

Monogamia: imposição religiosa no Direito laico?

*Renata Barbosa de Almeida**

Resumo

O Estado Brasileiro se intitula democrático e tem como uma de suas principais características a laicidade. O Direito, como uma expressão estatal, portanto, deve, em princípio, atender a estas diretrizes. Há de compreender um conjunto de normas que se furte da eleição de certos critérios religiosos como parâmetros gerais de conduta. Há de compreender regras de comportamento que se apliquem, invariavelmente, a todos, em respeito à religião de cada um. A laicidade pressupõe a percepção e aceitação de uma realidade pluridimensional. Isso reforça a afirmação de que o desafio do Direito é a pluralidade. O reconhecimento das distinções pessoais, dentre as quais as religiões comungadas, é, de fato, um paradigma que se pretende realizar. O problema é que os textos legais, muitas vezes, dificultam, e muito, esta prática. São inúmeros os exemplos que explicitam tal contradição e eles podem ser identificados nas mais diversas áreas do Direito. Neste trabalho, foca-se nas diretrizes do Direito de Família. Algumas regras desta área jurídica parecem advir de critério eminentemente religioso, qual seja a monogamia. A monogamia é extraível do mandamento bíblico disposto no Novo Testamento, segundo o qual “cada mulher para cada homem”. Este raciocínio se estampou no Código Civil de 1916 e se estampa no Código Civil de 2002, em vigor. Em ambos os diplomas jurídicos, a exclusividade de relação sexual no matrimônio é uma máxima perceptível. A fidelidade é um dos deveres oriundos do casamento civil e sustenta inúmeros efeitos, como a presunção de paternidade do marido da gestante em relação ao filho desta, ou o impedimento matrimonial da pessoa casada. Se não é razoável que o Direito eleja padrões típicos de dada religião – vez que inviabilizaria expressões de outras – como sustentar tais normas jurídicas? Este Estado Laico e Democrático está, de fato, concedendo tratamento isonômico às diversas agremiações religiosas e a seus adeptos? Estas são as questões que permeiam o presente estudo e que o justificam. Compreender o conteúdo destas normas jurídicas e sua compatibilidade com os conceitos de laicidade e de Estado Democrático são os objetivos propostos. Para tanto, vale-se do método dialético, sendo a pesquisa bibliográfica. Como resultado da linha de raciocínio descrita, a conclusão à qual se chega é que tais

* Doutora em Direito Privado pela PUC-MINAS. Professora adjunta de Direito Civil do curso de Direito da Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira – FUNCESI. renata_balmeida@yahoo.com.br

resquícios religiosos, ainda presentes na legislação, como os citados, devem ser recebidos, de forma contextualizada e singularizada, para não comprometerem o Estado Democrático de Direito e a laicidade, que lhe é elementar. Nada obsta que parâmetros religiosos vigorem em determinados casos concretos. A monogamia pode ser uma imposição compatível com o Direito Laico. Mas assim o será enquanto eleita pelas pessoas envolvidas, nos limites de sua crença e religião. Jamais porque oriundos de uma ordem jurídica abstrata e ex ante.

Palavras-chave: Monogamia. Direito. Laicidade. Religião.

Introdução

Diante da neutralidade que o Estado Brasileiro parece ter assumido, a partir da Constituição Federal de 1988, a liberdade de crença e de culto emerge como uma garantia fundamental obrigatória. O respeito às escolhas pessoais, nesta matéria, é sinônimo de preservação da pluralidade social. A aceitação da diferença é meio de defesa da individualidade humana.

Neste viés, o sistema jurídico do Brasil não adota qualquer religião. Não há dogmas, liturgias ou concepções eclesásticas que possam vigorar com força normativa, abstrata e generalizada, dentro do território nacional.

Por este simples raciocínio, advém, de pronto, dúvida relativa à monogamia. Este modelo comportamental, originariamente religioso, pode ser identificado, algumas vezes, permeando regras jurídicas infraconstitucionais. Nomeadamente, a disciplina normativa das relações familiares, em certos termos, parece referenciar, direta ou indiretamente, esta diretriz. É coerente insistir, na atualidade, em dever de fidelidade recíproca, em impedimento matrimonial da pessoa casada, em crime de bigamia ou em presunção de paternidade do marido? Pode o Direito ordenar que a exclusividade conjugal seja cumprida por todos, indiferente a religião da qual comunguem e da fé que tenham os sujeitos?

O presente trabalho se dispõe a refletir sobre este incômodo. Pretende-se enfrentar aqui a discussão sobre a coerência e adequabilidade de o ordenamento jurídico brasileiro, emitido por um Estado auto-intitulado laico, basear algumas de suas normas num padrão religioso de conduta. Tendo em vista a dilatada diversidade de religiões às quais se filiam os brasileiros, e a hodierna abertura do conceito de família que o próprio Direito adota, é de suprema importância confrontar esta questão.

1. A laicidade do Estado Brasileiro e a pluralidade religiosa do Brasil

A validade do Direito, segundo Canaris (1996) está subordinada a sua competência em associar seu conjunto de normas à realidade destinatária. O Direito, então, preserva sua utilidade e eficácia quanto mais fielmente representa a sociedade na qual se insere e à qual se dirige. Ao revés, quanto maior for a discrepância entre estes universos – real e jurídico – mais comprometida fica a função precípua da ordem jurídica, qual seja ordenar a universo social.

Em busca desta validade, o ordenamento jurídico brasileiro, organizado a partir da Constituição Federal de 1988, edificou a liberdade religiosa e de culto e o respeito a tal escolha pessoal como um de seus principais pilares. Isto é extraível dos artigos iniciais da Carta Magna.

Conforme determina o artigo 3º, IV: “Constituem objetivos da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Em complemento, prescreve o artigo 5º, como direito fundamental, que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

Estas normas e a auto-titulação de Estado Democrático de Direito, enunciada pelo próprio texto constitucional, fazem crer que, de fato, a República Federativa do Brasil abrange o reconhecimento e a defesa de uma sociedade plural. Em matéria religiosa, isso significa que o ordenamento jurídico brasileiro admite – ou deve admitir – que as mais diversas crenças e movimentos religiosos se expressem e as pessoas individualmente consideradas possam daquelas comungar e destes participar, como queiram.

A noção de laicidade, de modo sucinto, recobre especificamente à regulação política, jurídica e institucional das relações entre religião e política, igreja e Estado em contextos pluralistas. Refere-se, histórica e normativamente, à emancipação do Estado e do ensino público dos poderes eclesiais e de toda referência e legitimação religiosa, à neutralidade confessional das instituições políticas e estatais, à autonomia dos poderes político e religioso, à neutralidade do Estado em matéria religiosa (ou a concessão de tratamento isonômico às diferentes agremiações religiosas), à tolerância religiosa e às liberdades de consciência, de religião (incluindo a de escolher não ter religião) e de culto. (MARIANO, 2011, p.244) (grifou-se)

Isso desafia o pressuposto de validade traçado por Canaris (1996), na medida em que suscita o questionamento da adequação da realidade brasileira a esta diretriz. Os brasileiros formam uma sociedade diversificada em termos religiosos? Requerem, neste viés, sejam assim considerados e nesta medida protegidos?

É sabido que o catolicismo foi a religião oficial do Brasil colônia, imposto pelo coroa portuguesa. Apenas os cultos católicos tinham, portanto, autorização estatal para serem realizados, nas esferas pública e privada (NEGRÃO, 2008, p.262). Esta condição religiosa se apresentava como critério de pertencimento territorial e social. A ingressar, e permanecer em solo brasileiro, somente católicos.

O catolicismo foi, no passado colonial brasileiro, uma religião obrigatória: os que aqui nasciam o aceitavam por pressuposto de cidadania, exceto os indígenas, aos quais se exterminava ou se convertia. Os que aqui não nasciam tinham que adotá-lo, mesmo que não o compreendessem: os negros escravizados eram batizados no porto de procedência ou de desembarque. Já os judeus, sob a pressão de serem perseguidos pelos inquisidores, de perderem seus bens ou mesmo suas vidas, preferiram, em geral, tornar-se “cristãos novos” (NEGRÃO, 2008, p.263)

Manifestações religiosas diversas do catolicismo apenas foram toleradas a partir da vinda da corte portuguesa. Na visão de Lísias Nogueira Negrão (2008, p.265), como Dom Pedro I e Dom Pedro II eram simpáticos ao protestantismo, permitiram que ele se manifestasse no cenário religioso do Brasil. Isto se deu, de todo modo, de forma bastante tímida e em convivência com o catolicismo hegemônico. Aos poucos, outras práticas e crenças também vinham se apresentando, como os cultos afro-brasileiros e os espíritas.

Com o advento da República, a separação entre Estado e Igreja foi formalmente estabelecida. Isso não significou, porém, a extirpação de privilégios católicos ou o fim da discriminação das demais crenças religiosas. A Igreja Católica permaneceu considerada como modelo de religião e, assim, as práticas “mágico-religiosas” espíritas e afro-brasileiras, principalmente, eram tidas como sua antítese (MARIANO, 2011, p.246), não sendo merecedoras de reconhecimento e respeito. Estas manifestações de crença eram alvo, muitas vezes, de imputações criminais. Seus participantes eram acusados de feitiçaria, curandeirismo e charlatanismo (MAGGIE, 1986). Neste sentido, então, a despeito da abertura jurídica à secularização, o que se notou foi, praticamente, a manutenção do *status quo*.

O protestantismo em geral, por sua vez, também foi pouco expressivo nesta época e não se mostrou forte o suficiente para abalar a hegemonia católica em prol da aceitação de um cenário religioso múltiplo. Apenas quando o pentecostalismo emergiu por aqui, a exigir exclusividade dos fiéis, é que o pluralismo religioso no Brasil começou a traçar um processo de consolidação (MARIANO, 2011, p.248).

Nesta toada, o século XX indica uma tendência de decréscimo do catolicismo e de ascensão do protestantismo, em suas variações, dentre as quais sobressaem os pentecostais. Na atualidade, pois, isto se confirma. O que se tem no Brasil de hoje é, precisamente, um cenário de crenças diversificado e diluído, caracterizado, sobretudo, pela grande perda de fiéis da Igreja Católica e pelo aumento destacado dos adeptos às religiões evangélicas. Menos expressivas, mas não menos significativas, também compõem este contexto as religiões orientais, o kardecismo, o esoterismo, a umbanda e o candomblé, dentre outras.

Não bastasse essa pluralidade de práticas e instituições religiosas que qualifica a realidade atual brasileira, ela se destaca pela considerável existência de religiosos dúplices ou múltiplos, bem como pela mutabilidade na adesão religiosa. Grande parte dos brasileiros já afirmou comungar, simultaneamente, de mais de uma religião – combinações comuns, como o espírita e católico, e até inusitadas, como o católico e protestante (NEGRÃO, 2008, p.270-272).

Este diagnóstico dos brasileiros permite deduzir que eles têm se distanciado dos sacramentos e que, quando buscam a religião, o fazem como uma questão de opção pessoal, particular, admitindo, assim, que os sistemas religiosos possam ser até complementares entre si (MARIANO, 2011, p.247).

Dito tudo isso, em resposta aos dois primeiros questionamentos inicialmente feitos, pode-se dizer: os brasileiros formam sim uma sociedade diversificada em termos religiosos, hoje, e parecem requerer que sejam assim considerados e protegidos, na medida em que sua religiosidade é considerada como aspecto de sua individualidade.

A validade do ordenamento jurídico, portanto, parece existir. Afinal, diante desta multiplicidade religiosa, a neutralidade do Estado é coerente. Resta, então, que tal laicidade seja irradiada para as normas infraconstitucionais e que todo este espectro prescritivo se aplique em atenção à especificidade religiosa, ou não religiosa, do(s) sujeito(s) em questão.

2. Família atual, casamento e religião

A família representa uma realidade, a um só tempo, secular e atual. Transcorridas diferentes épocas, a família persistiu e se adaptou. Em cada momento histórico, novas necessidades, novos interesses e, conseqüentemente, uma peculiar estruturação familiar. Nas palavras de Rosana Amara Girardi Fachin (2001, p.79), “a mudança de sociedade é o elemento informador para a evolução da família”.

A codicística oitocentista, como um todo, e o Código Civil Brasileiro de 1916, em particular, formaram-se sob flagrante e decisiva influência do Direito Romano. Os ditames deste foram essenciais para o lapidar dos sistemas jurídicos instituídos, nesta época.

O Diploma Civil de 1916, tal qual o Direito Romano, na cidade antiga (COLANGES, s.d., p.65), definiu como família o casamento. A reprodução, neste contexto, era o objetivo propulsor da família. Casa-se para obter filhos, como ocorria em Roma. Diferente da cidade antiga, contudo, a reprodução agora visa obtenção de propriedade. Os filhos são importante força de trabalho para isso destinada, servindo, ainda, através da sucessão, à manutenção deste patrimônio na família (PEREIRA, 2005, p.5). Isso significa dizer que, de um lado, a figura feminina é resumida à função procriativa; de outro, os filhos têm valor por representarem mão-de-obra. Em paralelo, portanto, o homem, enquanto efetivo sujeito propiciador da aquisição patrimonial – porque, dentre os familiares, único sujeito jurídico na esfera pública –, mantém-se com a autoridade familiar. A família é, assim, caracteristicamente matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e patrimonial.

Toda esta sistemática codicista, ainda que guardasse coerência teórica, não estampava a conjuntura social havida no Brasil do século XX. Ao invés da realidade social se refletir na jurídica, a realidade jurídica se impôs à social. O descompasso foi flagrante e escancarava, na verdade, um processo já conhecido.

O legado histórico da sociedade brasileira mostra que, tanto na fase colonial quanto na imperial, sofreu-se uma sobreposição jurídica. A legislação européia foi simplesmente transferida para o solo nacional, indiferente o fato de os contextos serem frontalmente diversos. O Direito do velho mundo foi imposto “como resultado do processo de expansão marítima e comercial européia e menos como fruto de um ‘achamento’ circunstancial.” (FACHIN, 2001, p.19).

Complexo processo de fusão de culturas: a normatização da realidade brasileira se deu por intermédio de importação legal totalmente alheia às peculiaridades essenciais aqui havidas. Isso alcança maior destaque no que tange ao aspecto religioso.

Dada a inexistência de um sistema jurídico unitário e positivado, devido a própria ausência de separação entre Estado e Igreja, esta foi uma das instituições mais interferentes na vida familiar brasileira, sobretudo no período colonial (FACHIN, 2001, p.27). A Igreja ditou, através do Estado, regras e condições sobre as quais qualquer família deveria se assentar para, inclusive, ser assim qualificada. Além da matrimonialidade e da hegemonia patriarcal, já citadas, a monogamia foi também um dos aspectos impostos a um conjunto social que os desconhecia.

Um modelo instituído: família fundada no matrimônio. Vários outros modelos reais: famílias desprovidas desta origem. “A contra-imagem da família no Direito não espelhava a imagem da família na sociedade” (MATOS, 2000, p.117).

Isso não quer dizer que a família matrimonializada e patriarcal não existiu nesta conjuntura social brasileira. Significa dizer apenas que ela não existiu sozinha, de forma isolada e preponderante, como pretendeu o ordenamento jurídico vigente na época. (TEIXEIRA, 2004, p.48). Outras estruturações familiares foram-lhe paralelas.

Famílias chefiadas por mulheres – que se tornaram mães solteiras, que foram deixadas pelos maridos em prol do movimento bandeirante, e que se tornaram viúvas (TEIXEIRA, 2004) –, bem como as uniões livres – típicas da classe baixa, desprovida de renda para acesso à solenidade matrimonial – e, até, concubinatos são exemplos de formações que, a despeito de destoantes do modelo eleito juridicamente, eram reais.

O casamento legal permanecia mais do que raro entre as classes mais baixas e/ou racialmente heterogêneas. Não predominava a família patriarcal e extensiva. Estudos recentes focalizando os estados de Minas Gerais e São Paulo demonstram a ampla variedade de tipos de famílias existentes no final do século XVIII e início do XIX, sugerindo que a prática do casamento no Brasil variava de acordo com a raça e a classe. Famílias nucleares predominavam no grosso da população, embora o número de mulheres chefes de família fosse grande. A Igreja Católica Romana não aprovava a ocorrência comum de concubinação e ilegitimidade, determinando que o coito se limitasse a propósitos procriativos, dentro de casamentos indissolúveis. Mas os pobres eram muito menos capazes de cobrir o alto custo dos casamentos religiosos legítimos [...] O casamento legal servia como um indicador das diferenças sociais, mesmo entre os segmentos da população com pequena propriedade a transmitir. (HAHNER, 2003, p. 47-480) (grifou-se).

Tantas formações sociais avessas ao modelo imposto pelo Estado chamam atenção pelo risco assumido por estas pessoas de não receber a benção divina e a proteção jurídica. A tutela normativa, oriunda da legitimação religiosa da família, pouco importava para certa parte da população brasileira. As pessoas se reúnem e formam família entre si para se realizar e formar sua personalidade. Fazem-no nos moldes jurídicos, se possível. Afastam-se deles, se necessário.

Esta percepção fática é bastante significativa. Se toda a população brasileira comungasse deste paradigma religioso consubstanciado no sacramento matrimonial, fatalmente, o casamento teria se mantido como exclusiva forma de família. A diversidade de formações avessas a tal parâmetro, então, pode ser encarado como precioso indício da ausência de unicidade de religião, entre os brasileiros.

Tal conjuntura histórica reafirmou-se daí em diante. Com o passar dos anos, tornou-se cada vez mais aparente – e convincente – a diversidade de crenças no Brasil. Paulatina e progressivamente, portanto, a realidade familiar brasileira foi se diversificando e se afastando da unicidade legal consubstanciada no casamento. Nesta toada, foi suscitando atenção, do Estado e do Direito.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a remissão expressa à garantia jurídica da liberdade religiosa, o reconhecimento desta variedade familiar – infinitamente múltipla – tornou-se uma consequência – quase – lógica. O mesmo texto constitucional, além das previsões relativas à livre crença e ao livre culto, em seu artigo 226, §8º garante proteção jurídica às famílias, na pessoa de cada um de seus membros. Trata-se da repersonalização invocada por Paulo Luiz Neto Lôbo (2004, p.163):

A restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da realização de afetividade e de sua dignidade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade. [...] A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares [...].

Outros tipos familiares, ao lado do casamento, são admitidos. A união estável, a monoparentalidade, e outras tantas famílias podem se apresentar que serão, todas, merecedoras de proteção jurídica (ALMEIDA, RODRIGUES JUNIOR, 2012; DIAS, 2007; LOBO, 2002; MADALENO, 2008; TEPEDINO, 1997).

A instituição de uma família é compreendida, assim, como fruto de escolha pessoal, proporcionalmente aos anseios particulares dos envolvidos e também às concepções religiosas deles. A liberdade na eleição do tipo familiar pode ser entendida,

então, também como uma forma de prática religiosa. E se assim compreendida, reafirma a coerência de se ter um Estado neutro e de um sistema jurídico composto por normas que se furtem da eleição de parâmetros religiosos determinados. As regras de comportamento que o Direito impõe devem se aplicar, invariavelmente, a todos. Logo, para que respeitem a religião de cada um, não podem refletir qualquer liturgia. Afinal, isso representaria exigir dos que não comungam de uma crença que a pratiquem.

Nesta linha de raciocínio, vale, finalmente destacar a prescrição constitucional acerca da qualificação do casamento. O §1º do artigo 226 assevera que o casamento é civil; isto é, não religioso. Ao Estado é que cabe, com exclusividade, regular a forma, as condições de validade e os efeitos desta entidade familiar. O cumprimento dos ditames próprios de dada religião não são juridicamente obrigatórios.

Isso não quer dizer, porém, que o matrimônio religioso é desconsiderado pelo Direito. O §2º do artigo 226 completa a qualificação do casamento ao mencionar que o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. Noutras palavras, o que determina a norma é que o matrimônio celebrado por autoridade religiosa, segundo as regras eclesiais, possa gerar efeitos jurídicos, desde que cumpra os pressupostos legais. O Direito admite, em respeito à liberdade de crença, que os nubentes escolham realizar o sacramento religioso e que o aproveitem. Uma vez realizada a cerimônia religiosa ficam os noivos dispensados de repeti-la no registro civil. De todo modo, porém, a eficácia jurídica deste ato apenas se dará se os requisitos e procedimentos jurídicos são satisfeitos.

Uma vez mais, portanto, parece defensável que, de fato, no Estado Democrático Brasileiro, as religiões e o Direito são relacionáveis, mas não se confundem. Seja pelo reconhecimento jurídico de formas familiares diversas dos modelos religiosos; seja pela afirmação categórica da natureza civil do casamento, o que a Constituição Federal faz crer é que o sistema normativo em vigor, no Brasil, contempla a independência entre Igreja e Estado.

3. Monogamia: um princípio jurídico?

O pós-positivismo é uma corrente de pensamento que se dispôs a resgatar os princípios como normas jurídicas, a fim de se tentar superar as atrocidades vivenciadas – como o fascismo e o nazismo – a partir da adoção do positivismo. Trata-se de uma nova forma de perceber o ordenamento jurídico e uma ferramenta para eticizá-lo. Neste

viés, a inserção de valores no universo do Direito é posto como tema central. Afinal, os princípios são rememorados como recurso para inserção de uma ordem axiológica no sistema jurídico.

Isso não significa, porém, que valores e princípios, confundam-se. Ao revés, eles não se equivalem; não guardam entre si sinonímia. Apenas relacionam-se. E a importância de ambos está precisamente aqui.

Princípios pertencem ao plano deontológico, cujo conceito principal é o *dever-ser*, o que induz a uma avaliação de lícito ou ilícito, de conforme ou disforme ao Direito. Valores, por sua vez, pertencem ao âmbito da axiologia, cujo elemento conceitual é o *bom* e suas respectivas avaliações atinam ao melhor ou pior.

Essa sucinta distinção é suficiente para demonstrar que não se podem confundir princípios com valores, e vice-versa. As avaliações do que seja bom, mau, melhor ou pior, além de poderem ser as mais variadas possíveis, não são as razões que justificam o que é devido. E isso exatamente porque o *deve-ser* o é para todos e a todos vincula; o que é bom o é para alguns e, não sendo para outros, não admite entendê-lo por obrigatório.

No entanto, como princípios e valores, mesmo que não equivalentes, estão atrelados um ao outro, faz-se necessário compreender essa relação. Duas compreensões parecem possíveis: ou se entende que a relação é de forma – princípio – e conteúdo – valor – e que, assim, os princípios são vias para tornar a todos obrigatória uma dada ordem axiológica (visões parciais de bom); ou se entende que os princípios são normas que têm sua substância definida pela prática social – como esta se apresenta – alheia a propostas eticizantes e, pois, a valores.

A primeira forma de compreensão é viciada por crer sinônimos valores e princípios. Dela comungam autores importantes, como Robert Alexy (2002, p. 147), Paulo Bonavides (2001, p. 248) e Luiz Roberto Barroso (2001). Defender a equivalência destes significados corresponde a admitir que através deste tipo de normas jurídicas, os princípios, seja possível impor a toda a sociedade parâmetros estritos do que seja *bom*. Isso contraria a ínsita relatividade dos valores e obsta que a autonomia pessoal seja exercida na eleição deles para regência da vida de cada cidadão.

Transpondo este raciocínio ao âmbito religioso, a ideia se mostra ainda mais inadequada. Se valores e princípios são conceitos equivalentes, é perfeitamente factível exigir de todos, sob as forças da lei, a adoção de concepções do melhor e do pior, ditadas por determinada(s) crença(s). Quadro como esse é incompatível com as

diretrizes de defesa do direito à liberdade de escolha da religião e de sua respectiva prática.

A segunda forma de entendimento, então, mostra-se mais razoável, dada a distinção que bem faz de valores e princípios. Como um de seus expoentes, tem-se Ronald Dworkin (2002). Contudo, ela também peca, quando nega a presença dos primeiros na definição do conteúdo do Direito.

A essência dos comandos jurídicos se extrai da prática social. A prática social, por sua vez, é construída numa dimensão relacional. Logo, não se pode ignorar que nesta interatividade pode surgir, eventualmente, uma eleição intersubjetiva de certos valores. A essa ordem valorativa, então, há que se atentar o Direito. Não com uma postura generalizante, mas com uma postura de reconhecimento da opção singular promovida pelos envolvidos, que auxilia na extração do sentido normativo do caso.

Negar isso é, quiçá, retroceder ao raciocínio simplista do positivismo – e reavivar os riscos de abuso por ele trazidos. Ainda que os valores não possam ser confundidos com normas jurídicas, imperioso se faz perceber que são valiosos auxílios na promoção da interpretação dessas, diante de uma situação concreta a disciplinar, quando eleitos em comum pelas pessoas relacionadas.

A monogamia deve ser estudada, portanto, a partir desta perspectiva.

A monogamia é um parâmetro de comportamento que consiste na exclusividade conjugal. Ela é extraída do mandamento bíblico disposto no Novo Testamento, segundo o qual “cada mulher para cada homem”. Apesar de religioso, este paradigma se estampou no Código Civil de 1916 e se repete no Código Civil atual, de 2002. A monogamia é a fonte do dever conjugal de fidelidade e da presunção de paternidade do marido da gestante. Também fundamentou a tipificação do crime de adultério – já extinto – e fundamenta a conduta penal típica da bigamia.

Que a monogamia permeia a história das civilizações ocidentais, parece inegável (PIANOVSKI, 2006). O que resta discutir, porém, é se faz sentido que ela figure, ainda hoje, como pilar sustentador de uma série de normas jurídicas.

Autores mais recentes chegam a afirmar uma crise do sistema jurídico monogâmico (ALBUQUERQUE FILHO, 2002). Teria, nesta feita, permanecido a monogamia apenas como um princípio de cunho moral, religioso ou ético.² E, sendo

² Discordando frontalmente dessa posição, encontra-se, dentre os atuais, Rodrigo da Cunha Pereira: “O princípio da monogamia, embora funcione também como ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. Sua existência nos

assim, convertida em aspecto a-jurídico, não pode ser imposta a uma sociedade eminentemente plural, como a atual. Neste contexto, é preciso considerar a hipótese de “pessoas que, em suas múltiplas ‘morais’, podem reputar uma realidade familiar poligâmica como mais adequada às suas aspirações existenciais” (RUZYK, 2006, p.197).

A monogamia deve ser entendida, assim, como um valor, na medida em que representa um parâmetro do que seja *bom* e, assim, não é coincidente para todos. É facilmente perceptível que, socialmente, muitos são os que desprezam este parâmetro.

Nesta esteira, pretender dar à monogamia a qualidade de princípio jurídico, exigindo que todos a ela se sujeitem, ofende, frontalmente, a pluralidade social e a laicidade do Estado. Ademais, desmerece a conotação dos princípios e sua distinção frente aos valores. A solução parece, mesmo, inaceitável. A monogamia é valor que não alcança, por si, o status de princípio jurídico.

De qualquer forma, retomando-se o pressuposto hermenêutico que aqui se propôs, resta fazer uma ressalva. A escolha pela adoção do parâmetro monogâmico ou por seu abandono, há de ser dos envolvidos. Desde que esta eleição tenha sido intersubjetiva, ao Direito cabe admiti-la e disciplinar os respectivos efeitos. Esta é a única maneira legítima deste parâmetro de *bom* ingressar no cenário jurídico, de forma coerente com a liberdade de culto e de crença.

Conclusão

Diante de tudo que foi exposto, ficou claro que a existência de resquícios do modelo religioso monogâmico, ainda permeados em regras da legislação brasileira – especificamente na que disciplina a família e as relações familiares –, desafia a análise da coerência de todo o ordenamento jurídico.

Diferente do que se pode imaginar, porém, a conclusão a que se chega não é pela extirpação destas regras, diante de sua plena inadequação às diretrizes constitucionais. Ao revés, o que se entende é que elas devem ser recebidas, de forma contextualizada e singularizada. Em respeito à pluralidade social de crenças e à diversidade de famílias, também daí derivada, é preciso admitir que a monogamia pode ser um parâmetro exigível juridicamente. Para não comprometer o Estado Democrático de Direito e a

ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico ordenador”. (PEREIRA, 2005, p. 106-107).

laicidade, que lhe é elementar, advoga-se pela plausibilidade de valores religiosos integrarem e obrigarem, em determinados casos concretos. A monogamia é uma imposição compatível com o Direito Laico, desde que eleita pelas pessoas envolvidas, nos limites de sua crença e religião. A ordem jurídica não pode exigí-la abstratamente e *ex ante*, mas em dada situação real, singularizada e, pois, *ex post*, esta imposição é devida e comprova a real laicidade do Estado Brasileiro.

Referências

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Famílias simultâneas e concubinato adúltero. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: famílias*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: *Revista diálogo jurídico*, ano I, v. I, set.2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf. Acesso em 20/07/08.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HAHNER, June. E. *Emancipação do sexo feminino. A luta pelo direito da mulher no Brasil 1850-1940*. Tradução de Eliane Lisboa. Florianópolis: Mulheres, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Repersonalização das famílias. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano 4, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 12, p. 40-55, jan./mar. 2002.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAGIE, Yvonne. O medo do feitiço – verdades e mentiras sobre a repressão às religiões mediúnicas. In: *Religião e Sociedade*, v. 13, n. 1, p.72-86, 1986.

MARIANO, Ricardo. Laicidade à brasileira. Católicos, pentecostais e laicos em disputa na esfera pública. *Civitas*. Porto Alegre, v. 11, n. 2, p.238-258, maio/ago. 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NEGRÃO, Lísias Nogueira. Pluralismo e multiplicidades religiosas no Brasil contemporâneo. *Sociedade e Estado*. Brasília, v. 23, n. 2, p.261-279, maio/ago. 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores de direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RUZIK, Carlos Eduardo Pianovisk. Famílias simultâneas e monogamia. In: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

TEIXEIRA, Paulo Eduardo. *O outro lado da família brasileira*. Campinas: Unicamp, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: *A nova família*. Problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.22-47.