável pelo fortalecimento da razoabilidade política, não deixando-a, exclusivamente, a cargo das pessoas.¹⁰⁰⁴ E também afirma que o ideal de razão pública é distinto da ideia de razão pública, ao argumento de que este ideal só seria concretizado, ou mesmo, satisfeito, no momento em que juízes, legisladores, executivos principais e outros funcionários do governo, bem como candidatos a cargos públicos, passem a atuar, considerando-se a ideia de razão pública, procurando segui-la, explicando aos demais cidadãos as razões que sustentam as posições políticas fundamentais, em função da concepção política mais razoável.¹⁰⁰⁵ Assim entendido, as restrições da razão pública aplicam-se diretamente aos juízes, legisladores e administradores, que teriam o dever cívico e jurídico de seguir tal concepção, e, indiretamente, aos demais cidadãos, que teriam apenas o dever moral de a seguirem.¹⁰⁰⁶

Nesse sentido, Rawls afirma que os cidadãos devem perceber o seu papel, dentro do conjunto social, de maneira racional e razoável, o que fará com que sejam submetidos a regras sociais gerais, confiando que todos os demais membros da sociedade farão o mesmo.¹⁰⁰⁷ Isso representa o que Rawls chama de “limites do juízo”, que permite que diferentes pessoas se percebam dentro de uma mesma estrutura social como iguais, ainda que não vivam todos do mesmo modo.¹⁰⁰⁸ Desta maneira, afirma que não é necessário que todos os cidadãos concordem entre si a respeito do que é melhor para cada um, mas que entendam o pluralismo e a possibilidade de pessoas viverem de formas diferentes, dentro de um espectro razoável de normas comuns, o que seria uma postura decorrente de uma “concepção política de justiça”¹⁰⁰⁹.

E, buscando identificar a linha divisória entre a legitimidade democrática da participação pública da religião e a preservação da garantia constitucional da laicidade, seria possível admitir a presença da igreja, como *amicus curiae*, em ambientes institucionais como o STF, por exemplo, sendo considerada democrática, desde que o nível de abertura do Estado e suas consequências reverberem na concretização do princípio da laicidade. E a admissão de tal

¹⁰⁰⁴ ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 93.

¹⁰⁰⁵ RAWLS, 2004, p. 178.

¹⁰⁰⁶ ALMEIDA, 2008, p. 133.

¹⁰⁰⁷ RAWLS, 2000, p. 93.

¹⁰⁰⁸ RAWLS, 2000, p. 97.

¹⁰⁰⁹ RAWLS, 2000, p. 53.

conduta, trata-se da efetivação do controle institucional, conforme proposto por Rawls, considerando-se que o discurso religioso seria permitido sem restrições, desde que incorporado às decisões, conforme a razão pública. Sobre o assunto, Almeida explica que o controle institucional dessa racionalidade seria feito diante da institucionalização das decisões, respeitando-se as normas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, levando a um discurso independente das concepções dos que o fundamentaram originalmente.¹⁰¹⁰ E este mesmo autor, ainda, ressalta que a aceitação dos limites do juízo estaria relacionada à aceitação de uma certa inconclusividade quanto a algumas questões fundamentais, que não apresentam resposta definitiva. Isto porque, de modo geral, todos supõem que certas respostas seriam corretas, estando fundamentadas em seu sistema de crenças (religiosas, metafísicas, científicas). No entanto, os cidadãos de uma democracia constitucional, comprometidos com a igualdade de todos, precisariam rejeitar algumas formas de lidar com essas questões inconclusivas, sem resposta comum a todos, buscando soluções universais: a) ao aguardarem que as soluções universais apareçam, ao argumento de que as questões jamais terão resposta que atendam a todas as convicções, sendo que a falta de resposta, no entanto, não deveria impedir que soluções sejam buscadas para atender às demandas e necessidades sociais; b) ao aceitarem a ilegitimidade de imposição de uma crença moral dogmática sobre quem não a aceita, considerando-se que cada pessoa poderia decidir por si sobre alguns temas, desde que não sejam violados direitos fundamentais, nem mesmo desrespeitados princípios constitucionais.¹⁰¹¹

Em face do exposto, percebemos que o proviso, conforme proposto em Rawls, apoiando-se em noções de legitimidade política e de ética da cidadania, próprias das democracias constitucionais, adota uma justificação normativa fundada em razões publicamente acessíveis, requerendo dos cidadãos certa moderação no uso de argumentos religiosos, ao tratarem do exercício do poder coercitivo e dos termos fundamentais da cooperação política. No entanto, embora tal teoria tenha ocupado um lugar de destaque, tratando-se da integração entre religião e esfera pública, suscita uma série de críticas.

E, segundo a filósofa e professora espanhola contemporânea, Lafont, tal proposta colocaria em risco a integração social entre os respectivos grupos de cidadãos, considerando-se que o proviso requer dos cidadãos religiosos uma atitude epistêmica autorreflexiva acerca dos limites de suas crenças e práticas e o reconhecimento da autoridade da ciência e a laicidade do

¹⁰¹⁰ ALMEIDA, 2008, p. 132.

¹⁰¹¹ ALMEIDA, 2008, p. 42-44.

Estado, cindindo a identidade do indivíduo em um papel privado e outro público.¹⁰¹² Também o filósofo brasileiro contemporâneo, Araujo, afirma que a exigência de tradutibilidade dos conteúdos religiosos, razões não-públicas, presentes na doutrina abrangente de cidadãos crentes implicaria em uma distribuição assimétrica dos deveres de cidadania entre estes e os cidadãos não-crentes, acostumados a um modelo de argumentação que recorre à razões públicas. Isto porque as cargas de juízo, supostamente distribuídas simetricamente entre os cidadãos, já que haverão de entender-se sobre o desacordo razoável produzido pelas doutrinas abrangentes, acabarão por impor restrições quanto à liberdade política e de consciência dos cidadãos crentes, ferindo-lhes a liberdade e a igualdade, defendidas pelo liberalismo político.¹⁰¹³ Além disso, Araujo entende que esta posição de Rawls é inclusivista fraco ou moderada, considerando-se não restringir o papel da religião na esfera pública, de forma absoluta, impondo-lhe a justificação pública de seus argumentos.¹⁰¹⁴ Partindo-se desse pressuposto, no próximo subtópico, iremos analisar a possibilidade de uma forma de inclusivismo de conteúdos religiosos, a partir de Habermas, apresentando a concepção de justiça política proposta para formular sua justificação.

3.3.5.2 A tradução cooperativa de conteúdos religiosos, em Habermas

Embora guardem diferenças quanto ao exercício da influência da religião na esfera pública política, Rawls e Habermas estão de acordo quanto ao fato de que a legitimidade do processo de justificação normativa de qualquer concepção política de justiça requer razões públicas, não importando o conteúdo normativo das doutrinas compreensivas ou das visões de mundo, sendo que a prioridade do justo sobre o bem, associada ao ideal de neutralidade, tornam possível o pluralismo das formas de vida.¹⁰¹⁵ Neste sentido, Oliveira afirma que “as premissas do liberalismo político são, portanto, acatadas por Habermas desde que possam evitar a privatização do debate religioso e que permitam uma ampliação e transformação pragmático-

¹⁰¹² LAFONT, *Religion and the public sphere*: What are the obligations of democratic citizenship? In: CALHOUN, Craig; MENDIETA, Eduardo; VANANTWERPEN, Jonathan. *Habermas and religion*. Cambridge: Polity Press, 2013, p. 13.

¹⁰¹³ ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. *Religião e modernidade em Habermas*. São Paulo, Loyola, 1996, 97; ARAUJO, 2011, p. 97.

¹⁰¹⁴ ARAUJO, 1996, p. 100.

¹⁰¹⁵ ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. A ideia rawlsiana da razão pública como tréplica à crítica habermasiana. In: OLIVEIRA, Nythamar de; SOUZA, Draiton Gonzaga de (Orgs.). *Justiça global e democracia: homenagem a John Rawls*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 353-367, p. 355.

semântica da esfera pública, onde se discute o que seja, afinal, razoável”¹⁰¹⁶. Assim, segundo Habermas, além do que o proviso requer, deve ser considerada, ainda, a possibilidade de verdade de outras religiões, e o potencial heurístico e semântico-normativo dos conteúdos religiosos.

Dessa forma, Habermas faz uma crítica às ideias de Rawls, afirmando que seria impossível separar a razão dogmática da razão política, para determinadas pessoas, sendo que, para os cidadãos religiosos, a religião não se refere a qualquer coisa diferente de sua consciência social e política.¹⁰¹⁷ Nesse sentido, afirma que:

O Estado liberal não pode transformar o requisito institucional da separação entre religião e política em uma restrição mental e psicológica indevida perante os que seguem uma determinada fé. É necessário, claro, esperar que eles reconheçam o princípio de que a autoridade política é exercida de forma neutra com relação a visões de mundo concorrentes. Cada cidadão precisa saber e aceitar que apenas razões seculares contam nos mecanismos institucionais que dividem a esfera pública informal de parlamentos, tribunais, ministérios e a administração.¹⁰¹⁸

O jurista húngaro contemporâneo e ex-juiz do Tribunal europeu de Direitos humanos, Sajó, defende que o secularismo manifesta a necessidade de que opções legais sejam baseadas em razões seculares públicas, sendo estas razões acessíveis a todos, independentemente de suas crenças religiosas. Com isso, razões religiosamente fundamentadas devem ser “traduzidas” em razões seculares. E, ainda, afirma que, para a maioria das teorias de tradução de argumentos religiosos para os termos “civis”, a exigência de uma razão pública tem-se por satisfeita, enquanto as razões legislativas forem apresentadas e aceitas por motivos razoavelmente acessíveis a todos, que não pressuponham algum ato de fé ou crença.¹⁰¹⁹

Nessa perspectiva, tem-se a proposta de tradução cooperativa de conteúdos religiosos, em Habermas, em que os cidadãos religiosos:

Podem manifestar-se numa linguagem religiosa apenas sob a condição do reconhecimento da ‘ressalva de uma tradução institucional’, eles podem, apoiados na confiabilidade das traduções cooperativas de seus concidadãos, entender-se como participantes do processo de legislação, mesmo que os argumentos decisivos nesse processo sejam seculares.¹⁰²⁰

¹⁰¹⁶ OLIVEIRA, 2009, p. 236.

¹⁰¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Religion in the public sphere*. European Journal of Philosophy, 14, Cambridge, Polity, 2006c, p. 8.

¹⁰¹⁸ HABERMAS, 2006c, p. 9-10.

¹⁰¹⁹ SAJÓ, András. *Preliminaries to a concept of constitutional secularism*. I-COM 6, 2008, p. 626.

¹⁰²⁰ HABERMAS, 2007b, p. 148.

A partir de tal proposta, apenas argumentos democráticos poderiam ser utilizados em decisões públicas que atinjam a todos os cidadãos, embora a participação religiosa poderia ser legitimada, desde que não seja explícita. No entanto, Lafont levanta alguns questionamentos sobre referida proposta, relacionados ao fato de que esta não esclarece onde, nem como ocorrerá essa tradução institucional, se na esfera pública informal ou na esfera pública formal. Também afirma que a mesma não identifica quem caberá realizá-la, além de não tratar do problema do déficit institucional da esfera pública e como ele afetaria esta questão.¹⁰²¹

Da análise das duas propostas apresentadas, podemos concluir que o Proviso revela uma aparente estreiteza da estratégia de Rawls, ao exigir a tradução de razões não-públicas para argumentos em linguagem política, acarretando uma distribuição assimétrica do papel da cidadania entre cidadãos crentes e não-crentes. Já a proposta habermasiana, da tradução cooperativa de conteúdos religiosos, parece dispor de um teor inclusivista de maior alcance e, por isso, talvez capaz de lidar adequadamente com o alívio das tensões sociais ocasionadas pelo conflito entre os ideais de vida boa, inscritos nas visões de mundo das diferentes formas de vida religiosa. No entanto, permanece o problema do nivelamento entre a fala discursiva secular, baseada numa pragmática universal, e a fala discursiva religiosa, baseada em verdades reveladas.

Por fim, vale ressaltar que, além dos questionamentos levantados em torno do papel da religião na democracia liberal, existem, ainda, muitos outros que, também, não encontraram respostas. No entanto, os cidadãos religiosos e seculares devem procurar “saber interpretar, cada um na sua respectiva visão, a relação entre fé e saber, porquanto tal interpretação prévia lhes abre a possibilidade de um atitude auto-reflexiva e esclarecida na esfera pública política”¹⁰²², viabilizando um procedimento político, capaz de articular reconhecimento e tolerância, o que nos conduz à sua análise, no subtópico a seguir.

3.3.5.3 A tolerância, em Habermas

O termo “tolerância” foi cunhado a partir do francês e do latim, no âmbito dos grandes conflitos religiosos dos séculos XVI e XVII. Inicialmente, a palavra significava uma concessão a outras confissões religiosas, buscando a coexistência e autopreservação. A partir daí, o direito

¹⁰²¹ LAFONT, 2013, p. 14.

¹⁰²² HABERMAS, 2007b, p. 167.

passa a incorporar tal preceito, como ato jurídico das autoridades que toleram que pessoas e práticas de outras crenças se estabeleçam na sociedade,¹⁰²³ sendo descrita como uma espécie de permissão qualificada, por Forst.¹⁰²⁴ Já, no Estado Democrático de Direito, a tolerância pode ser entendida como o respeito ao outro como co-cidadão, “mesmo quando avaliamos a sua fé ou seu pensamento como falsos ou rejeitamos a correspondente conduta de vida como ruim”¹⁰²⁵. Partindo-se desse pressuposto, Habermas afirma que, para uma convivência pacífica de diferentes comunidades religiosas, deve haver uma renúncia aos meios de coação política para imposição de fé, bem como a eliminação de qualquer tipo de coação moral contra os próprios membros das confissões religiosas.¹⁰²⁶

A Declaração de princípios sobre a tolerância, da UNESCO, aprovada em 1995, traz alguns referenciais sobre o conceito de tolerância, afirmando tratar-se de respeito e aceitação da diversidade e de seus modos de expressão. Além disso, afirma que a tolerância é fomentada pelo conhecimento e liberdade de pensamento, consciência e crença, que devem se harmonizar na diferença. Ainda, ressalta ser, a tolerância, uma necessidade política e jurídica que possibilita a paz, além de um dever ético. Ademais, alega não se tratar, esta, de uma concessão, mas do reconhecimento dos direitos humanos universais, não podendo ser invocada para justificar violações a esses direitos. Ao final, afirma ser dever das pessoas e do Estado, que sustenta os direitos humanos, o pluralismo, a democracia e o Estado de Direito, rejeitando o dogmatismo. Por fim, afirma que a tolerância não significa aceitar a injustiça social, nem mesmo estaria ligada à qualquer tipo de renúncia de suas convicções, mas seria o reconhecimento de que toda pessoa tem essa mesma liberdade.¹⁰²⁷

A filósofa e professora italiana contemporânea, Galeotti, aponta três perspectivas liberais para o sentido da tolerância: a) a primeira, como sendo uma virtude ética de aceitar o que não se concorda, em nome da autonomia e livre escolha dos outros; b) a segunda perspectiva refere-se à virtude política, pela não interferência na vida dos outros, em função do entendimento de serem concidadãos; e c) a terceira perspectiva refere-se à concepção do

¹⁰²³ HABERMAS, 2007a, p. 279.

¹⁰²⁴ Entendida como uma versão da tolerância, em que uma autoridade ou uma maioria concede a uma minoria para que possa viver de acordo com suas crenças e práticas, desde que aceite a dominação da autoridade ou da maioria, expressando suas tradições dentro dos limites legalmente estabelecidos, sem reivindicar qualquer possibilidade de status público e igualitário daquelas. In: FORST, Toleration, Justiça and reason, Tolerance, justice and reason. (In: MCKINNON, Catriona; CASTIGLIONE, Dario (Ed.). *The culture of toleration in diverse societies: reasonable tolerance*. Manchester: Manchester University Press, 2003, p. 73-74).

¹⁰²⁵ HABERMAS, 2007a, p. 286.

¹⁰²⁶ HABERMAS, 2007a, p. 282.

¹⁰²⁷ UNESCO. *Declaração de princípios sobre a tolerância, 1995*. Disponível em: <<http://bit.ly/2LShWxU>>. Acesso em: 12 mai. 2019.

princípio de justiça estruturante do Estado liberal imparcial e de não-discriminação. Segundo a mesma autora, tais perspectivas estariam limitadas, no que se refere ao multiculturalismo, pelo seu caráter liberal e pelo não reconhecimento da diferença na esfera pública.¹⁰²⁸

Tratando-se dos papéis dos cidadãos e das instituições na efetivação da laicidade, face à legitimidade de interferência religiosa na construção democrática, considerando-se os dilemas morais e políticos que envolvem a identidade, a alteridade, a inclusão e o reconhecimento, tem-se o conceito de tolerância, em Habermas, como sendo, ele mesmo, a expressão “de uma razão que reconduza, sem apagar as distâncias, que una, sem reduzir o que é distinto ao mesmo denominador, que entre estranhos torne reconhecível o que é comum, mas deixe ao outro a sua alteridade”¹⁰²⁹. Assim, Habermas entende que o objeto da tolerância seria a dissonância cognitiva ligada à rejeição das convicções dos outros¹⁰³⁰, apresentando como condição para a tolerância que as pessoas rejeitem, mutuamente, suas crenças e práticas, em função desse conflito cognitivo, tendo por base as “boas razões”, que seria “a perspectiva comum a partir da qual os cidadãos se convencem reciprocamente do que seja justo ou injusto, com a força do melhor argumento. É tão-somente essa perspectiva do uso público da razão, partilhada por todos, que confere objetividade às convicções morais”¹⁰³¹. O historiador e cientista político italiano, Bobbio (1909-2004), complementa a definição com o entedimento de que “boas razões da tolerância” estariam intimamente ligadas ao Estado laico, considerando-as um método universal de convivência civil, que daria lugar à persuasão, em lugar da coerção, além de serem um dever ético de respeito ao outro, ligado ao reconhecimento de direitos.¹⁰³²

No entanto, o filósofo e teórico político alemão, Forst, manifesta-se quanto a esta pressuposição, por meio do “componente de rejeição” da tolerância, afirmando que “é essencial para o conceito de tolerância que as crenças ou as práticas toleradas sejam consideradas objetáveis e erradas ou más em um sentido relevante”¹⁰³³, sendo que esta certificação apenas poderia ser alcançada no espaço público do uso da razão, lugar da diferenciação entre questões morais, que são sempre objeto da tolerância, e questões ético- políticas, que nem sempre reivindicam o trato tolerante. Assim, no caso de crenças e práticas ligadas à rejeição, discriminação ou preconceito, tais como as relacionadas às famílias formadas pelos casais

¹⁰²⁸ GALEOTTI, Anna Elisabetta. *Citizenship and equality: the place for toleration*. Political theory, vol. 21, n°. 4, 1993, p. 585-605.

¹⁰²⁹ HABERMAS, 2007b, p. 280.

¹⁰³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Intolerância e discriminação. Perspectiva Filosófica*, vol. 2, n° 40, 2013b, p. 3.

¹⁰³¹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 83.

¹⁰³² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 89.

¹⁰³³ FORST, Rainer. *Os limites da tolerância. Novos Estudos Cebrap*, ed. 84, jul. 2009, p. 19.

homoafetivos e transgêneros, abordadas no segundo capítulo, são casos em que o conceito de tolerância não poderia ser aplicado, pois constituem violações à igualdade de direitos de cidadania e ao reconhecimento de direitos culturais. E, reivindicar um comportamento tolerante para com aqueles que rejeitam as pessoas que estão incluídas neste segmentos social significaria admitir que existem “razões minimamente razoáveis”¹⁰³⁴ para aceitarmos atos discriminatórios e preconceituosos. Também, não seria possível requerer aos que discriminam e agem de maneira preconceituosa que sejam tolerantes para com aqueles que são “diferentes”, pois, conforme Forst, correremos “o risco de declarar que seus preconceitos sejam juízos éticos legítimos ou, ao menos, razoavelmente possíveis”¹⁰³⁵. Neste caso, a resposta adequada seria “a crítica aos preconceitos e o combate à discriminação, isto é, lutar por igualdade de direitos e não por ‘mais tolerância’”¹⁰³⁶.

No centro dessa discussão, encontra-se o problema da compreensão e justificação da tolerância, em face do preconceito e discriminação dirigidos a estas minorias, tais como as famílias marginalizadas, que lutam pelo reconhecimento de direitos culturais e pela igualdade de cidadania, apresentada por Habermas, como virtude política, sendo proposta a neutralização dos conflitos¹⁰³⁷; e por Forst, como virtude da justiça. Partindo-se desse pressuposto, pergunta-se: entre as diversas doutrinas abrangentes existentes, poderia o catolicismo, devido a sua abrangência, justificar a sua influência no Direito de família brasileiro, por meio do Direito canônico, declarando-se como a “verdadeira” doutrina? Adotando uma posição diferente de Rawls, para quem as “doutrinas metafísicas e interpretações religiosas do mundo podem ser verdadeiras ou falsas”¹⁰³⁸, Habermas procura preservar a opacidade dos conteúdos religiosos sem, no entanto, negar os potenciais das imagens religiosas de mundo. Se, para Rawls, “uma concepção política de justiça só poderia ser verdadeira se fosse dedutível de uma doutrina verdadeira, além de ser compatível com as demais doutrinas”¹⁰³⁹, para Habermas, entretanto, a filosofia política deve conservar a neutralidade ideológica acerca da verdade das imagens de mundo¹⁰⁴⁰, adotando uma justificação pós-metafísica e pós-secular baseada no agnosticismo metodológico¹⁰⁴¹, sendo que o pensamento pós-metafísico deve adotar uma atitude

¹⁰³⁴ FORST, 2009, p. 29.

¹⁰³⁵ FORST, 2009, p. 29. HABERMAS, 2013b, p. 3.

¹⁰³⁶ HABERMAS, 2013b, p. 3.

¹⁰³⁷ HABERMAS, 2013b, p. 2.

¹⁰³⁸ HABERMAS, 2004, p. 84.

¹⁰³⁹ HABERMAS, 2004, p. 84.

¹⁰⁴⁰ HABERMAS, 2004, p. 84. ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Apresentação à edição brasileira. In: HABERMAS, 2013a, p. XIV-XVI.

¹⁰⁴¹ HABERMAS; RATZINGER, 2007, p. 24-32. HABERMAS, 2013a, p. XIX.

simultaneamente agnóstica e receptiva diante da religião, ou seja, que se oponha a uma determinação estritamente secularista das razões publicamente aceitáveis sem, com isso, comprometer sua autocompreensão secular.¹⁰⁴²

E, segundo Rawls, as imagens de mundo que estabilizam as identidades das formas de vida são passíveis de verificação. No entanto, Habermas discorda deste entendimento, afirmando que Rawls o faz em razão da convicção de que “não pode haver uma moral profana pairando livremente, por assim dizer, ou que convicções morais precisam estar alojadas em doutrinas metafísicas ou religiosas”¹⁰⁴³, sendo que tal convicção se justificaria pela “maneira como Rawls se posiciona diante do problema de um consenso abrangente: o modelo que tem diante de si é o da institucionalização da liberdade de crença e consciência que, por via política, pôs fim às guerras civis de caráter confessional, na Era Moderna.”¹⁰⁴⁴

Para Habermas, a realização histórica do princípio da tolerância permanece devedora da justificação pública pós-metafísica e pós-religiosa, baseada em “boas razões”, do direito à liberdade de crença e consciência¹⁰⁴⁵, da instauração do pluralismo religioso e do regime de tolerância mútua¹⁰⁴⁶ entre credos e doutrinas abrangentes divergentes, que envolvem tanto cidadãos religiosos quanto cidadãos seculares, tendo como pano de fundo uma cultura política liberal e um mundo da vida pós-secularizado.

Convém ressaltar que Spinoza¹⁰⁴⁷, Locke¹⁰⁴⁸ e Voltaire¹⁰⁴⁹ contribuíram para a formulação de uma justificativa moderna do regime político da tolerância, ao se oporem ao conceito unilateral de tolerância como permissão, que encontra sua gênese no Estado absolutista. No entanto, apenas o filósofo e escritor francês, Bayle (1647-1706)¹⁰⁵⁰, apresentou a formulação inicial do conceito de tolerância como “reconhecimento mútuo dos direitos de expressão religiosa pelos próprios cidadãos”¹⁰⁵¹, com base em “razões estritamente universais”¹⁰⁵², sendo, este, o antecessor de Kant, e, considerado, por Habermas, como o

¹⁰⁴² ARAÚJO, 2013a, p. XIX.

¹⁰⁴³ HABERMAS, 2004, p. 86.

¹⁰⁴⁴ HABERMAS, 2004, p. 86.

¹⁰⁴⁵ HABERMAS, 2004, p. 86.

¹⁰⁴⁶ ARAÚJO, 2013a, p. XVII.

¹⁰⁴⁷ SPINOZA, Baruch. *Tratado teológico-político*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁰⁴⁸ LOCKE, John. Carta sobre a tolerância. In: LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994, p. 235-289.

¹⁰⁴⁹ VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância: a propósito da morte de Jean Calas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁰⁵⁰ BAYLE, Pierre. *Philosophical commentary on these words of Jesus Christ, compel them to come in*. Trad. e ed. de A. Godman Tannenbaum. Nova York: Peter Lang, 1987, p. 147.

¹⁰⁵¹ HABERMAS, 2013b, p. 4.

¹⁰⁵² HABERMAS, 2013b, p. 4.

precursor da “assunção de perspectivas recíprocas”¹⁰⁵³, em questões morais. Assim, Habermas explica:

Se pretendemos levar em consideração a presumida imparcialidade dos julgamentos morais e a pretensão categórica de validade das normas vinculatórias, temos de desatrelar a perspectiva horizontal (dentro da qual são regradas as relações interpessoais) da perspectiva vertical (a dos projetos individuais de vida), e tornar independente a resposta a pergunta genuinamente morais. A pergunta abstrata sobre o que é do interesse uniforme de todos ultrapassa a pergunta ética contextualizada a respeito do que é o melhor para nós. A intuição de que as questões da justiça surgem de uma ampliação idealizadora do questionamento ético continua, porém, fazendo sentido. Se interpretarmos a justiça como aquilo que é igualmente bom para todos, o “bem” contido na moral constitui uma ponte entre justiça e solidariedade. Pois também a justiça entendida universalisticamente exige que uma pessoa responda pela outra – e que, aliás, cada um também responda pelo estranho, que formou a sua identidade em circunstâncias de vida totalmente diferentes e entende-se a si mesmo à luz de tradições que não são as próprias.¹⁰⁵⁴

Nesse sentido, o poeta alemão, Goethe, recusa qualquer tentativa de justificar a tolerância com base na benevolência ou condescendência, na transigência, no mero interesse legal ou econômico, entendendo que tolerar significa insultar.¹⁰⁵⁵ Além disso, este mesmo autor identifica o paradoxo da tolerância no fato de que “todo ato de transigência tem de circunscrever, ao mesmo tempo, um âmbito de características daquilo que precisa ser aceito e, como isso, tal ato traça, inevitavelmente, um limite à própria tolerância. Nenhuma inclusão sem exclusão”¹⁰⁵⁶. Almeida ressalta que, “para superar a tese privatista, é importante dar atenção ao ‘paradoxo da tolerância’: o de que a tolerância precisa definir os seus próprios limites, ou seja, traçar a fronteira entre o que pode e o que não pode ser tolerado”¹⁰⁵⁷, considerando-se que o conceito absoluto de tolerância poderia ser uma ameaça à democracia e à garantia de direitos fundamentais, possibilitando a aceitação da intolerância. E, segundo Forst, faz-se necessário se atentar ao fato de que “os limites da tolerância devem ser postados onde a intolerância começa. A tolerância só pode ser exigida em face daqueles que são tolerantes; é uma questão de simples reciprocidade”¹⁰⁵⁸, para que seja evitada qualquer arbitrariedade ou autoritarismo. Neste sentido, Habermas e Forst estão de acordo quanto ao fato de que apenas a adoção da perspectiva do outro, ou “a concepção de liberdades iguais para todos e a fixação de um domínio de

¹⁰⁵³ HABERMAS, Jürgen. A tolerância religiosa como precursora de direitos culturais. In: HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2007a, p. 281; HABERMAS, 2013b, p. 5.

¹⁰⁵⁴ HABERMAS, 2004, p. 43.

¹⁰⁵⁵ HABERMAS, 2013b, p. 5; HABERMAS, 2007a, p. 281.

¹⁰⁵⁶ HABERMAS, 2013b, p. 5; HABERMAS, 2007a, p. 281.

¹⁰⁵⁷ ALMEIDA, 2008, p. 46.

¹⁰⁵⁸ FORST, 2009, p. 16.

tolerância capaz de convencer simetricamente a todos os atingidos são capazes de extrair da tolerância o aguilhão da intolerância”¹⁰⁵⁹.

E, já na contemporaneidade, podemos afirmar que a consciência religiosa tenha reconhecido os processos de adaptação, inerentes ao contexto das sociedades modernas, a secularização do conhecimento, a neutralização do poder do Estado e a liberdade religiosa, sendo que a religião católica viu-se obrigada a deflacionar suas visões de mundo, fundada na sua doutrina, representada pelo Direito canônico. A partir de então, a vida religiosa separou-se da vida pública, embora permaneçam intercambiadas. No entanto, os cidadãos católicos sabem que, do ponto de vista da expectativa normativa, seus interesses estão assegurados pelo Direito de família e, sobretudo, pela Constituição. E, por meio da esfera pública informal¹⁰⁶⁰, os católicos, como parte da sociedade civil, podem influenciar as instituições do poder político, por meio do processo democrático de formação da opinião pública e da vontade política. No entanto, na esfera democrática das “razões públicas”, exige-se um relacionamento autorreflexivo dos cidadãos religiosos e seculares acerca dos limites de seus respectivos enfoques. Nesse sentido, Habermas afirma que:

O papel do membro da comunidade se diferencia do papel do cidadão. Como o Estado liberal depende da integração política de seus cidadãos e como essa integração não pode ficar restrita a um mero *modus vivendi*, essa diferenciação das condições de membro não pode esgotar-se numa simples adaptação cognitiva do *etos* religioso às leis impostas pela sociedade secular. Antes é necessário que a ordem jurídica universalista e a moral igualitária da sociedade sejam de tal maneira conectadas internamente ao *etos* da comunidade e que um elemento decorra consistentemente do outro.¹⁰⁶¹

No entanto, em questões práticas de interesse coletivo, consideradas a partir de imagens de mundo conflitantes e inconciliáveis, o dissenso é inevitável, exigindo-se uma carga de tolerância maior, em face da complexidade social. Portanto, a tolerância em relação ao dissenso torna-se um dos pressupostos incontornáveis da democracia liberal. A este respeito, Habermas afirma que:

A conquista chave da tolerância religiosa é absorver e prevenir a destrutividade social do irreconciliável dissenso. Tal dissenso não deve destruir os laços sociais que

¹⁰⁵⁹ HABERMAS, 2013b, p. 5; HABERMAS, 2007a, p. 281.

¹⁰⁶⁰ Habermas estabelece a distinção entre a *esfera pública “informal”*, composta por associações privadas (sindicatos), instituições culturais (academias de ciências e artes), grupos de interesse com preocupações públicas (associação de moradores), igrejas, instituições de caridade, entre outras, e a *esfera pública “formal”*, constituída pelo parlamento (*poder legislativo*), tribunais de direito (*poder judiciário*), instituições do governo e da administração (*poder executivo*). HABERMAS, 2007b, p. 147.

¹⁰⁶¹ HABERMAS; RATZINGER, 2007, p. 54.

conectam crentes em uma fé e crentes em outras como membros de uma só sociedade secular. A tolerância recíproca com a crença inflexivelmente rejeitada do outro requer, em âmbito social, uma diferenciação da própria comunidade e da sociedade como um todo - uma diferenciação que, do ponto de vista da religião, deve ser justificado de maneira convincente se conflitos de lealdade estabelecidos não forem apaziguados. Uma diferenciação pacífica entre as duas formas de adesão não se exaure na adaptação superficial do ethos religioso às leis da sociedade secular, mas reclama o desenvolvimento, a partir do interior do ethos da comunidade religiosa, de eles cognitivos com a substância moral da constituição democrática.¹⁰⁶²

Assim, a democracia precisaria legitimar-se com base em uma visão de mundo pluralista, enquanto as religiões e seus adeptos necessitariam reconhecer os princípios morais e legais da sociedade pós-secular, na interioridade particular do ethos. A despolitização das religiões universais, a inclusão de minorias religiosas na comunidade política e a disseminação da tolerância como virtude política (Habermas) constituem estímulos para a ampliação de direitos culturais.¹⁰⁶³

A questão do reconhecimento das diversas modalidades de famílias existentes, que encontram-se vulneráveis e marginalizadas, é um exemplo paradigmático da inclusão, diante do reconhecimento e ampliação da igualdade de direitos, permitindo às estas minorias “igual acesso às formas de comunicação da própria comunidade, às tradições e práticas que as pessoas precisam para manter sua identidade pessoal”¹⁰⁶⁴, com a consequente proteção dos seus direitos, é indispensável para a construção de um modelo de inclusão com sensibilidade para as diferenças.¹⁰⁶⁵ Vale ressaltar que estas famílias não formaram suas identidades coletivas e modos de vida em meio a uma eticidade substantiva (Hegel)¹⁰⁶⁶, constituindo-se uma minoria dentro da sociedade, ao longo da história, sendo observado por Habermas, que poderiam “achar mais difícil alcançar o requerido elo cognitivo com o ethos interno da moralidade dos direitos humanos como amparado por seu ambiente social e político do que comunidades religiosas que podem se inspirar nos mais avançados recursos conceituais de uma ou outra religião do mundo”¹⁰⁶⁷.

Assim, Habermas entende que “a expectativa normativa de que estejamos aptos a conviver com os que possuem diferentes estilos de vida éticos e valores guias é de uma natureza diferente da suposição de que devemos aceitar a diferença entre verdades religiosas ou entre

¹⁰⁶² HABERMAS, 2013b, p. 8.

¹⁰⁶³ HABERMAS, 2013b, p. 9.

¹⁰⁶⁴ HABERMAS, 2013b, p. 10.

¹⁰⁶⁵ HABERMAS, 2004, p. 170.

¹⁰⁶⁶ HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. Lisboa: Guimarães, 1990.

¹⁰⁶⁷ HABERMAS, 2013b, p. 11.

visões de mundo contrárias”¹⁰⁶⁸. Além disso, afirma que nossos impulsos existenciais, aqueles que orientam nossas práticas e atitudes correntes, advém de crenças concorrentes¹⁰⁶⁹ e que, “apenas nos casos que visões de mundo concorrentes são envolvidas, a tolerância significaria aceitar reivindicações de validade mutuamente exclusivas”¹⁰⁷⁰; sendo que, apenas nesse sentido, poderia-se falar em “tolerância - enquanto igual respeito para todos - (que) significa a disposição para neutralizar o impacto prático de uma dissonância cognitiva que, apesar de em seu próprio domínio, requer que a resolvamos”¹⁰⁷¹.

Partindo desse pressuposto, tem-se os seguintes questionamentos: O que fazer quando não houver “razões públicas”, claramente disponíveis, capazes de neutralizar as dissonâncias cognitivas? E o que fazer quando não houverem “razões públicas” razoáveis possíveis capazes de distinguir quais crenças e práticas são eticamente relevantes, a ponto de serem objeto (ou não) da tolerância, considerando-se que devemos neutralizar as dissonâncias cognitivas existentes entre “nós” e “eles”?

Buscando respostas a tais questionamentos, Forst definiu a tolerância como um conceito normativamente dependente de um direito à justificação¹⁰⁷², afirmando que as crenças e práticas dos indivíduos e as medidas sociais de instituições político-jurídicas que determinam a vida social dos cidadãos deveriam submeter-se ao escrutínio da justificação pública de normas, conforme o “uso público da razão”. Isto significa que, em uma democracia reflexiva, consciente de seus princípios políticos e jurídicos, o princípio de justificação da justiça requer que os cidadãos reconheçam a reciprocidade e a generalidade como critérios que conferem legitimidade às normas legais, sendo que, apenas em função destes critérios, tais normas poderiam ser invalidadas, por um dissenso razoável, cujas objeções estejam baseadas em razões públicas.¹⁰⁷³ E, a fim de sejam demarcados os limites da tolerância ou intolerância, afirma que deveria haver a apresentação pública de razões para “objeções éticas” e razões para “rejeição moral”, relacionadas ao direito à justificação.¹⁰⁷⁴ Entretanto, diz que a justificação baseada em razões para objeções éticas não são suficientes para suplantarem as razões baseadas em razões para rejeições morais, quando do conflito entre crenças e práticas. Assim, segundo Forst, “os limites da tolerância são, portanto, atingidos, quando um grupo tenta dominar os demais fazendo de

¹⁰⁶⁸ HABERMAS, 2013b, p. 13.

¹⁰⁶⁹ HABERMAS, 2013b, p. 13.

¹⁰⁷⁰ HABERMAS, 2013b, p. 13.

¹⁰⁷¹ HABERMAS, 2013b, p. 13.

¹⁰⁷² FORST, 2009, p. 15;18.

¹⁰⁷³ FORST, 2009, p. 22.

¹⁰⁷⁴ FORST, 2009, p. 23.

suas visões rejeitáveis a norma geral. Tal negação do direito à justificação é uma forma de intolerância que não pode ser tolerada”¹⁰⁷⁵.

Tratando-se das obrigações deliberativas da cidadania democrática, Lafont ressalta o problema da “plenitude das razões públicas”, que, segundo a autora, emerge quando os cidadãos que possuem valores morais conflitantes são obrigados a justificar, na esfera pública, suas crenças e práticas em relação a temas controversos, que envolvem direta ou indiretamente a prática da tolerância, dentre eles, as questões relacionadas ao reconhecimento das novas modalidades de famílias existentes. E, para Lafont, tanto a solução dada por Rawls (proviso) quanto por Habermas (institutional translation proviso), relativa aos tipos de razões que poderiam ser aceitas, legitimamente, nos debates na esfera pública, oferecem problemas,¹⁰⁷⁶ conforme relatado no subtópico que trata do assunto.

Segundo Lafont, na medida em a responsabilidade mútua constitui um dos princípios da legitimidade política de uma democracia liberal, espera-se que, tanto cidadãos religiosos quanto seculares, sejam capazes de apresentar, no momento oportuno do debate público, as razões públicas que eles acreditam ser compatíveis com os compromissos democráticos básicos e justificáveis, às objeções a políticas coercivas que possam beneficiar algum dos lados, resguardando-se o status da cidadania livre e igual. Partindo-se desse pressuposto, a autora apresenta os seguintes questionamentos: a) considerando que, uma política coerciva não justificável (razões públicas) poderia implicar em um ato de intolerância, qual seria a implicação para cidadãos que não possam alcançar as “razões públicas”, requeridas para a justificação de certas crenças e práticas, correndo o risco de tornarem-se intolerantes? b) considerando-se o fato dos cidadãos recorrerem a razões, que os mesmos não acreditem ou argumentem de boa fé, apenas para satisfazer o critério liberal da legitimidade democrática, isto é, “que os cidadãos devem abster-se de impor uma política coerciva até que todas as objeções baseadas sobre razões geralmente aceitáveis para cidadãos democráticos tenham sido derrotadas com sucesso”, pergunta-se: tal fato traria alguma implicação para o debate em torno da tolerância?¹⁰⁷⁷ Para Lafont, Habermas não traça, claramente, a distinção entre o “direito a incluir no debate público quaisquer visões e razões que alguém acredite honestamente” e o “direito de ser dispensado da obrigação de comprometer-se com razões aceitáveis geralmente”¹⁰⁷⁸. No entanto, as obrigações deliberativas de cidadania apresentam exigências

¹⁰⁷⁵ FORST, 2009, p. 23.

¹⁰⁷⁶ LAFONT, 2013, p. 43.

¹⁰⁷⁷ LAFONT, 2013, p. 13-14.

¹⁰⁷⁸ LAFONT, 2013, p. 29.

epistêmicas diferentes, considerando-se as pretensões de validade envolvidas, o lugar da deliberação e os sujeitos, conforme já abordado no subtópico anterior.

Para Forst, entendido, o respeito, como conteúdo de tolerância, este não pode ser determinado nem pela autoridade política das instituições básicas do Estado, nem pela maioria dos cidadãos, com base em concepções éticas do bem ou do modo de vida legítimo, considerando-se que essas concepções possam ser criticadas por outros cidadãos como interessadas e particularistas.¹⁰⁷⁹ Portanto, os limites da tolerância são estabelecidos sob a dependência do direito à justificação, e das razões de objeção, aceitação e rejeição, ligadas a crenças e práticas, baseadas em diferentes e conflitantes visões de mundo. Diante de tal constatação, percebemos que a tolerância, como um processo de aprendizagem social¹⁰⁸⁰, é condição necessária à integração social¹⁰⁸¹, requerida pela democracia liberal pós-secular, marcada pelo pluralismo das formas de vida, representando a certificação autocrítica dos limites da razão secular, além do reconhecimento da autoridade do conhecimento científico pelas comunidades religiosas¹⁰⁸², a relevância heurística das imagens religiosas do mundo¹⁰⁸³ e da tradução cooperativa dos potenciais semântico-normativos dos conteúdos religiosos.¹⁰⁸⁴ E, em face do conflito cognitivo entre crenças e práticas e formas de vida, que põem em risco a integração social da comunidade política, impõe-se a exigência de respeito ao princípio da igual inclusão de cidadãos no Estado democrático liberal.

¹⁰⁷⁹ FORST, 2009, p. 21.

¹⁰⁸⁰ A *evolução social* ocorre por meio da superação de problemas sistêmicos não resolvidos e economicamente condicionantes, constituindo-se em desafios evolutivos que “forçam” a transformação das estruturas normativas da sociedade enquanto resultado de processos de aprendizagem social mediados linguisticamente e que têm como pano de fundo o mundo da vida. (In: HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 14). Tal evolução depende de *processos de aprendizagem social* que procuram solucionar problemas de coordenação, legitimidade e justificação da ação social. De acordo com a *Teoria da Ação Comunicativa*, o desenvolvimento das estruturas normativas do mundo da vida requer a ampliação do recurso à racionalidade comunicativa enquanto mecanismo de coordenação, legitimidade e justificação da ação social, e que ocorre nos diferentes níveis estruturantes do mundo da vida (cultura, sociedade e personalidade), constituindo um exemplo de processo de aprendizagem. (In: HABERMAS, 2012, p. 263). “As sociedades aprendem à proporção que resolvem problemas, os quais constituem desafios a serem enfrentados no âmbito de um processo evolucionário. Que tipo de problemas? Os que sobrecarregam as capacidades de controle, acessíveis nos limites de determinada formação social. As sociedades podem *aprender de modo evolucionário* à medida que aproveitam as ideias morais e jurídicas contidas nas imagens de mundo, a fim de reorganizar os sistemas de ações e para criar novas formas de integração. Tal processo pode ser imaginado como a incorporação institucional de estruturas de racionalidade já delineadas na esfera institucional.” (In: HABERMAS, 2012, p. 567).

¹⁰⁸¹ “A integração social, que se realiza através de normas, valores e entendimento, só passa a ser inteiramente tarefa dos que agem comunicativamente na medida em que normas e valores forem diluídos comunicativamente e expostos ao jogo livre de argumentos mobilizados, e na medida em que levamos em conta a diferença categorial entre aceitabilidade e simples aceitação.” (In: HABERMAS, 2003a, p. 58).

¹⁰⁸² HABERMAS, 2007b, p. 158; Cf. LAFONT, 2013, p. 32-33.

¹⁰⁸³ ARAÚJO, 2013a, p. XVI.

¹⁰⁸⁴ HABERMAS; RATZINGER, 2007, p. 14.

Nesse sentido, faz-se necessário ressaltar que a análise proposta sobre a influência religiosa, especificamente do Direito Canônico, nas ações estatais, tratando-se de assuntos referentes ao Direito de família brasileiro, na contemporaneidade, não deixa de ser um tema bastante complexo. Isto porque há diversas questões, que escapam a uma abordagem aprofundada, por encontrarem-se ocultas. Um delas está ligada ao fato de que não é possível afirmarmos que determinadas orientações normativas, políticas ou judiciais sobre o assunto poderiam estar sendo embasadas em convicções religiosas, especialmente se os argumentos trazidos à esfera pública são traduzidos para o contexto civil. Inclusive, esta preocupação já foi expressa no texto dos Princípios de Yogyakarta¹⁰⁸⁵, destacando-se dentre estes, o princípio 21, que afirma que o direito de liberdade religiosa deve ser garantido para todos, mas não pode ser invocado pelo Estado para justificar leis, políticas ou práticas discriminatórias em relação à orientação sexual ou identidade de gênero.¹⁰⁸⁶

Neste contexto, tem-se a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o reconhecimento de uniões homoafetivas, no âmbito do julgamento conjunto da ADPF 132, de 2008, e da ADI 4227, de 2009, que julgou “procedente as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva”¹⁰⁸⁷. A análise deste julgamento nos permite verificar que as concepções religiosas dogmáticas tiveram o direito de participar do debate público, mas a ordem jurídica não foi capturada por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais, sendo que os agentes públicos buscaram identificar suas pré-concepções, evitando que seus sentimentos e escolhas pessoais não comprometessem o seu papel de captar o sentimento social, tendo sido, claramente, inspirados

¹⁰⁸⁵ Trata-se de um documento elaborado em 2006 por um grupo de peritos internacionais de direitos humanos com o fim de delinear um conjunto de princípios internacionais relativos à orientação sexual e identidade de gênero, envolvendo organizações não governamentais e pesquisadores de todos os continentes do globo, reunindo-se na Indonésia, para elaborar e apresentar normas, aperfeiçoando a proteção dos direitos humanos das minorias LGBT+, sendo apresentado no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em Genebra, em 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/2VLdEwH>>. Acesso em: 12 mai. 2019.

¹⁰⁸⁶ INDONÉSIA. *Princípios de Yogyakarta, 2007*. Disponível em: <<http://bit.ly/2VLdEwH>>. Acesso em: 12 mai. 2019, p. 28.

¹⁰⁸⁷ A primeira ação, ADPF 132/2008, foi ajuizada pelo Governador do Rio de Janeiro, e visava ao reconhecimento da união homoafetiva, considerando que entendimento contrário geraria lesão aos preceitos da igualdade, liberdade, dignidade humana e segurança jurídica. Já a segunda ação, ADI 4227/09, foi proposta pela Procuradora Geral da República, cujo pleito era a declaração da Suprema Corte de “(a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e (b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo”. Assim, referida ação pretendia considerar inconstitucional o art. 1.723 do Código Civil, sendo que o pleito visava à extensão do dispositivo para casais do mesmo sexo. A decisão do Supremo Tribunal Federal julgou “procedente as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva”. (In: BRASIL. *STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.277/DF. 2011*. BRASIL. *STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132/RJ.2011*).

pela razão pública. Assim, a decisão final foi amparada por argumentos de razão pública, não tendo prevalecido as visões de ordem religiosa ou moral, mesmo que endossadas por numerosos adeptos ou, até mesmo, pela maioria. Isto porque as garantias de liberdade religiosa e do Estado laico impediram que concepções morais religiosas guiassem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual. Houve a participação da igreja católica, como *amicus curiae*, representada pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, sendo que os principais argumentos invocados foram embasados por concepções religiosas, consideradas respeitáveis, mas insuscetíveis de imposição coativa em um Estado laico, o que ensejaria um desrespeito aos que não professam a mesma fé, ou que não professam fé alguma, sobretudo estando em jogo, direitos fundamentais.¹⁰⁸⁸ E, embora a igreja católica tenha mantido sua posição de resistência, os princípios constitucionais se impuseram com muito mais vigor, que, em qualquer época anterior, como fundamento de validade constitucional da decisão final, consolidando a condição de novos paradigmas do Direito de família brasileiro.

Da análise de tal julgamento, a partir de Habermas, tem-se que, em uma sociedade pós-secular, seria preciso encarar uma terceira via entre a religião e a ciência, que seriam as comunidades religiosas, denominadas de razoáveis, que renunciariam à imposição violenta de sua fé, assimilando que, em sociedades plurais, como a brasileira, deve haver o encontro cognoscitivo entre outras religiões, adaptando-se ao fato de que o Estado Constitucional levanta uma moral profana. Partindo-se deste pressuposto, quando questões relevantes, tais como o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, vão para a agenda política, os cidadãos, sejam crentes ou não, acabam por colidir suas convicções, impregnadas de visões de mundo diferentes, com outras visões de mundo dissonantes, momento que, buscando lidar, de forma pacífica, com este conflito público, reconheceriam a falibilidade de sua visão de mundo, sendo estabelecida a tomada de decisão secular, de acordo com as condições estabelecidas pela Constituição e o aprendizado da moral profana do Estado Constitucional,¹⁰⁸⁹ como, de fato, ocorreu no caso em tela, conforme já exposto.

Nesta perspectiva, a presença da religião católica, como *amicus curiae*, representada pela CNBB, nos debates da esfera pública dos tribunais brasileiros, como ocorreu no julgamento em apreço, segundo Habermas, deve ser respeitada, considerando-se que deve haver

¹⁰⁸⁸ GAMA, 2008, p. 36.

¹⁰⁸⁹ HABERMAS, 2013a, p. 6-7.

uma abstenção cognitiva de julgar, por parte dos cidadãos seculares (ministros do STF), baseando-se na consideração em relação às pessoas e aos seus respectivos modos de vida, o que inclui a integridade e a autenticidade de suas convicções religiosas (CNBB). Com isso, será possível um aprendizado com as tradições religiosas, que não deixam de ser legítimas. Nesse sentido, afirma que:

Divergindo de Kant e Hegel, a filosofia, com essa determinação gramatical de limites, não se arvera em instância de julgamento sobre o que seja verdadeiro ou falso nos conteúdos das tradições religiosas, no que eles ultrapassam o conhecimento geral institucionalizado da sociedade. O respeito que acompanha essa abstenção cognitiva de julgar baseia-se na consideração para com pessoas e modos de vida que, visivelmente, haurem sua integridade e autenticidade de suas convicções religiosas (religiöser Überzeugungen). Além desse respeito, a filosofia tem também motivos para se manter disposta a aprender com as tradições religiosas.¹⁰⁹⁰

Dessa forma, configura-se o aprendizado recíproco entre fé e razão, entre religião e filosofia, proposto por Habermas, evitando o risco de um choque de civilizações e das modernidades múltiplas, que poderia ocorrer, na fronteira do Estado Constitucional. E, assim, tanto os cidadãos seculares dos Estados, representados pelos ministros do STF, quanto a comunidade religiosa católica, representada pela CNBB, puderam compreender que, em uma sociedade pós-secular, há a necessidade de sobrevivência de comunidades religiosas.¹⁰⁹¹ Isto porque, em sociedades pós-seculares, os cidadãos seculares devem compreender que a discordância com as visões de mundo religiosas será um dissenso razoável esperado pelo uso da razão pública, sendo que o verdadeiro ethos destes, tanto seculares (ministros do STF) quanto religiosos (CNBB), encontra-se em passarem por processos de aprendizagem recíprocos.¹⁰⁹²

Assim, Habermas afirma que os cidadãos seculares, ministros STF, devem assumir uma atitude de abertura, em face dos conteúdos religiosos, buscando o aprendizado com as suas tradições e preservando a alteridade do discurso religioso, manifestado pela CNBB, evitando agregar o seu conteúdo, a partir de uma tradução unilateral secular. Por outro lado, outra não é a atitude a ser exigida dos cidadãos religiosos, representados pela CNBB. Nesse sentido, o jornalista italiano, Scalfari, diz que a abertura para o humanismo católico, que permite o encontro com a pluralidade, significa uma evolução da metafísica à ética, advertindo que, para a fundação de novos valores, capazes de contemplar a todos com equidade e justiça, adequados

¹⁰⁹⁰ HABERMAS; RATZINGER, 2007, p. 47.

¹⁰⁹¹ HABERMAS, 2007b, p. 158.

¹⁰⁹² HABERMAS, 2007b, p. 158.

à modernidade e ao princípio do respeito ao outro, a igreja precisará abrir mão de verdades absolutas, ou seja, de valores até então inegociáveis.¹⁰⁹³

Diante do exposto, podemos afirmar que as respostas aos dilemas dos processos de integração e estabilização social, no que se refere às controvérsias entre cidadãos religiosos e não religiosos, encontra-se na “reflexivização da consciência religiosa, como também n(a) superação auto-reflexiva de enfoques epistêmicos”¹⁰⁹⁴ enquanto processos de aprendizagem social, o que implica, por sua vez, em “uma consciência crítica acerca da posição não exclusiva que ela assume (a fé moderna) no nível de um discurso, que é limitado pelo saber profano e compartilhado com outras religiões”¹⁰⁹⁵. Assim, na medida em que o debate público procura revelar tanto as premissas da superação autoreflexiva da consciência secularista, quanto o auto-esclarecimento da fé religiosa, transformando um aparente déficit de aprendizagem em uma oportunidade para a efetivação de um processo de aprendizagem complementar, a genealogia da autocompreensão moderna revela que uma descrição empírica do fenômeno religioso e o naturalismo¹⁰⁹⁶ não são capazes de determinar performativamente a medida da verdade e do erro, e que não se pode excluir da história da razão, o conteúdo das religiões mundiais.¹⁰⁹⁷

3.4 Conclusões parciais

Neste último capítulo, buscando analisar a influência do Direito canônico no Direito de família brasileiro contemporâneo, inicialmente, no primeiro tópico, tratamos da religião e da razão numa sociedade pós-secular, tendo sido descrito o percurso de interação entre estes dois sistemas, desde as primeiras sociedades da formação da humanidade. Assim, verificamos que, até a Idade Média, a experiência religiosa teve forte influência, no campo jurídico. No entanto, com a ocorrência dos movimentos reformistas, no final deste período, a sociedade ocidental tornou-se mais secular, tendo sido reduzida a influência do poder institucional religioso, tornando-se possível a pluralidade religiosa, a preponderância dos direitos humanos, das liberdades fundamentais, além da laicidade, embora a presença religiosa ainda seja significativa no contexto social da contemporaneidade.

¹⁰⁹³ SCALFARI, Eugenio. Para agir moralmente confiemos no instinto. In: ECO, U.; MARTINI, C. M. *Em que crê quem não crê?* Tradução: Eliana Aguiar. 9ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Record, 2005.

¹⁰⁹⁴ HABERMAS; 2007b, p. 164.

¹⁰⁹⁵ HABERMAS, 2003c, p. 201.

¹⁰⁹⁶ OLIVEIRA, Nythamar de. *Habermus Habermas: o universalismo ético entre o naturalismo e a religião*. Porto Alegre: Veritas, n. 1, v. 54, 2009, p. 235.

¹⁰⁹⁷ HABERMAS, 2007b, p. 166-167.

No segundo tópico, abordamos a instituição católica na esfera pública brasileira, tendo sido apresentado, no primeiro subtópico, o conceito de esfera pública, a partir de Habermas, e seus críticos, Fraser, Young, Benhabib e McCarthy. Partindo-se desse pressuposto, aprofundamos o debate que versa sobre a construção de esferas públicas em sociedades de terceiro mundo, como a brasileira, levando-se em conta o seu diversificado e complexo contexto sócio-cultural, marcada por grandes diferenças e desigualdades sociais, sendo abordado, no segundo subtópico, a esfera pública no Brasil. Neste subtópico, apresentamos algumas correções ao modelo original, de Habermas, sugeridas por Costa e Avritzer, além de Pinto, viabilizando a construção de uma análise contextual, nos termos propostos. A partir de então, tornou-se possível a identificação de seus usos e suas implicações na democracia brasileira contemporânea, sendo abordada a instituição católica na esfera pública brasileira, no terceiro subtópico. De tal análise, percebemos que, na contemporaneidade, argumentos religiosos, mesmo tendo um caráter majoritário, não são mais capazes de legitimar decisões políticas ou jurídicas, na esfera pública brasileira, considerando-se a superação dos modelos de sociedade tradicional, com a consequente abertura de espaços para a autonomização de sistemas sociais e de seus códigos fundamentais. No entanto, a igreja católica, como parte essencial da cultura brasileira, pode opinar sobre a criação das leis e estruturação de políticas públicas, no Brasil, assim como as demais religiões existentes em nosso país. Entretanto, a decisão final é definida pelo povo, através de suas formas de representação política, por meio de governos e parlamentares.

No terceiro e último tópico, nos propomos a analisar a presença católica fundamentada no Direito canônico nos espaços institucionais do Direito de família da esfera pública brasileira, tendo sido dividido, este tópico, em outros cinco subtópicos. No primeiro subtópico, tratamos do significado da presença do Direito canônico no Direito de família brasileiro. De tal análise, a partir de conceitos apresentados por Habermas e algumas considerações de Zabatiero, constatamos o papel peculiar do Direito canônico em meio às transformações do Direito de família brasileiro, em que, por meio de uma trajetória histórica e legislativa, percebemos que a religião católica, no Brasil, além de ter influenciado a nossa cultura e a nossa política, também preencheu um vácuo normativo e principiológico, com relação à formulação do nosso ordenamento jurídico. E é notável a existência de princípios, valores e aspectos morais provenientes do Direito Canônico, tendo sido incorporados pelo Estado, fundamentando a nossa produção normativa, implícita ou explicitamente, e que permanecem até os dias atuais.

No segundo subtópico, examinamos os limites da influência do Direito canônico no Direito de família brasileiro, a partir dos conceitos de Habermas, com a visão crítica de

Zabatiero. Partindo-se desse pressuposto, e buscando aplicá-lo no contexto brasileiro, no que se refere aos limites da influência do Direito canônico no Direito de família brasileiro, quanto à participação dos cidadãos, ao uso e apropriação do espaço público, por uma religiosidade historicamente consolidada, numa sociedade pós-secular, marcada por um pluralismo religioso, pela garantia da liberdade religiosa e da tolerância, percebemos que, embora tenha perdido a legitimidade para organizar o espaço público, da maneira como, tradicionalmente, atuava, a igreja católica continua tendo uma significativa influência na esfera pública brasileira. Assim, podemos notar o Direito canônico como fundamento de muitas leis, especialmente, no Direito de família, fazendo-se presente na esfera pública, implícita ou explicitamente, sendo, inclusive, utilizado para expressar ou demandar no espaço público, por meio dos parlamentos, tribunais e na administração pública.

No terceiro subtópico, descrevemos as modalidades e impactos da presença do Direito canônico no Direito de família brasileiro. Nesta perspectiva, dentro da esfera pública brasileira, identificamos a manifestação de diferentes grupos dinâmicos, como protagonistas que articulam debates, inseridos na política partidária, nas direções, nos movimentos político-sociais de base, envolvendo temas controversos, buscando a consolidação de políticas públicas e regulamentação jurídica de seus direitos, dentre eles, os grupos que representam a defesa pelo reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos, pela diversidade de gênero, cultural e ética e os grupos conservadores, que defendem os princípios morais e religiosos sobre a vida e a família. A partir daí, como impacto da inserção de tais grupos na configuração da esfera pública, surgem as suas demandas, tais como as relacionadas aos direitos sexuais e reprodutivos, sendo consolidada a agenda de trabalho e de incidência pública, por meio de seus grupos profissionais especializados e das forças políticas que os representam.

No quarto subtópico, tratamos, especificamente, das implicações da presença do Direito canônico no Direito de família brasileiro, diante da necessidade da manutenção dos paradigmas religiosos na sociedade contemporânea, num contexto institucional de laicidade e Estado democrático. Tendo a laicidade como contexto institucional, percebemos que a realidade política de países tradicionalmente católicos, como o Brasil, demonstra a existência de uma “separação” orgânica e institucional das funções, assim como autonomia administrativa recíproca entre os agrupamentos religiosos e o Estado, embora suas políticas públicas e normas legais permaneçam inspiradas em valores, crenças e princípios religiosos. Contudo, a legitimidade, os princípios e os valores primordiais do Estado e do Governo brasileiro têm sido justificados a partir de argumentos seculares, fundados em princípios e justiça aceitáveis por todos, procurando garantir a neutralidade, ou imparcialidade frente às diferentes cosmovisões

ideológicas, filosóficas e religiosas existentes na sociedade. E, tendo o Estado democrático de Direito como contexto institucional, inicialmente, apresentamos o conceito de democracia desenvolvido por Dahl, sendo questionado, ao final, quanto à abrangência da soberania da maioria, na eventualidade de significar restrição de direitos à minoria. No caso do Brasil, verificamos que a religião católica, mesmo sendo a religião predominante na população, não poderia impor-se àqueles que não professam a mesma fé, o que violaria direitos fundamentais da minoria. Além disso, não seria cabível a discussão democrática com o uso de argumentos baseados em dogmas, no contexto institucional de um Estado laico e de uma democracia constitucional.

E, no quinto e último subtópico, analisamos a regulamentação da relação entre os interlocutores do Direito Canônico e os interlocutores do Direito de família brasileiro, apresentando a “concepção pública de justiça” e a tolerância como forma de viabilização da coexistência destes dois sistemas jurídicos no Brasil. Segundo Rawls, há o entendimento de que seria necessária uma “concepção pública de justiça” entre os membros da sociedade, que serviria de fundamento quanto aos princípios, critérios, preceitos e normatização legal, possibilitando a pluralidade religiosa e o respeito aos direitos fundamentais, devendo ser garantida pelas instituições democráticas, com a consolidação da laicidade. Além disto, tem-se o conceito de tolerância, proposto por Habermas, justificada em virtude da política, pelo mesmo autor, e em virtude da justiça, por Forst. Nesse sentido, propõe a aplicação da tolerância, pelos cidadãos e instituições, na efetivação da laicidade, face à legitimidade de interferência religiosa na construção democrática, diante das questões morais e políticas que envolvem a identidade, a alteridade, a inclusão e o reconhecimento.

CONCLUSÃO

Com a proposta de analisar a influência do Direito canônico no Direito de família brasileiro, desenvolvemos esta pesquisa, por meio de uma abordagem interdisciplinar, buscando levantar questões julgadas pertinentes ao estudo do tema. Ao final, apresentamos as respostas, fundamentadas em alguns dos principais teóricos, que tratam da relação entre religião e esfera pública política, no que se relaciona ao sentido desta influência, aos seus limites, às suas modalidades, aos seus impactos, bem como quanto às implicações e regulamentação desta relação entre os seus interlocutores.

No primeiro capítulo, tratamos da família no Direito canônico, tendo sido apresentado o conceito de família, no primeiro tópico, e analisado o desenvolvimento histórico das modalidades de família, no segundo tópico, sendo abordado com uma maior profundidade, especificamente, a família no Direito canônico, no terceiro e último tópico deste capítulo. Assim, foi apresentado o conceito de família, a partir de uma visão pluralista, em que, ao longo do tempo, percebemos ter sido flexibilizada a sua rigidez conceitual, advinda do Direito canônico, sendo que o conceito de família veio a adquirir um caráter eminentemente laico, tornando-se possível o reconhecimento das novas modalidades de famílias existentes, na contemporaneidade. Dentro do desenvolvimento histórico de suas modalidades, difundidas no espaço e no tempo, desde as primeiras etapas da sociedade até os tempos pós-modernos, pudemos identificar os diferentes modelos que guiam as estruturas familiares, e que permanecem em constante desenvolvimento, adaptando-se à cultura, aos valores e aos costumes, conforme o contexto histórico e cultural, visando atender às expectativas da sociedade e do indivíduo. Assim, percebemos que a família pode ser considerada uma das mais antigas instituições sociais existentes, responsável pela perpetuação da sociedade, diante da possibilidade de transmissão de bens imateriais, tais como os valores, os princípios e a cultura, como, também, de bens materiais, como a herança. Cabe ressaltar que, qualquer organização familiar, antes de ser prevista pelo Direito, origina-se da própria organização social, com base em valores e princípios, que podem ou não ser provenientes de uma determinada religião. Portanto, qualquer modelo familiar, além de ser uma construção histórica, pode ou não ser, também, uma construção religiosa. E a partir daí, tem-se as leis e doutrinas, com as diretrizes morais e orientações de vida, no que tange à formação familiar, dentro de um contexto social.

E, no desenvolvimento histórico de suas modalidades, destaca-se a cultura romana, que exerceu uma notável influência no mundo ocidental, sendo que, no âmbito do Direito, tal influência evidencia-se nos inúmeros institutos advindos do Direito romano. Já, no âmbito da

religião, destacava-se o politeísmo romano, tendo consolidado uma concepção patriarcalista, absorvida por parte do Império Romano, com o advento do Cristianismo, que, declarado como religião oficial, ganhou espaço na formação do mundo ocidental. E, além de consolidar o patriarcalismo, já existente, o Cristianismo consolida, também, a monogamia e a função social da família. Dessa forma, a tradicional família romana, como sendo uma entidade familiar monogâmica, parental, patriarcal e patrimonial, veio a ser recepcionada pelo Cristianismo Medieval, que a reduziu à família nuclear, consagrando a família-modelo, considerada a base da sociedade, justificando o domínio das terras pelos patriarcas e senhores feudais.¹⁰⁹⁸ No desenvolvimento histórico, do primitivo casamento afetivo, passou-se ao casamento institucional, com o qual se buscou assegurar o patrimônio, dando origem à ideologia da família parental, patriarcal, senhorial e patrimonial. A partir de então, os patriarcas deram início à prática dos casamentos por conveniência, que se consolidaram, ao longo do tempo, revestindo-se de interesses patrimoniais e políticos, o que provocou certas interferências nas relações de afeto, advindo daí, um deslocamento, uma degeneração, um sufocamento e/ou, até mesmo, uma substituição destas.¹⁰⁹⁹ E, num contexto de aceitação da moral religiosa e da ética judaico-cristã, associada à notável influência política da igreja católica, surgiu o Direito canônico, tendo influenciado a produção normativa do ordenamento jurídico de muitos países do ocidente. Convém destacar que a origem e a continuidade da família sempre esteve associada ao referencial religioso, justificando a sua interferência na formação desta instituição, bem como nos institutos que a compõem, sendo notável a influência religiosa, em vários países do ocidente, mesmo declarados laicos.

Diante desta constatação, abordamos a família no Direito canônico, no terceiro e último tópico deste capítulo, tendo sido, este, dividido em três subtópicos. No primeiro subtópico, tratando-se do seu desenvolvimento histórico, buscamos identificar como este sistema jurídico concebe a instituição família, para, posteriormente, analisar a sua projeção na construção do sistema jurídico brasileiro, destacando-se o significativo interesse da igreja católica por temas relacionados à família, especialmente, referentes ao matrimônio, concebido como um sacramento. E, partindo-se desse pressuposto, o instituto da família foi sendo construído, juridicamente, no Direito canônico. Da análise de seu desenvolvimento legislativo, no segundo subtópico, constatamos que o Direito canônico, como sendo uma compilação de normas, fundamentado na moral religiosa e na ética judaico-cristã, serviu de fonte imediata à

¹⁰⁹⁸ BARROS, 2002, p. 5-10.

¹⁰⁹⁹ BARROS, 2002, p. 5-10.

legislação de muitos países do ocidente, contribuindo, sobremaneira, para a formação do Direito privado, tendo uma notável influência na estruturação das instituições de Direito de família, tendo sido relacionados diversos documentos pontifícios, publicados ao longo do tempo, tratando-se do tema. E, no terceiro subtópico, sem nos determos na percussão destas transformações, por todos os sistemas jurídicos, propomos uma visão sobre o sistema jurídico brasileiro, tratando-se do Direito canônico no Direito de família brasileiro, que refletiu esta tendência, consagrando muitos dos conceitos básicos da doutrina canônica, retratados neste tópico, e que, ainda hoje, encontram-se presentes no nosso sistema jurídico.

A partir de então, no segundo capítulo, analisamos a família, especificamente, no Direito de família brasileiro contemporâneo, apresentando o seu desenvolvimento histórico e legislativo, no primeiro tópico, tendo sido identificados os novos desafios do Direito de família brasileiro contemporâneo, no segundo tópico, e, ao final, apresentados os novos paradigmas do Direito de família brasileiro contemporâneo, no terceiro tópico. O primeiro tópico foi dividido em dois subtópicos, sendo que, no primeiro subtópico, dentro do desenvolvimento histórico, pudemos observar que a tradição religiosa sempre esteve presente no Brasil, verificando-se a predominância de determinada orientação confessional, a católica, desde o Brasil Império até os dias atuais. Assim, no Brasil Colonial, constatamos que a família assumiu diversas formas de arranjos familiares, sendo, posteriormente, instalada a família patriarcal, em decorrência da família romana e da família medieval. Devido à forte influência religiosa, o Direito canônico foi assimilado em nossa legislação, tendo permanecido por quase quatrocentos anos com o predomínio do modelo patriarcal. Com o advento da República até a Constituição Federal de 1988, houve uma redução progressiva do modelo patriarcal, sendo que, a partir de então, até as últimas décadas, verifica-se a substituição da família patriarcal pelo modelo nuclear, em que é valorizado o elemento psicológico e afetivo, prevalecendo o elemento individual, havendo um desaparecimento do elemento sagrado, tendo sido reduzida a influência religiosa da igreja católica.

E, após identificarmos a existência de três grandes períodos no Direito de Família, no Brasil, o Direito de família religioso ou Direito canônico (1500-1889), marcado pelo predomínio do modelo patriarcal; o Direito de família laico (1889-1988), em que houve uma redução progressiva do modelo patriarcal; e o Direito de família igualitário e solidário, (1988-até os dias atuais), em que houve a substituição da família patriarcal pela família nuclear e eudemonista, nos propomos a analisar, no segundo subtópico, o desenvolvimento legislativo da família, no Brasil, em conformidade com o meio e o contexto do sistema jurídico. Para tanto, foi considerado o Direito português, vigente, em nosso país, de 1500 até 1916, que, em sua

formação, teve influência do Direito romano, do Direito bárbaro e do Direito canônico, além da influência dos códigos civis europeus do século XIX, e do individualismo e liberalismo presentes naquela época. Partindo-se desse pressuposto, percebemos que as questões de família, no Brasil, sujeitam-se às matérias de ordem moral e ética, advindas destes três sistemas jurídicos, que originaram-se os valores e princípios que regulam a forma como a família é tutelada em nosso país. Dentro deste subtópico, inicialmente, tratamos do desenvolvimento constitucional do Direito de família no Brasil, sendo analisado o tratamento dado à família em cada uma das Constituições brasileiras, promulgadas ao longo da história do país, desde 1824 a 1988, destacando-se a redução progressiva do poder patriarcal, a partir da Constituição de 1889, período em que foi instituído o Direito de família laico (1889-1988). E, com a Constituição Federal de 1988, pudemos constatar o início do Direito de família igualitário e solidário (1988-até os dias atuais), por meio da constitucionalização do Direito de família, com a consagração normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, introduzidos na referida Constituição, redimensionando o núcleo familiar. Em seguida, ainda dentro deste subtópico, tratamos do Direito de família no Código Civil Brasileiro, sendo analisado o Código Civil de 1916, que, inserido dentro do início do período do Direito de família laico, tinha uma estrutura fortemente matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, considerando-se a família uma unidade de produção e reprodução, de caráter institucional, sendo que, no decorrer dos anos, constatamos a redução progressiva desta estrutura. E, a partir 2002, com o advento do novo Código Civil, já tendo sido inserido o terceiro período do Direito de família igualitário e solidário, pela Constituição Federal de 1988, fundamenta-se a família pluralizada, democrática, substancialmente igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, sendo considerada uma unidade socioafetiva, de caráter instrumental, tendo sido consolidados os princípios constitucionais, introduzidos na referida Constituição. Ao final deste subtópico, percebemos que, no Brasil, além de ser uma construção histórica, a família foi, também, uma construção religiosa, considerando-se o contexto de nossa cultura, em que esta é a principal fonte de tradição. Partindo-se desse pressuposto, podemos notar a existência de princípios, valores e aspectos morais, provenientes da moral cristã-católica, com fundamento no Direito canônico, tendo sido incorporadas como fonte para produção das normas no Direito de família brasileiro, estando presentes, mesmo que implicitamente, ainda, na contemporaneidade, o que nos induz a levantar uma série de questionamentos.

Diante desta constatação, no segundo tópico deste capítulo, tratamos dos novos desafios a serem enfrentados pelo Direito de família brasileiro, próprios de cada uma das modalidades de famílias, que vêm se descortinando, e convivem simultaneamente, na

contemporaneidade. Para tanto, após a descrição de cada modalidade de família, a utilizamos como um indicador da complexidade de relações, questões e conflitos que a envolvem, e, em seguida, abordamos o seu reconhecimento legal, em alguns países do mundo, e especificamente, no Brasil. A partir de então, examinamos a regulamentação das questões e conflitos advindos de cada modalidade, em nosso país, buscando estabelecer os novos desafios a serem enfrentados pelo Direito de família brasileiro, na contemporaneidade. De tal análise, verificamos que, embora o Direito de família brasileiro tenha passado por profundas alterações estruturais e históricas, com o desenvolvimento da sociedade e o avanço tecnológico, vêm surgindo novos temas, envolvendo as várias modalidades de famílias, relacionados aos novos relacionamentos afetivos, às cirurgias de mudanças de sexo, às inseminações e fertilizações artificiais, ligados aos direitos sexuais e reprodutivos, sendo, estes, alguns dos novos desafios a serem enfrentados pelo Direito de família brasileiro, na contemporaneidade.

Por fim, no terceiro e último tópico deste capítulo, apresentamos e descrevemos os princípios constitucionais, reconhecidos como os novos paradigmas do Direito de família brasileiro, na contemporaneidade, a que estão subordinadas a interpretação de suas leis, servindo de controle e limitação à infiltração da ideologia do juiz em suas decisões. A partir de então, verificamos que a aplicação do conjunto de crenças imanentes do Direito canônico, no Direito de família, passou a ser limitada, considerando-se que o Estado tem se utilizado do afeto familiar, associado a outros princípios constitucionais, como fundamento para identificar uniões familiares, afastando-se de imperativos de ordem religiosa. Com isso, tornou-se possível o reconhecimento de uma diversidade familiar, antes ignorada, sendo garantida a tutela adequada das liberdades individuais e a proteção efetiva de algumas entidades familiares que passaram a ser reconhecidas pelo Direito de família brasileiro. Cabe ressaltar que, com o estabelecimento de tais princípios como alicerce normativo de nosso sistema jurídico, tem-se uma nova configuração da esfera pública brasileira, o que traz uma série de implicações e impactos, fazendo surgir diversos questionamentos, que serão analisados com uma maior profundidade no próximo capítulo.

No terceiro e último capítulo, buscando analisar a influência do Direito canônico no Direito de família brasileiro contemporâneo, no primeiro tópico, tratamos da religião e da razão numa sociedade pós-secular, tendo examinado a instituição católica na esfera pública brasileira, no segundo tópico, sendo que, no terceiro e último tópico, analisamos a presença católica fundamentada no Direito canônico nos espaços institucionais do Direito de família da esfera pública brasileira. Tratando-se da religião e da razão numa sociedade pós-secular, descrevemos o percurso de interação entre estes dois sistemas, desde as primeiras sociedades da formação da

humanidade. Assim, verificamos que, até a Idade Média, a experiência religiosa teve forte influência, no campo jurídico. No entanto, com a ocorrência dos movimentos reformistas, no final deste período, a sociedade ocidental tornou-se mais secular, tendo sido reduzida a influência do poder institucional religioso, tornando-se possível a pluralidade religiosa, a preponderância dos direitos humanos, das liberdades fundamentais, além da laicidade, embora a presença religiosa ainda seja significativa no contexto social da contemporaneidade.

Partindo-se desse pressuposto, podemos afirmar que, até a Idade Média, o caráter de legitimidade de uma norma era conferido pela moral religiosa vigente. Já, na Modernidade, são buscadas alternativas para que o campo jurídico seja baseado na concepção iluminista de razão, sendo que o caráter de legitimidade de uma norma dissocia-se da moral religiosa, sendo conferido pela razão. E, na sociedade pós-secular, percebemos os argumentos místicos e transcendentais serem desagregados do campo de atuação do Estado, embora a influência da religião mantenha-se presente no meio social, com uma considerável expressão e apelo social. Daí, tem-se o confronto entre o Estado e a religião, fazendo com que haja a ressignificação de certos conceitos e valores, levando-nos a questionar o lugar ocupado pela religião na sociedade, e como o relacionamento entre o Estado e a religião pode afetar a vida de seus cidadãos. Isto porque o modo como o Estado se posiciona em relação à religião católica exerce influência na delimitação das liberdades individuais e, também, no processo de formação das normas jurídicas e criação de políticas públicas, podendo ser percebida diante da supressão ou mitigação de determinados direitos individuais, considerando-se a visão de mundo adotada.

No segundo tópico, abordamos a instituição católica na esfera pública brasileira. Para que fosse possível tal análise, inicialmente, no primeiro subtópico, apresentamos o conceito de esfera pública, a partir do modelo discursivo da concepção de Habermas, bastante difundida entre as teorias sociais e políticas em todo o mundo, tendo sido apresentada as suas problematizações, a partir das constatações de alguns de seus maiores críticos, dentre eles, Fraser, Young, Benhabib e McCarthy, buscando retificá-lo ou complementá-lo. A partir de tais constatações, Habermas revisou suas ideias originais de esfera pública, realizando ajustes e agregando novos pensamentos, buscando adequar o conceito aos dias atuais. De modo geral, o exame teórico do conceito de esfera pública em Habermas, a partir das constatações de alguns de seus críticos, nos permitiu aprofundar o debate que versa sobre a construção de esferas públicas em sociedades de terceiro mundo, como a brasileira, levando-se em conta o seu diversificado e complexo contexto sócio-cultural, marcada por grandes diferenças e desigualdades sociais, sendo abordado, no segundo subtópico, a esfera pública no Brasil.

A partir de então, pudemos viabilizar a construção de uma análise contextual, nos termos propostos nesta pesquisa, tendo sido apresentadas algumas correções ao modelo original, de Habermas, sugeridas por Costa e Avritzer, mediante a inclusão de novos públicos dentro da análise, além da inclusão dos contrapúblicos subalternos, e dos públicos diásporos, tais como as redes sociais de movimentos e de imigrantes, acrescidos dos públicos participativos e deliberativos. Buscando aplicar o modelo habermasiano no contexto das democracias participativas, como o Brasil, Pinto alega que devem ser consideradas as formas de acesso da sociedade civil, nestes espaços, se vinculadas ao convite do Estado ou se originadas nos próprios espaços. A partir de então, tornou-se possível a identificação de seus usos e suas implicações na democracia contemporânea, viabilizando a abordagem da instituição católica na esfera pública brasileira, no terceiro subtópico.

No terceiro e último subtópico, pudemos perceber que, embora tenha ocorrido um rompimento com as respostas fixas fornecidas pela tradição católica, não houve qualquer tipo de substituição destas por outras, considerando-se que os fundamentos da sociedade brasileira, desde a modernidade, passaram a ser flexíveis, tornando-se passíveis de ressignificação. Assim, na contemporaneidade, argumentos religiosos, mesmo tendo um caráter majoritário, não são mais capazes de legitimar decisões políticas ou jurídicas, considerando-se a superação dos modelos de sociedade tradicional, com a consequente abertura de espaços para a autonomização de sistemas sociais e de seus códigos fundamentais. No entanto, a igreja católica, como parte essencial da cultura brasileira, pode opinar sobre a criação das leis e estruturação de políticas públicas, no Brasil, assim como as demais religiões existentes em nosso país. Entretanto, a decisão final é definida pelo povo, através de suas formas de representação política, por meio de governos e parlamentares. Dessa forma, ainda se mantém a influência da instituição católica nas nossas concepções morais sobre o que é certo ou errado, sobre o que é bom ou mau, considerando-se que os legisladores, juristas e parlamentares são influenciados em suas visões de mundo pelas suas respectivas religiões e cosmovisões. Mas isso não significa que seja legítima toda e qualquer atuação da instituição católica na esfera pública, devendo ser verificadas as diferentes possibilidades de articulação deste grupo confessional com a sociedade política, considerando-se o direito à garantia da liberdade religiosa, bem como o respeito ao pluralismo religioso. De modo geral, no Brasil, a perspectiva religiosa continua servindo de fundamento em debates de ordem política e jurídica, apesar do contexto local, tratando-se, o Brasil, de um Estado democrático e laico; e do contexto da época, em face do intenso processo de secularização já vivenciado em nosso país.

Em face do exposto, no contexto de esfera pública de nosso país, podemos perceber que a instituição católica deixou de ser estruturante, tendo deixado de comandar a forma política da sociedade e de definir a economia da relação social, da forma como era antes. Com isso, o estatuto do sagrado vem sendo transformado pelo próprio desenvolvimento da religião católica - que tem passado por um processo de transformação -, pela instauração de uma maior dominação política e pelo crescente avanço da ciência. Além disso, a instituição católica não é mais a exclusiva produtora de valores sociais, tendo que dividir o espaço público com outras instituições. E, tendo sido constatada a presença da igreja católica nos espaços institucionais da esfera pública, na contemporaneidade, qual seria o sentido desta influência, quais as modalidades em que ela se apresenta, quais os seus impactos e implicações, e como poderia ser regulada a relação entre os seus interlocutores? Buscando encontrar respostas a tais questões, nos propomos a analisá-las no próximo tópico desta pesquisa.

No terceiro e último tópico deste capítulo, nos propomos a analisar a presença católica fundamentada no Direito canônico nos espaços institucionais do Direito de família da esfera pública brasileira. Ao longo deste trabalho, pudemos perceber, no desenvolvimento do Direito de família brasileiro, a influência de um arcabouço religioso, que ainda persiste na contemporaneidade, sendo cabível o questionamento que se faz quanto ao sentido desta influência, quanto aos seus limites, às suas modalidades e aos seus impactos, considerando-se como fonte, o Direito canônico, bem como quanto às implicações e regulamentação da relação entre os interlocutores deste sistema jurídico e os interlocutores do Direito de família brasileiro. Assim, dividimos este tópico em outros cinco subtópicos, sendo que, no primeiro subtópico, tratamos do significado da presença do Direito canônico no Direito de família brasileiro.

De tal análise, no primeiro subtópico, a partir de conceitos apresentados por Habermas e algumas considerações de Zabatiero, constatamos o papel peculiar do Direito canônico em meio às transformações do Direito de família brasileiro, em que, por meio de uma trajetória histórica e legislativa, percebemos que a religião católica, no Brasil, além de ter influenciado a nossa cultura e a nossa política, também preencheu um vácuo normativo e principiológico, com relação à formulação do nosso ordenamento jurídico. E é notável a existência de princípios, valores e aspectos morais provenientes do Direito canônico, tendo sido incorporados pelo Estado, fundamentando a nossa produção normativa, implícita ou explicitamente, e que permanecem até os dias atuais. Portanto, deve ser reconhecido o papel motivacional auxiliar que a tradição católica presta à consciência normativa, formada a partir do sistema de direitos.

No segundo subtópico, examinamos os limites da influência do Direito canônico no Direito de família brasileiro, também, a partir dos conceitos de Habermas, com a visão crítica

de Zabatieiro. Partindo-se desse pressuposto, e buscando aplicá-lo no contexto brasileiro, verificamos que, no Brasil, enquanto a crescente secularização avança, a laicidade encontra-se freada, o que tem promovido processos históricos de aprendizagem, que vem potencializando a capacidade dos cidadãos de resolver problemas mediante o raciocínio instrumental. E, considerando-se o contexto de uma sociedade pós-secular, em que deve ser garantida a liberdade religiosa e a pluralidade religiosa, o Brasil mantém, na esfera pública, a separação entre jogos de linguagem religiosos e não-religiosos e jogos de linguagem metafísicos e pós-metafísicos, sendo preservado o caráter formal não-epistêmico do debate público. Tratando-se dos limites da influência do Direito canônico no Direito de família brasileiro, quanto à participação dos cidadãos, ao uso e apropriação do espaço público, por uma religiosidade historicamente consolidada, numa sociedade pós-secular, marcada por um pluralismo religioso, pela garantia da liberdade religiosa e da tolerância, percebemos que, embora tenha perdido a legitimidade para organizar o espaço público, da maneira como, tradicionalmente, atuava, a igreja católica continua tendo uma significativa influência na esfera pública brasileira. Isto porque, ainda hoje, assume a responsabilidade de muitos ritos civis existentes que regem a sociedade. Assim, podemos notar o Direito canônico como fundamento de muitas leis, especialmente, no Direito de família, fazendo-se presente na esfera pública, implícita ou explicitamente, sendo, inclusive, utilizado para expressar ou demandar no espaço público, por meio dos parlamentos, tribunais e na administração pública. Com isso, configura-se uma forte instrumentalização entre a instituição católica e o Estado, no Brasil, consubstanciada na expressiva defesa de valores morais conservadores, por meio da atuação de grupos conservadores. No entanto, o processo de modernização experimentando em nosso país provoca a instituição católica a atualizar as suas tradições, o que não deixa de ser um grande desafio, a fim de que possa ser garantida a sua manutenção na esfera pública brasileira.

No terceiro subtópico, descrevemos as modalidades e impactos da presença do Direito canônico no Direito de família brasileiro. Nesta perspectiva, dentro da esfera pública brasileira, identificamos a manifestação de diferentes grupos dinâmicos, como protagonistas que articulam debates, inseridos na política partidária, nas direções, nos movimentos político-sociais de base, envolvendo temas controversos, buscando a consolidação de políticas públicas e regulamentação jurídica de seus direitos. Por um lado, temos os agentes que representam a defesa pelo reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos, pela diversidade de gênero, cultural e ética; por outro lado, temos os grupos conservadores, composto por religiosos que, alicerçados na reconfiguração de premissas teológicas, defendem os princípios morais e religiosos sobre a vida e a família. E tais grupos manifestam-se no debate público, por meio de

diversas modalidades: pela representatividade formal, resultante de eleições, de governos e parlamentares; pela participação de instituições em fóruns decisórios, tais como lobby, audiências públicas ou atuação como *amicus curiae*; ou mesmo, pela religiosidade ou engajamento dos que atuam na vida pública. A partir daí, como impacto da inserção de tais grupos na configuração da esfera pública, surgem as suas demandas, tais como as relacionadas aos direitos sexuais e reprodutivos, das novas modalidades de famílias existentes, sendo consolidada a agenda de trabalho e de incidência pública, por meio de seus grupos profissionais especializados e das forças políticas que os representam.

No quarto subtópico, tratamos, especificamente, das implicações da presença do Direito canônico no Direito de família brasileiro, diante da necessidade da manutenção dos paradigmas religiosos na sociedade contemporânea, num contexto institucional de laicidade e Estado democrático. Tendo a laicidade como contexto institucional, o Estado deve estar legitimado na soberania popular, em detrimento dos dogmas religiosos, garantindo a igualdade e a liberdade religiosa, individual e coletiva entre os que professam diferentes crenças, e entre os que não professam crença alguma, sendo respeitado o pluralismo religioso, a autonomia individual e os direitos fundamentais. No entanto, a realidade política de países tradicionalmente católicos, como o Brasil, demonstra a existência de uma “separação” orgânica e institucional das funções, assim como autonomia administrativa recíproca entre os agrupamentos religiosos e o Estado, embora suas políticas públicas e normas legais permaneçam inspiradas em valores, crenças e princípios religiosos. Contudo, a legitimidade, os princípios e os valores primordiais do Estado e do Governo brasileiro têm sido justificados a partir de argumentos seculares, fundados em princípios e justiça aceitáveis por todos, procurando garantir a neutralidade, ou imparcialidade frente às diferentes cosmovisões ideológicas, filosóficas e religiosas existentes na sociedade.

E, tendo o Estado democrático de Direito como contexto institucional, inicialmente, apresentamos o conceito de democracia desenvolvido por Dahl, relacionado à forma de participação popular, bem como à absorção de suas demandas majoritárias, no âmbito governamental, sendo questionado, ao final, quanto à abrangência da soberania da maioria, na eventualidade de significar restrição de direitos à minoria. No caso do Brasil, verificamos que a religião católica, mesmo sendo a religião predominante na população, não poderia impor-se àqueles que não professam a mesma fé, o que violaria direitos fundamentais da minoria. Além disso, não seria cabível a discussão democrática com o uso de argumentos baseados em dogmas, no contexto institucional de um Estado laico e de uma democracia constitucional.

Por fim, no quinto e último subtópico, analisamos a regulamentação da relação entre os interlocutores do Direito Canônico e os interlocutores do Direito de família brasileiro, apresentando a “concepção pública de justiça” e a tolerância como forma de viabilização da integração entre estes dois sistemas jurídicos no Brasil, a partir de Rawls e Habermas. Segundo Rawls, há o entendimento de que seria necessária uma “concepção pública de justiça” entre os membros da sociedade, que serviria de fundamento quanto aos princípios, critérios, preceitos e normatização legal, possibilitando a pluralidade religiosa e o respeito aos direitos fundamentais, devendo ser garantida pelas instituições democráticas, com a consolidação da laicidade. Neste aspecto, verificamos que a tradução e a inclusão dos conteúdos religiosos ligados ao Direito canônico, na esfera pública do Direito de família, na sociedade brasileira pós-secular, marcada por um persistente pluralismo religioso e multiculturalismo de ideias e convicções, tem sido alterada, embora, sensivelmente. Isto porque, a integração política entre os cidadãos católicos e não católicos, no contexto do debate público, acerca de questões políticas controversas, relacionadas às novas formações de famílias existentes, quanto à ampliação, efetivação e respeito aos seus direitos fundamentais, que se chocam com o princípio da liberdade religiosa e visão de mundo das religiões, tem ocorrido por meio do uso da razão pública. No entanto, o proviso, proposto por Rawls, nem sempre é possível de ser constatado, diante da dificuldade de sua comprovação, considerando-se que os verdadeiros argumentos que fundamentam uma posição trazida à esfera pública podem estar ocultos. Já a proposta habermasiana de tradução cooperativa de conteúdos religiosos, que parece dispor de um teor inclusivista de maior alcance, é possível de ser identificada com uma maior clareza, inclusive, sendo utilizada para aliviar as tensões sociais, ocasionadas pelo conflito entre os ideais de vida inscritos nas visões de mundo das diferentes formas de vida religiosa. Nesse sentido, tem-se a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o reconhecimento de uniões homoafetivas, no âmbito do julgamento conjunto da ADPF 132, de 2008, e da ADI 4227, de 2009, que julgou procedente as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, em que a igreja católica participou do debate como *amicus curiae*, tendo prevalecido na decisão final, argumentos da razão pública.

E, buscando a coexistência entre pluralismo religioso e democracia, com a exigência de respeito ao princípio da inclusão, no Estado democrático de direito, considerando-se o conflito entre crenças, práticas e formas de vida, que põem em risco a integração social da comunidade política, apresentamos o conceito de tolerância, proposto por Habermas, justificada em virtude da política, pelo mesmo autor, e em virtude da justiça, por Forst. Nesse sentido, Habermas apresenta a compreensão e justificação do conceito de tolerância, nas sociedades

marcadas por diferentes e incompatíveis ou conflitantes imagens de mundo, em que são elaborados e articulados os contextos da justificação e o contexto da tolerância. Para tanto, estabelece uma distinção entre tolerância e não discriminação, baseada em uma dissonância cognitiva, aplicável às imagens de mundo concorrentes e mutuamente excludentes, resultando em uma diferenciação das expectativas normativas, referente à resolução de dilemas que envolvem formas de vida culturalmente diferenciadas. Partindo-se desse pressuposto, nas situações em que as objeções a crenças e práticas de uma forma de vida particular não se encontrarem baseadas em razões públicas, não caberia falar em tolerância, mas em não discriminação ou não preconceito, na luta pela igualdade de direitos de cidadania e reconhecimento de direitos culturais, como é o caso das questões e conflitos, identificados nas novas modalidades de famílias existentes, consideradas vulneráveis e marginalizadas. Daí, surgem os questionamentos quanto às crenças e práticas, que poderiam ser “eticamente objetáveis ou erradas”, mas que não poderiam ser igualmente julgadas como “moralmente rejeitáveis”, com base em “razões públicas”, dada a existência de razões de aceitação, que superam as razões de objeção, tornando-se, portanto, objeto da tolerância. Além disso, questionam-se quanto àquelas crenças e práticas, “eticamente objetáveis ou erradas” e “moralmente rejeitáveis”, que não poderiam ser toleradas, sob qualquer justificação moral, baseada em “razões públicas”. Neste aspecto, vale ressaltar, segundo Forst, que, nem sempre seria possível estabelecer quais razões são “públicas”, para constituir o fundamento de objeções razoáveis às crenças e práticas de alguém, considerado “eticamente diferente” de “nós”, ou mesmo, se estas mesmas razões estariam “disponíveis”, conforme salienta Lafont.

De modo geral, considerando-se os posicionamentos apresentados, buscando aplicá-los na esfera pública da sociedade brasileira contemporânea, pós-secular, num contexto institucional de laicidade e Estado democrático, devemos reconhecer o papel que as tradições religiosas católicas do Direito canônico prestaram à normativa legal do Direito de família, formada a partir deste sistema de direitos, sendo que a persistência da religião católica e de suas tradições, em nossa sociedade, na contemporaneidade, poderia ser compreendida como um indicativo de que cidadãos católicos e seculares deveriam submeter-se a um processo de aprendizagem recíproco, o que viabilizaria respostas às questões e conflitos sociais, surgidos a partir dessas novas modalidades de famílias existentes, marginalizadas e vulneráveis. Inclusive, poderíamos admitir que tal processo possibilitaria aos cidadãos católicos reconhecerem os limites da fé, e, aos cidadãos seculares, reconhecerem os limites da razão, diante das questões controversas apresentadas de interesse coletivo, por meio do recurso às razões, produzidas pelo diálogo entre religião e razão, em um fluxo de comunicação com enfoque cognitivo, necessário

à concretização de processos de aprendizagem social. Para tanto, seria necessário que os cidadãos católicos e seculares, diante do reconhecimento dos limites de suas cosmovisões, procurem se ouvir, mutuamente, nos debates públicos, como mecanismo de integração social, o que faz parte de um processo de aprendizagem histórica, do qual estamos vivenciando, embora, de forma lenta, acidentada e gradual.

Por fim, faz-se necessário ressaltar que, com esta pesquisa, não tivemos a pretensão de encerrar o debate sobre o tema, mas apenas de propor uma reflexão a seu respeito, a partir dos questionamentos levantados, com uma preocupação de apresentar um referencial teórico que pudesse fundamentar e direcionar as respostas apresentadas, em relação à configuração da esfera pública no Brasil, no que se relaciona aos seus usos, impactos e implicações diante da delimitação dos diferentes discursos das modalidades identificadas, associado à apresentação de ações e estratégias efetivas a serem utilizadas, visando regulamentar referido espaço. E, a partir da reflexão proposta, seguida de sucessivos debates e discussões, poderíamos encontrar respostas às outras questões relevantes envolvendo o assunto, que não foram respondidas neste trabalho, por necessitarem de um maior aprofundamento, relacionando ao sentido das repercussões no uso e na apropriação do espaço público por uma religiosidade historicamente consolidada;¹¹⁰⁰ bem como ao papel ocupado pela religião em meio às transformações da sociedade moderna.¹¹⁰¹ E, considerando-se que a religião católica atual apresenta-se totalmente renovada, talvez seja conveniente perguntar-se, também, a respeito da pertinência das abordagens clássicas,¹¹⁰² se seriam capazes de levantar questões pertinentes à época. Ao final da presente pesquisa, pudemos perceber que, em meio ao contexto dos conflitos advindos da contemporaneidade, as questões a serem levantadas não estão ligadas à presença da religião na esfera pública, sendo que o grande desafio é repensar a religião, com a compreensão de que os valores, os princípios, a cultura e as identidades devem articular-se com a democracia, a pluralidade e os direitos fundamentais, buscando alcançar a justiça, que requer legitimidade para se firmar. Para tanto, é imprescindível que as identidades das pessoas envolvidas sejam confirmadas e renovadas, no debate proposto, o que fará com que sintam pertencidas à sociedade da qual fazem parte.

¹¹⁰⁰ ORTIZ, Renato. Anotações sobre religião e globalização. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, n. 47, out. 2001, p. 59-74.

¹¹⁰¹ MARTELLI, Stefano. *A religião na sociedade pós-moderna: entre secularização e dessecularização*. Trad. Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulinas, 1995, p. 74.

¹¹⁰² SANCHIS, Pierre. Ainda Durkheim, ainda a religião. In: ROLIM, Francisco (Org.). *A religião numa sociedade em transformação*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 11-31.

REFERÊNCIAS

- ACOSTA, A.R; VITALE, M.A.F. (Orgs.). *Família: redes, laços e políticas públicas*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2007.
- ALEMANHA, 1990. Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - ESchG), Disponível em: <<https://bit.ly/2DUjPV8>>. Acesso em: 28 nov. 2018.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALGRANTI, Leila Menzan. Famílias e vida doméstica. In: NOVAIS, Fernando A. (Coord.); MELLO E SOUZA, Laura de (Org.). *História da vida privada: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. *Liberalismo político, constitucionalismo e democracia. A questão do ensino religioso nas escolas públicas*. Belo Horizonte: Argumentum, 2008.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. 2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- AMARAL, Francisco. Direito constitucional: a eficácia do código civil brasileiro após a Constituição. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *DSM-V: Diagnostic and statistical manual of mental disorders*. Washington, DC: American Psychiatric Publishion, 2013.
- ANAJURE - Associação Nacional de Juristas Evangélicos. Disponível em: <<http://bit.ly/2HR YAF2>>. Acesso em: 03 jun. 2019.
- ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de. *História constitucional do Brasil*. 9. ed. São Paulo: OAB Ed., 2008.
- AQUINO, Tomás de, Santo. *Suma contra os gentios*. 2. v. Tradução de D. Odilão Moura e D. Ludgero Jasper. Porto Alegre: EDIPUCRS: EST, 1996.
- ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Apresentação à edição brasileira. In: HABERMAS, Jürgen. *Fé e Saber*. São Paulo: UNESP, 2013a.
- ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. A ideia rawlsiana da razão pública como tréplica à crítica habermasiana. In: OLIVEIRA, Nythamar de; SOUZA, Draiton Gonzaga de (Orgs.). *Justiça global e democracia: homenagem a John Rawls*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 353 -367.
- ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. John Rawls e a visão inclusiva da razão pública. *Dissertatio*, Pelotas, n. 34, 2011, p. 95-105.
- ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Pluralismo e justiça: estudos sobre Habermas*. São Paulo: Loyola, 2010.
- ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Razão pública e pós-secularismo: apontamentos para o debate. *Ethic@*, Florianópolis, n. 3, v. 8, 2009, p. 155-173.

ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. *Religião e modernidade em Habermas*. São Paulo, Loyola, 1996.

ARENDT, Hannah. *Love and Saint Augustine*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

ARIÈS, P. *História social da criança e da família*. 2. ed. Tradução de Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ARIÈS, P. *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, Paris: Seuil, 1973.

ARIÈS, P. *O amor no casamento*. In: BÉJIN, A.; ARIÈS, P. *Sexualidades Ocidentais*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

ARIÈS, P.; DUBY, Georges. *História da vida privada: Do império romano ao ano mil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. *Código civil comentado*. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

AUBRY, C.; RAU, C. *Cours de droit civil français*. v. 7. Paris: Marchal & Billard, 1869.

AÚSTRIA. *Áustria e o mundo: comissão de bioética*. Disponível em: <<http://bit.ly/2K5mhMc>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sergio. Teoria crítica, democracia e esfera pública: concepções e usos na América Latina. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 47, nº 4, 2004, p. 703-728.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família*. São Paulo: Atlas, 2013.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto de família de fato*, São Paulo: Ed. Jurídica Atlas, 2002.

AZEVEDO, Sarah Fernandes Lino. A ideias de ordem e desordem imperial relacionadas às leis matrimoniais de Augusto: uma análise sob a ótica das relações de gênero. *Mare Nostrum*. v 5, n. 5, p. 44-58, São Paulo: 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/marenostrum/article/view/105874/104563>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BACHOFEN, Johann Jakob. *Das Mutterrecht: eine untersuchung über die gynaikokratie der alten welt nach ihrer religiösen und rechtlichen natur*. Stuttgart: Verlag von Kraiss & Hoffmann, 1861.

BACHOFEN, Johann Jakob. *Myth, religion, and mother right*. New York: Princeton University Press, 1967.

BAGNOLI, Vicente Renato; FONSECA, Ângela Maggio da; JUNQUEIRA, Paulo Augusto de Almeida. Estados intersexuais. Diagnóstico e tratamento. *SOGESP - Associação de Obstetrícia e Ginecologia do Estado de São Paulo*. Disponível em: <www.sogesp.com.br>. Acesso em: 12 out. 2018.

BAHIA, Cláudio José Amaral. A natureza jusfundante do direito à família. *Revista do IASP*, São Paulo, ano 11, n. 22, p. 21, jul./dez. 2008.

BARASSI, L. *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1947.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios*. São Paulo: Ideias e Letras, 2004.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de Direito civil*. v. 4. São Paulo: Método, 2005.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, vol. 4, n. 14. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, jul.-set. 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise*. São Paulo: Imago, 2003.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; BONNECASE, Julien. *Traité théorique e pratique de droit civil*: supplément. v. 4. Paris: L. Larose et L. Tenin, 1905-1909.

BAUMAN, Zigmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Título original: *Liquid love: on the frailty of human bonds*. Tradução e edição brasileira, Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2004.

BAYLE, Pierre. *Philosophical commentary on these words of Jesus Christ, compel them to come in*. Trad. e ed. de A. Godman Tannenbaum. Nova York: Peter Lang, 1987.

BELLA, Gianluca Maria. A fecundação medicalmente assistida entre “direito” e “ética” na época da tecnologia. *Revista de Informação Legislativa*, p. 89-99. Brasília a. 46, n. 182, abr./jun. 2009.

BENHABIB, Seyla. Models of public sapace: Hannah Arendt, the liberal tradition, and Jürgen Habermas. In: CALHOUN, Craig. (Ed.). *Habermas and the public sphere*. Cambridge: MIT Press, 1992.

BÉJIN, A; ARIÈS, P. *Sexualidades ocidentais*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BENTO, Berenice. Transgêneros, direitos humanos e legislação. *Universidade de Brasília*. Disponível em: <<http://www.unb.br/acs/unbclipping/cp050502-11.htm>>. Acesso em 20 nov. 2018.

BERLINGUER, Giovanni. *Bioética cotidiana*. Tradução de Lavínia Bozzo Aguilar Porciúncula. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. 10. ed. v. 1 e 2. São Paulo: Francisco Alves, 1954.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Atualizado por Achilles Beviláqua. 8. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1950.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1916.

BILAC, Elisabete Dória. Família: algumas inquietações. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (Org.). *A família contemporânea em debate*. São Paulo: EDUC/Cortez, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. In LOREA, Roberto Arruda (Org.) *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BLÁZQUEZ, Niceto, O. P. *Bioética la nueva ciencia de la vida*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: UNB, 2004.

BOFF, Leonardo. *Virtudes para um mundo possível*. Convivência, respeito e tolerância. Petrópolis: Vozes, 2006.

BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: F. Vallardi, 1902.

BONFANTE, Pietro. *Opere complete di Pietro Bonfante*. Storia del diritto romano. Milano: Giuffré, 1958.

BONFANTE, Pietro. *Storia del diritto romano*. v. 1. Milano: Società Editrice Libreria, 1923.

BONNECASE, Julien. *La philosophie du code napoléon appliquée au droit de famille*. 2. ed. Paris: E. De Bocard, 1928.

BONNET, Emilio Federico Pablo. *Medicina legal*. v. 2. 2. ed. Buenos Aires: Lopez Libreros editores SRL, 1980, p. 1.009 *apud* SUTTER, 1993.

BRAHINSKY, Corinne Renault. *Droit de la famille*. Paris: Dunod, 1994.

BRANDÃO, Debora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

BRANDÃO, Marcus Lira. *As bases psicofisiológicas do comportamento*. São Paulo: EPU, 1991.

BRANDILEONE, Francesco. Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia. Milano: 1906 *apud* FINOCCHIARO, Francesco. *Matrimonio civile, formazione, validità, divorzio*. 2. ed. Milano: A. Giuffrè, 1989.

BRASIL. (Constituição 1934). *Constituição Federal de 1934*. Disponível em: <<http://bit.ly/2Xewh8P>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. (Constituição 1946). *Constituição Federal de 1946*. Disponível em: <<http://bit.ly/2KaqltX>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. (Constituição 1967). *Constituição Federal de 1967*. Disponível em: <<http://bit.ly/2EEwXgs>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. (Constituição 1981). *Constituição Federal de 1981*. Disponível em: <<http://bit.ly/2WcIoGZ>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. (Constituição 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://bit.ly/2JMUFvg>>. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL. ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução RDC nº 81, de 5 de novembro de 2008*. Disponível em: <<https://bit.ly/2JCbABr>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. ANVISA. *Resolução RDC nº 23, de 27 de maio de 2011*. Disponível em: <<https://bit.ly/2uslHi4>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. ANVISA. *Resolução RDC nº 72, de 30 de março de 2016*. Disponível em: <<https://bit.ly/2YlzaG8>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. *Código Civil. 1916. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Disponível em: <<http://bit.ly/2QvPBvO>>. Acesso em: 3 out. 2018.

BRASIL. *Código Civil. 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <<https://bit.ly/1drzx5j>>. Acesso em: 10 out. 2018.

Brasil. *Código de Processo Civil. 2015. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <<http://bit.ly/2W4AP0m>>. Acesso em: 2 out. 2018.

BRASIL. CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013*. Disponível em: <<http://bit.ly/2Dn2frI>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 3.069, de 17 de março de 1863*. Disponível em: <<http://bit.ly/2W5SK6Z>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890*. Disponível em: <<http://bit.ly/2Z0Kkj3>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Disponível em: <<http://bit.ly/2wwYvQo>>. Acesso em: 1 out. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005*. Disponível em: <<http://bit.ly/2WjrCBu>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977*. Disponível em: <<http://bit.ly/2XdRJuC>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. *Lei nº 1.144, de 11 de setembro de 1861*. Disponível em: <<http://bit.ly/2W5fHH3>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Disponível em: <<http://bit.ly/2HHo7ka>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <<http://bit.ly/30XmkPC>>. Acesso em: 1 out. 2018.

BRASIL. *Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001*. Disponível em: <<http://bit.ly/2IkJV5o>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Disponível em: <<http://bit.ly/2KmwUdG>>. Acesso em 25 nov. 2018.

BRASIL. *Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Disponível em: <<http://bit.ly/2F8PrGv>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Disponível em: <<https://bit.ly/2U7fdRi>>. Acesso em 10 nov. 2018, Art. 2º, *caput*.

BRASIL. *Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019*. Disponível em: <<http://bit.ly/2HKgIpQ>>. Acesso em: 29 mai 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Direitos sexuais e direitos reprodutivos: uma prioridade do governo*. Brasília: Ministério da Saúde, 2005, 24 p. Disponível em: <<http://bit.ly/2WEeGdr>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

BRASIL. *Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013*. Disponível em: <<http://bit.ly/2Dn2frI>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.277/DF*, de 05 de maio de 2011. Requerente: Procuradora Geral da República. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília: 05 de maio de 2011. Disponível em: <<https://bit.ly/1JBYbBy>>. Acesso em: 1 out. 2018.

BRASIL. STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132/RJ*, de 05 de maio de 2011. Requerente: Procuradora Geral da República. Intimado: Presidente da República. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília: 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2UMijOi>>. Acesso em: 1 out. 2018.

BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4275/DF*, de 1 de março de 2018. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://bit.ly/2JSw7xW>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

BRASIL. STF. *Recurso Extraordinário - REx nº 227.114/SP*, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, julgado em 22.11.2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2RjhAz7>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUNDESKANZLERAMT. *Áustria e o mundo: comissão de bioética*. Disponível em: <<http://bit.ly/2K5mhMc>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

BURITY, Joanildo A. Religião, política e cultura. *Tempo social*, v. 20, n. 2, p. 83-113, 2008.

BUSIN, Valéria Melki. (Org.). *Direitos Humanos para ativistas por direitos sexuais e direitos reprodutivos*. São Paulo: Secretaria de Políticas para Mulheres/ Católicas pelo Direito de Decidir, 2013.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

CAMARA, Victória Albuquerque. *O paradigma religioso e a construção do direito das famílias brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2015, 57 p. Monografia (Graduação) Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2Pj9e9V>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

CANEVACCI, Massimo. (Intr. e Org.). *Dialética da família gênese, estrutura e dinâmica de uma instituição repressiva por:* Engels, Freud, Reich, Marcuse, Fromm, Lévi-Strauss, Adorno, Horkheimer, Habermans, Laing e outros. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Leo Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2013.

CARBONIER, Jean. *Flexible droit*. 8. ed. Paris: LGDJ, 1995.

CARBONIER, Jean. *Droit civil*. Paris: Presses Universitaires de France, v. 2, 1955.

CARVALHO NETO, Inácio Bernardino de. *A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no Direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005, 233 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/2TU5ReZ>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

CASANOVA, José. *Public religions in the modern world*. University of Chicago Press, 2011.

CHAVES, Antonio. Castração, esterilização, mudança artificial de sexo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 69, v. 542, dez. 1980.

CICU, Antonio. *Il diritto di famiglia*. Roma: Arnaldo Forni, 1914.

CLARCK, George L. *Summary of american law*. v. 1. Rochester: The Lawyers Co-operative Publishing Company, 1947.

COELHO, A. Ferreira. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 1. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1920.

COMTE, A. Catecismo Positivista. São Paulo: Nova Cultural. In: *Os Pensadores*. Primeira Conferência: Teoria geral da religião, 1988.

COMTE, A. Curso de filosofia positiva. In: *Os Pensadores: Comte*. São Paulo, Abril Cultural, 1978.

COMTE, A. *Système de politique positive ou traité de sociologie instituant la religion de l'humanité*, v. 4. 3. ed. Paris: Larousse, 1890.

IV CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER. *Ação para a igualdade, o desenvolvimento e a paz*. Pequim: 1995. Disponível em: <<https://bit.ly/2RGK4Xb>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. DONUM VITAE. *Carta dos direitos da família, de 25 de novembro de 1983*. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_po.html>. Acesso em: 11 mar. 2019.

CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. *Instrução dignitas personae, de 8 de setembro de 2008*. Disponível em: <<https://bit.ly/2OIbFBa>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. *Instrução donum vitae, de 22 de fevereiro de 1987, Roma*. AAS 80, 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/2uz3XkY>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

CONGRESSO INTERNACIONAL. *Mulher e homem, o humanum na sua integridade*. Roma: 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/2FTAZTg>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.664, de 13 de maio de 2003*. Disponível em: <<https://bit.ly/2KS7m5S>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.955, de 3 de setembro de 2010*. Disponível em: <<https://bit.ly/2zDtexd>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.168, de 10 de novembro de 2017*. Disponível em: <<https://bit.ly/2PSEoaL>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013*. Disponível em: <<http://bit.ly/2Dn2frI>>. Acesso em: 1 out. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pedido de providências nº 1459-08.2016.2.00.0000*. Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS. Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Título de São Vicente-SP e Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Tupa. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 29.06.2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2QD87oN>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

CORNU, Gérard. *Droit civil: la famille*, 7 ed. Paris: Montchrestien, 2001.

CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania*. Ijuí: Unijuí, 1999.

COSTA, Maria Emília Corrêa da. Apontamentos sobre a liberdade religiosa e a formação do Estado laico. In: LOREA, Roberto Arriada. (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. *Constituição Federal anotada e explicada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COSTA, Sergio. Esfera pública, e as mediações entre cultura e política: para uma leitura sociológica da democracia. *Revista Travessias*, nº 1, Rio de Janeiro, 2000.

COSTA, Sergio. La esfera pública y las mediaciones entre cultura y política: el caso de Brasil. *Metapolítica*, v. 3, n. 9, 1999.

COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

D'AGUANO, Giuseppe. *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*. Torino: Fratelli Bocca, 1890.

DAHL, Robert. *A preface to democracy theory*. Chicago: University of Chicago Press, 1956.

DAHL, Robert. *Polyarchy*. Participation and opposition. New Haven and London: Yale University Press, 1971.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. rev. e atual. por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Rio. 1979.

DARWIN, Charles. *La descendance de l'homme et sélection sexuelle*. Paris: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015.

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

DEGNI, Francesco. *II diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*. Padova: CEDAM, 1943.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil: derecho de família*. v. 4. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2006.

DINIZ, Débora; AVELINO, Daniel. Cenário internacional da pesquisa em células tronco embrionárias. *Revista de Saúde Pública*, v. 43, n. 3, São Paulo, Mai./Jun. 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2zHDBjL>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

DINIZ, Débora; LIONÇO, Tatiana; CARRIÃO, Vanessa. *Laicidade e ensino religioso no Brasil*. Brasília: UNESCO: Letras Livres: Ed. UnB, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. v. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. v. 5. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro: Direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro: direito de família*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10 ed.. São Paulo: Saraiva, 2017.

DOMINIS, Marco Antonio de. *De republica ecclesiastica*. Londres: 1617.

DREHER, M. N. *Para entender o fundamentalismo*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

DUGUIT, Léon. *Léçons de droit public général*, Paris: Boccard, 1926.

DURKHEIM, É. *The elementary forms of the religious life*. Transl. from the French by Joseph Ward Swain. Free Press, 1968.

DURKHEIM, É. *The elementary forms of religious life*. Oxford: Oxford University Press, 2001 (1912).

DURKHEIM, É. *Textes*: 1. *Éléments d'une théorie sociale*. Présentation de Victor Karady. Paris: Les Éditions de Minuit, 1975a.

DURKHEIM, É. *Textes*: 2. *Religion, morale, anomie*. Présentation de Victor Karady. Paris: Les Éditions de Minuit, 1975b.

DURKHEIM, É. *Textes*: 3. *Fonctions sociales et institutions*. Présentation de Victor Karady. Paris: Les Éditions de Minuit, 1975c.

DURKHEIM, É. *Introduction à la sociologie de la famille*. In: *Textes*: 3. *Fonctions sociales et institutions*, Présentation de Victor Karady. Paris: Les Éditions de Minuit, 1975d.

DURKHEIM, É. *La famille conjugale*. In: *Textes*: 3. *Fonctions sociales et institutions*, Présentation de Victor Karady. Paris: Les Éditions de Minuit, 1975e.

DURKHEIM, É. *Remarque sur la méthode en sociologie*. Paris: 1908.

DWORKIN, Ronald. *Religion without God*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

EISMEIN, Adhémar. *Le mariage em droit canonique*. Paris, 1891, t. 1 e 2.

EMMERICK, Rulian. *Religião e direitos reprodutivos*. O aborto como campo de disputa política e religiosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

EMMERICK, Rulian. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária Ed., 1954.

ESQUIVEL, Juan Cruz. A marca católica na legislação argentina. O caso da assistência religiosa nas Forças Armadas. In: LOREA, Roberto Arruda (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodvim, 2016.

FARINA, Roberto. Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estudos de intersexualidade e das parafilias *apud* SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

FERNANDES, Wescley. Sobre o conceito de tolerância em Habermas. *AUFKLARUNG Revista de filosofia*, João Pessoa, v. 4, p. 61-86, abril, 2017.

FERNÁNDEZ, Javier Gafo. *10 palavras-chave em bioética: bioética, aborto, eutanásia, pena de morte, reprodução assistida, manipulação genética, AIDS, drogas, transplantes de órgãos, ecologia*. Traduzido por Maria Luisa Garcia Prada. São Paulo: Paulinas, 2000.

FERRY, Luc. *Famílias: amo vocês: política e vida privada na era da globalização*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2008.

FILARDI, Luiz Antonio. *Curso de direito romano*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

FORST, Rainer. *Os limites da tolerância*. Novos Estudos Cebrap, ed. 84, jul. 2009.

FORST, Rainer. Tolerance, justice and reason. In: MCKINNON, Catriona; CASTIGLIONE, Dario (Ed.). *The culture of toleration in diverse societies: reasonable tolerance*. Manchester: Manchester University Press, 2003.

FRANÇA. *Code Civil*, 104. éd. Paris: Dalloz, 2005.

FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. In: CALHOUN, Craig (Ed.). *Habermas and the public sphere*. Cambridge: MIT Press, 1992.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal, 2003. Disponível em: <<https://bit.ly/2U7fUdm>>. Acesso em: 5 set. 2018.

FRIGNET, Henry. *O transexualismo*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud Ed., 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

GALEOTTI, Anna Elisabetta. *Citizenship and equality: the place for toleration. Political theory* v. 21, n. 4, 1993.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito de família na pós modernidade: separação de fato e ética. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (Org.). *Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade*. Porto Alegre: IBDFAM, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.

GARGOULLAUD, Stéphanie; VASSALO, Bénédicte. *Réinventer la famille?* Paris: La Documentation Française, 2013.

GAUCHET, Marcel. *La Religion dans la démocratie*. Parcours de la laïcité. Paris: Le Débat-Gallimard, 1988.

GAUCHET, Marcel. *La Religion dans la démocratie*. Paris: Gallimard, 2000.

GAUDEMET, Brigitte Basdevant. Um contrato entre l'homme et la femme? Quelques points à travers l'histoire em occident. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIÈRES, Pascal de Vareilles (Dir.). *La contractualisation de la famille*. Paris: Economica, 2001.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Atualizado por Humberto Theodoro Jr. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 6. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Direito de família*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOODRICH, Herbert F. *Handbook of the conflicts of laws*. St. Paul: West Publishing Co., 1965.

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*, v. 65, n. 1, Looking forward, looking back: continuity and change at the turn of the millennium, p. 138-167, february, 2000.

GRACIANO. *Corpus iuris canonici*. Ed. E. Friedberg, 1959. Disponível em: <<http://mdz.bib-bvb.de/digbib/gratian/text/@GenericBookView;cs=default;ts=default;lang=pt>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

GROENINGA, Giselle Câmara. Generalidades do direito de família. Evolução histórica da família e formas atuais de constituição. In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (Coord.). *Direito de família*. v. 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito a ser humano: da culpa à responsabilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; GROENINGA, Giselle Câmara (Coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2003.

GROSSE, Ernst. *Die formen der familie und die formen der wirtschaft*. Paderbon: Salzwasser-Verlag GmbH, 2013.

GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2014.

GUINNESS, Os; SEEL, John. *No God but God*. Chicago: Moody Press, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. A tolerância religiosa como precursora de direitos culturais. In: *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2007a.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b (1992).

HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, trad. Flávio B. Siebeneichler, 2007b (2005).

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003c (2001).

HABERMAS, Jürgen. *Fé e saber*. Tradução de Fernando Costa Mattos. São Paulo: Unesp, 2013a (2001).

HABERMAS, Jürgen. From kant's 'ideas' of pure reason to the 'idealizing' presuppositions

of communicative action: reflections on the detranscendentalized 'use of reason'. In: Truth and justification. Cambridge: The MIT Press, 2003d.

HABERMAS, Jürgen. Fundamentos prepolíticos del estado democrático de derecho? In: *Entre naturalismo y religión*. Barcelona: Paidós, 2006a.

HABERMAS, Jürgen. *Intolerância e discriminação*. Perspectiva filosófica, v. 2, n. 40, 2013b.

HABERMAS, Jürgen. La religión em la esfera pública. Los presupuestos cognitivos para el 'uso público de la razón' de los ciudadanos religiosos y seculares. In: *Entre naturalismo y religión*. Barcelona: Paidós, 2006b.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

HABERMAS, Jürgen. *Religion in the public sphere*. European Journal of Philosophy 14, Cambridge, Polity, 2006c.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. v. 2. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. *Dialética da Secularização: sobre razão e religião*. 3. ed. São Paulo: Ideias e Letras, 2007.

HADDEN, Jeffrey. *Toward desacralizing secularization theory*. Social Forces 65, 1987.

HAURIOU, Maurice. *Principes de droit publique*. Paris: Dalloz, 2010.

HEERS, Jaques. *História medieval*. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 1991.

HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. Lisboa: Guimarães, 1990.

HEIDEGGER, Martin. *Sein und zeit*. Tübingen: Max Niemeyer, 1960.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós modernidade. In: SOUZA, Ivone Candido Coelho de (Org.). *Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade*. Porto Alegre: IBDFAM. 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Rideel, 2005.

HOPCKE, Robert H. *Jung, junguianos e a homossexualidade*. Trad. Cássia Rocha. São Paulo: Siciliano, 1993.

HORTAL, Jesus. *Código de direito canônico – Codex iuris canonici*. São Paulo: Loyola, 2011.

HOWHENDAHL, Peter. The public sphere: models and boundaries. In: CALHOUN, Craig (Ed.). *Habermas and the public sphere*. Cambridge: MIT Press, 1996.

HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. In: LOREA, Roberto Arruda (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

IBDFAM. *Tribunal italiano autoriza seleção de embriões saudáveis em fertilização in vitro*. 27.05.2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2rjybXn>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

INDONÉSIA. *Princípios de Yogyakarta, 2007*. Disponível em: <<http://bit.ly/2VLdEwH>>. Acesso em: 12 mai. 2019, p. 28.

INGLATERRA. *Gender recognition act 2004*. Disponível em: <<https://bit.ly/2Q9gOHZ>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2VKTJOB>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

INTERNATIONAL FEDERATION OF FERTILITY SOCIETIES SURVEILLANCE. Preface. *Fertility and sterility*, v. 95, p. 95-491, 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2XtoKU0>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

ITÁLIA. *Lei nº 40/2004*. Disponível em: <<https://bit.ly/2U52KgM>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

IV CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER. Ação para a igualdade, o desenvolvimento e a paz. Pequim: 1995. Disponível em: <<https://bit.ly/2RGK4Xb>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

JAQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

JHERING, Rudolph von. *O espírito do direito romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

JOÃO PAULO II. *Carta apostólica mulieris dignitatem, de 15 de agosto de 1988*. Disponível em: <<https://bit.ly/1BfDYiC>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

JOÃO PAULO II. *Carta às mulheres, de 29 de junho de 1995*. Disponível em: <<https://bit.ly/2WJBKEg>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

JOÃO PAULO II. *Carta encíclica evangelium vitae, de 25 de março de 1995*. AAS 87, 1995. Disponível em: <<https://bit.ly/2OIbFBa>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

JOÃO PAULO II. *Exortação apostólica familiaris consortio, de 22 de novembro de 1981*. Disponível em: <<https://bit.ly/2I937WJ>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

JOST, A; HW, Jones; WW, Scott. Hermafroditism genital anomalies and related in endocrine disorders. Baltimore: Williams & Wilkins, 1958 *apud* SUTTER, 1993.

KASLOW, F. Families and family psychology at the millennium. *American Psychologist*, 2001, p. 37 *apud* SZYMANSKI, Heloisa. Viver em família como experiência de cuidado mútuo: desafios de um mundo em mudança. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, ano 21, n. 71, Cortez, set. 2002.

KREUZ, Sergio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012.

LAFONT, Cristina. *Religion and the public sphere: What are the obligations of democratic citizenship?* In: CALHOUN, Craig; MENDIETA, Eduardo, VANANTWERPEN, Jonathan. *Habermas and Religion*. Cambridge: Polity Press, 2013.

LASTETT, Peter. *Household and family in past time*. Cambridge: Cambridge Press, 1972, *apud* SARACENO; NALDINI, 2003.

LAUNOY, Johannes. *De regia in matrimonium potestate*. Paris: Edmundi Martini, 1674.

LE GOFF, Jacques. *O nascimento do purgatório*. Lisboa: Editorial Estampa, 1995.

LEGNANI, Viviane Neves *et al.* As implicações subjetivas na família contemporânea. *Universidade Federal de Goiás (Comunicação)*. Disponível em: <<http://bit.ly/2IGhZla>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado*. São Paulo: RT, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. vol. 1. Curitiba: Juruá Editora, 1991.

LEITE, Tatiana Henrique; HENRIQUES, Rodrigo Arruda de Holanda. Bioética em reprodução humana assistida: influência dos fatores sócio-econômico-culturais sobre a formulação das legislações e guias de referência no Brasil e em outras nações. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 24 [1]:31-47, 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/2EXoFAO>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *La famille*. In: LEVI-STRAUSS, Claude. *Textes de et sur Claude Lévi-Strauss*, 1979.

LÉVI-STRAUSS, Claude; GOUGH, Kathleen; SPIRO, Melford. *A família: origem e evolução*. Porto Alegre: Rosa dos Ventos, 1980.

LEVY, Maria Stella Ferreira. Um panorama histórico-comparativo do casamento, do parentesco e da família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Novo código civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LIMA, Maurílio Cesar de. *Introdução à história do direito canônico*. 2 ed. São Paulo: edições Loyola, 2004.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e das sucessões*. v. 5. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

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

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de Direito romano*, v. 78. Brasília: Senado federal, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, jun/jul., 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado*. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2010a.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*, São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Tratado de Direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2006.

LOCKE, J. Carta sobre a tolerância. In: LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

LOMBARDIA, Pedro. *Lições de direito canônico*. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. *La problemática jurídica de la transexualidad*. Madrid: Mc Graw Hill, 1998.

LUHMAN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México/Barcelona: Universidad Iberoamericana/Herder, 2005.

MACHADO, Maria das Dores Campos. A atuação dos evangélicos na política institucional e a ameaça às liberdades laicas no Brasil. In: LOREA, Roberto Arruda (Org.) *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MADEIRA, Hécio Maciel França. *Digesto de Justiniano*, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MAINE, Henry James Sumner. *El derecho antiguo: parte general*. Madrid: Alfredo Alonso, 1893.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010, 347 f. Tese (Doutorado) –

Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2CcpsMm>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

MANENTI, P. *Della inopponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in ispecie delle condizioni apposte ai matrimonio*. Siena: 1889.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARQUARDT, Joachim; MOMMSEN, Theodore. *Manuel des antiqués romaines*. França: Nabu Press, 2010.

MARTELLI, Stefano. *A religião na sociedade pós-moderna: entre secularização e dessecularização*. Trad. Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulinas, 1995.

MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre. *Droit civil*. v. 1. Paris: Sirey, 1988.

MARX, Karl; ENGELS, Frederick. *Manifesto do partido comunista*. São Paulo: Global: 1990.

MARX, Karl; ENGELS, Frederick; LENIN, Vladimir. *Sobre a mulher*. São Paulo: Global, 1980.

MAYNZ, Charles. *Cours de droit romain*. 5. éd. t. 3. Paris: A Durand et Pedone-Lauriel, 1891.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, v. 1. Paris: Editions Montchrestien, 1978.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*. v. 3. 6. ed., t. 1, v. 3. Paris: Editions Montchrestien, 1976.

MCCARTHY, Thomas. Practical discourse: on the relation of morality to politics. In: *Ideals and illusions: on reconstruction and deconstruction in contemporary critical theory*. Cambridge/London: MIT Press, 1991.

MCKINNON, Catriona; CASTIGLIONE, Dario (Ed.). *The culture of toleration in diverse societies: reasonable tolerance*. Manchester: Manchester University Press, 2003.

MCCLENNAN, John Ferguson. *Primitive marriage: an inquiry into the origin of the form of capture in marriage ceremonies*. London: Macmillan and co, 1865.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Filhos da Reprodução Assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. *Família e Cidadania – o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MINAHIM, Maria Auxiliadora (Org.). *A família na contemporaneidade: aspectos jurídicos*. Salvador: JusPodvim, 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição da república dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936.

MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família: direito matrimonial*. v. 1, 2 e 3. Atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bokseller, 2001.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*. v. 7. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.

MIZRAHI, Mauricio Luis. *Família, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.

MODAK-TRURAN, Mark C. *Beyond theocracy and secularism: toward a new paradigm for law and religion*. Mississippi College Law Review, v. 27, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Maria Regina Beatriz Tavares da. *Direito de família*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Maria Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*, v. 2, 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Maria Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*. v. 2. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. v. 3. São Paulo: Atlas, 1998.

MORGAN, Lewis Henry *apud* ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002.

MORGAN, Lewis Henry. *Systems of consanguinity and affinity of the human familiy*. University of Nebraska Press, 1997.

MORI, Maurizio. *A Moralidade do aborto: sacralidade da vida e o novo papel da mulher*. Brasília: Editora UnB, 1997.

MUJICA, Jaris. Os grupos conservadores na América Latina. Transformações, crises, estratégias. In: JURKEWICZ, Regina Soares (Org.). *Quem Controla as Mulheres? Direitos Reprodutivos e Fundamentalismos Religiosos na América Latina*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2011.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção internacional sobre os direitos da criança*. 1989. Disponível em: <<http://bit.ly/2XzzUGC>>. Acesso em: 7 set. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<http://bit.ly/2wJHS4l>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

NADAUD, Stéphane. *L'homoparentalité: uma nouvelle chance pour la famille?* Paris: Fayard, 2002.

- NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- NAHAS, Luciana Faísca. *União homossexual*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NEDER; Gizlene. CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Os filhos da lei. *Revista brasileira de ciências sociais*, v. 16, n. 45, São Paulo, 2001.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- 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; SALLES, Ricardo (Org.). *O Brasil Imperial*. v. 1. 1808-1831. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. São Paulo, SP: Editora Escala, 2006.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*. São Paulo: Companhia das letras, 2005.
- NOVAIS, Fernando A. (Coord.); MELLO E SOUZA, Laura de (Org.). *História da vida privada: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- OBEID, Rafael Issa. *Os debates em torno do Estado confessional brasileiro do século XIX (1842-1889)*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, 133 p. Dissertação (Mestrado) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/2NkzfGl>>. Acesso em: 18 abr. 2019.
- OLIVEIRA, Euclides. *União estável do concubinato ao casamento*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.
- OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- OLIVEIRA, Nythamar de. *Habemus Habermas: o universalismo ético entre o naturalismo e a religião*. Porto Alegre: Veritas. n. 1. v. 54. 2009.
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos da criança*. 1959. Disponível em: <<http://bit.ly/2KfnsYI>>. Acesso em: 1 out. 2018.
- ORO, Ari Pedro. A laicidade na América Latina: uma apreciação antropológica. In: LOREA, Roberto Arruda (Org.) *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ORTIZ, Renato. Anotações sobre religião e globalização. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, n. 47, out. 2001.
- PAPA LEÃO XIII. *Encíclica arcanum divinae sapientiae, de 10 de fevereiro de 1880*. Disponível em: <<https://bit.ly/2CV3kXy>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

PAULO VI. *Carta encíclica humanae vitae, de 25 de julho de 1968*. AAS 60, 1968. Disponível em: <<https://bit.ly/2GfyWG9>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 5. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. v. 5. 26. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Virgílio Maia, 1918.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: PEREIRA, Tania da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; GROENINGA, Giselle Câmara (Coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo à uma nova epistemologia*. São Paulo: Imago, 2003.

PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. v. 1. Roma: Athaeneum; Casa Vallardi, 1928.

PERROT, Michele. O nó e o ninho. Tradução de Paulo Neves. *Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro*. Edição 1306. São Paulo: Abril, 1993.

PESSOA, Mauricio. O casamento no direito civil constitucional. In: VIANA, Rui Geraldo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

PINTO, Céli. As conferências nacionais no governo Lula: limites e possibilidades da construção de uma esfera pública. *XXX Encontro Anual da ANPOCS*, 2006.

PIO IX. *Encíclica quanta cura, de 8 de dezembro de 1864*. Disponível em: <<https://bit.ly/2WMN4Q2>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

PIO XI. *Encíclica casti connubi, de 31 de dezembro de 1930*. Disponível em: <<https://bit.ly/2K6x4Xr>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. t. 2. n. 69. notas 2 e 3. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1926.

PLANIOL, Marcel. *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, La famille (Mariage, divorce, filiation) 2. ed., Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1952.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PONTIFÍCIO CONSELHO JUSTIÇA E PAZ. *Compêndio da doutrina social da igreja*, 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/1ox1w6L>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

PONTIFÍCIO CONSELHO PARA A FAMÍLIA. *Carta dos direitos da família, de 22 de outubro de 1983*. Disponível em: <<http://bit.ly/2IIAprF>>. Acesso em: 3 mar. 2019.

PONZONI, Laura de Toledo. Famílias simultâneas: união estável e concubinato. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, 27 out 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/2HgB4Cx>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

PORTUGAL. *Código Civil*. DL. nº 47344/66, atualizado pela Lei nº 64/2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2RrkOP5>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

PORTUGAL. *Ordenações Manuelinas*. São Paulo: Saraiva, 1957-1966.

QUAGLIA, Dorina R. G. Epps. *O paciente e a intersexualidade: aspectos clínicos, endócrinos, anátomo-patológicos e genéticos*. São Paulo: Sarvier, 1980.

RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. *Laicidade à brasileira: um estudo sobre a controvérsia em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos*. Porto Alegre, 2012, 321 p. Tese (Doutorado) – Instituto de de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/2FLZibX>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

RAUBER, A. *Urgeschichte des menschen*. Norderstedt: Hansebooks, 2017.

RAWLS, John. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*. v. 6. 27. ed. Atual. por Francisco Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROSADO-NUNES, Maria José Fontelas. Direitos, cidadania das mulheres e religião. *Tempo social*, v. 20, n. 2, nov. 2008.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Zabar, 2004.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de derecho civil*. v. 2. Madrid: Reus, 1931.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SABBATINI, R. O caso dos embriões congelados. 1998. *Jornal Correio Popular*, Campinas. Disponível em: <<http://epub.org.br/svol/corr9696>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

SAJÓ, András. *Preliminaries to a concept of constitutional secularism*. I-COM 6, 2008.

SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1952.

SAMARA, Eni de Mesquita. *A família brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1998.

SAMARA, Eni de Mesquita. O que mudou na família brasileira? (da colônia à atualidade). *Revista Psicologia USP*, v. 13, n. 2, São Paulo, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/psicousp/article/view/53500/57500>>. Acesso em: 20 set. 2018, p. 28.

SANCHIS, Pierre. Ainda Durkheim, ainda a religião. In: ROLIM, Francisco (Org.). *A religião numa sociedade em transformação*. Petrópolis: Vozes, 1997.

SANCHIS, Pierre. Desencanto e formas contemporâneas do religioso. *Ciencias Sociales y Religión/ Ciências Sociais e Religião*, Porto Alegre, año 3, n. 3, p. 27-43, oct. 2001. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/CienciasSociaiseReligiao/article/view/2168>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

SANDA, Samuel Magoji. *Ensaio sobre a família pós-moderna*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007, 114 p. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/2Q5lJtn>. Acesso em: 10 jun. 2018.

SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2015.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *A Constituição da primera república brasileira*. História Constitucional, n. 4, 2003. Disponível em: <<http://bit.ly/2rgJvHg>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

SARACENO, Chiara; NALDINI, Manuela. *Sociologia da família*. Tradução Isabel Teresa dos Santos. 2. ed. Lisboa: Editora Estampa, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In: LOREA, Roberto Arruda (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARTI, Cynthia Andersen. Famílias Enredadas. In: ACOSTA, A.R.; VITALE, M.A.F. (Org.). *Família: redes, laços e políticas públicas*. 3º Ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SAVIGNY, Friedrich Carl. *Traité de droit romain*. v. 3. Paris: Firmin Didot Frères, 1856.

SCALFARI, Eugenio. Para agir moralmente confiemos no instinto. In: ECO, U.; MARTINI, C. M. *Em que crê quem não crê?* Tradução: Eliana Aguiar. 9. ed. Rio de Janeiro, Ed. Record, 2005.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, 348 p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2TWCORc>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

SCHMITH, Carl. *Catolicismo romano e forma política*. Lisboa: Hugin, 1998.

SCHMITH, Carl. *Romanticismo político*. Milano: Ed. Giuffrè, (1924) 1981.

SEGALEN, M. *Le nouvel esprit de famille*. (avec Nicole Lapierre et Claudine Attias-Donfut), Paris: Odile Jacob, 2002.

SEGALEN, M. *Sociologia da família*. Lisboa: Terramar, 1999.

SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética I*. Fundamentos e ética biomédica. Traduzido por Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2019.

SINGLY, François de. *Sociologia da família contemporânea*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

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

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Pós-modernidade e direito de família. In: MINAHIM, Maria Auxiliadora (Org.). *A família na contemporaneidade: aspectos jurídicos*. Salvador: JusPodvim, 2007.

SORJ, Bernardo. *A nova sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

SOUZA, Ivone Candido Coelho de (Org.). *Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade*. Porto Alegre: IBDFAM, 2007.

SPENCER, Herbert. *Principes de sociologie*. Paris: Germer Baillière, 1883.

- SPENCER, Colin. *Homossexualidade: uma história*. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1995.
- SPINOZA, Baruch. *Tratado teológico-político*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SPINOZA, Baruch. *Tratado teológico-político*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.
- SZYMANSKI, H. Viver em família como experiência de cuidado mútuo: desafios de um mundo em mudança. *Revista Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, ano 21, n. 71, Cortez, set. 2002.
- TARDE, Gabriel. *Les lois de l'imitation, étude sociologique*. Paris: Hachette Bnf, 2017 (1895).
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de Família*. v. 5. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de Família*. v. 5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- THE ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. Donating spare embryos for stem cell research. *Fertility and sterility*, v. 91, n. 3, March 2009. Disponível em: <<http://bit.ly/2XxZhsv>>. Acesso em: 11 mar. 2019.
- THE ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. *Fertility and sterility*, v. 82, supl. 1, september 2004. Disponível em: <<http://bit.ly/2Zgu0e5>>. Acesso em: 11 mar. 2019.
- THE ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. Family members as gamete donors and surrogates. *Fertility and sterility*, v. 80, n. 5, 2003. Disponível em: <<http://bit.ly/2IqdAZV>>. Acesso em: 11 mar. 2019.
- THE ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. Sex selection and preimplantation genetic diagnosis. *Fertility and sterility*, v. 72, n. 4, 1999. Disponível em: <<http://bit.ly/2XGOzje>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

TIEZZI, Beatriz Ciabatari Simões Silvestrini; GESSE, Eduardo. *Apontamentos do direito de família*. 2010. Disponível em: <<http://intertemas.unitedo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/2071/2243>>. Acesso em: 10 out. 2017.

TOCQUEVILLE, A. de. *A democracia na América*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOCQUEVILLE, A. de. De la démocratie en Amérique. T. 1. 2 vols. In: J-P, Mayer (Dir.), *Oeuvres Complètes*. Paris: Gallimard, 1951.

TOURNIER, Paul. *Os gays na história*. Lisboa: Editorial Estampa, 2006.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 48 ed. Padova: CEDAM, 2017.

TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

UFRJ. *Núcleo de Estudos de Políticas Públicas em Direitos Humanos*. Observatório da Laicidade do Estado (OLÉ). Disponível em: <<http://bit.ly/2Vu594g>>. Acesso em: 11 mai. 2019.

ULPIANO. *Digesto apud MADEIRA, Hécio Maciel França. Digesto de Justiniano*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, UNIFIEO, 2002.

UNESCO. *Declaração de princípios sobre a tolerância*, 1995. Disponível em: <<http://bit.ly/2LShWxU>>. Acesso em: 12 mai. 2019.

UNIÃO INTERNACIONAL DE ESTUDOS SOCIAIS. *Código social esboços da doutrina social católica nova síntese*. Rio de Janeiro/São Paulo: Vozes, 1954.

VASCONCELOS, Abílio Soares de. *Direito matrimonial comparado: canônico - civil*. Rio de Janeiro: Maanaim, 2007.

VASSALI, F. *Del matrimonio: corso di diritto civile*. Bologna: Torino, 1919.

VATICANO. *A cúria romana*. Disponível em: <<http://bit.ly/2MLYsv8>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

VATICANO. *Código de direito canônico, 1917*. Disponível em: <<https://bit.ly/2BMRfUc>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

VATICANO. *Código de direito canônico, 1983*. Disponível em: <<https://bit.ly/18Dxmwl>>. Acesso em: 10 out. 2018.

VATICANO. *Quadragesimo anno, de 15 de maio de 1931*. Disponível em: <<http://bit.ly/2KCwPC3>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

VATICANO. *Rerum novarum, de 15 de maio de 1891*. Disponível em: <<http://bit.ly/2KBJsNU>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: família*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

VENZI, Giulio. *Manuale di diritto civile italiano*. Firenze: Fratelli Cammelli, 1925.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Tema atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *Famílias poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea*. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2017, 232 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2DXiBbK>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

VIEIRA, Thereza Rodrigues. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VILLELA, João Batista. As novas relações de família. *XV Conferência da OAB-Anais*, Foz do Iguaçu OAB, 1994.

VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância: a propósito da morte de Jean Calas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

WALD, Arnold. *Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WALD, Arnold; FONSECA, Priscila Maria Pereira Côrrea da. *Direito Civil: Direito de família*, v. 5. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WEBER, Max. A psicologia das religiões mundiais. In: *Ensaaios de Sociologia*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1979.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. v. 1: Fundamentos da sociologia, Brasília: Ed. UnB, 2000.

WEBER, Max. *Ensaaios de Sociologia*. Rio de Janeiro: LTC, 2002.

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

WEBER, Max. *Religious rejections of the world and their directions*. Editado e traduzido por H. H. Gerth and C. Wright Mills. Nova Iorque: Oxford University Press, 1946.

WELTER, Belmiro Pedro. *Estatuto da União Estável*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. Teoria Tridimensional do Direito de Família. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow (Coord.). *Direito contemporâneo de família e das sucessões: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

WESTERMARCK, Edvard Alexander. *The history of human marriage*. 5. ed. London: Macmillan (Trabalho original publicado em 1891).

WIKIPÉDIA. Legislação sobre pessoas LGBT no mundo. Disponível em: <<https://bit.ly/2IznPZK>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. São Paulo: 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens M. *Os “novos” direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1990. Disponível em: <<http://bit.ly/31iQDAb>>. Acesso em: 20 out. 2018.

YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

ZABATIERO, Júlio Paulo Tavares. A religião e a esfera pública. *Cadernos de ética e filosofia política*, 12, 1/2008, p. 139-159. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/100368>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

ZIEGLER, H. E. *Zoologisches wörterbuch*. Jena: Gustav Fischer Verlag, 1909.

ZYLBERSZTAJN, Joana. *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 248 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/2JnCgUT>>. Acesso em: 02 mai. 2019.

