

IMPEDIMENTO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO ENTRE PARENTES COLATERAIS DE TERCEIRO GRAU COM EXAME PRÉ-NUPCIAL DE COMPATIBILIDADE SANGUÍNEA

IMPEDIMENT OF HOMOAFECTIVE MARRIAGE BETWEEN THIRD-GRAIN COLLATERAL RELATIONS WITH PRE-BRIDAL EXAMINATION OF BLOOD COMPATIBILITY

Emília Maria Gonçalves Soares¹, Adriano Portella Amorim²

¹ Aluna de Iniciação Científica e do Curso de Direito da Faculdade ICESP

² Professor Mestre do Curso de Direito e Orientador de Iniciação Científica da Faculdade ICESP e das Faculdades Integradas Promove de Brasília

Resumo

O presente artigo fala a respeito do impedimento do casamento entre parentes colaterais de terceiro grau com enfoque em casais homoafetivos, mediante a necessidade do exame pré-nupcial. É realizada uma análise do Decreto-Lei 3.200/1941 e do artigo 1.521 do Código Civil/2002, com relação a eficácia válida para todos os modelos de casamento avuncular. É demonstrado as controvérsias da legislação pertinente e opiniões de doutrinadores, bem como o avanço e o surgimento de novos modelos de famílias, e especificadamente, um estudo sobre o alcance da legislação atual ao tipo de família homoafetiva com relação a igualdade de princípios constitucionais. Com o surgindo da situação de casamento avuncular homoafetivo o mesmo não poderá ser impedido, pois mesmo não havendo nenhuma legislação que especifique determinadamente que o este casamento possa acontecer, o casal não tem nenhuma condição de ter frutos, dispensando o exame consanguíneo. O casamento em questão não poderá ser impedido bem como não será necessário autorização judicial para concretizá-lo, de acordo com os princípios fundamentais. É aberto lacuna para o casamento avuncular homoafetivo, é necessário aqui usar o Princípio da Igualdade e aplicar o mesmo sentido do casamento de pessoas do mesmo sexo. Portanto, pode-se afirmar que por não ter impedimento algum, o casamento homoafetivo entre parentes colaterais de terceiro grau poderá acontecer naturalmente, ficando os consortes deste casamento isentos do inciso IV do artigo 1.521 do CC, e também sem o alcance da pena do artigo 237 do CP.

Palavras-Chave: casamento; homoafetivo; impedimento casamento; parentes colaterais terceiro grau; avuncular.

Abstract

This article discusses the impediment of marriage between third-degree relatives with a focus on homoaffective couples, through the necessity of prenuptial examination. An analysis of Decree-Law 3,200 / 1941 and article 1,521 of the Civil Code / 2002, with respect to effectiveness valid for all models of avuncular marriage, is carried out. Controversies of relevant legislation and opinions of doctrinaires, as well as the advancement and emergence of new family models, and specifically a study on the scope of current legislation on the type of homoaffective family with regard to equality of constitutional principles, are shown. With the emergence of the situation of avuncular homoaffective marriage, the same can not be prevented, since even if there is no legislation that specifies that this marriage can happen, the couple has no condition to bear fruit, dispensing with the consanguineous examination. The marriage in question can not be prevented as well as it will not be necessary judicial authorization to materialize it, in accordance with the fundamental principles. A gap is open for homosexual marriage, it is necessary here to use the Equality Principle and apply the same sense of same-sex marriage. Therefore, it can be affirmed that, because there is no impediment, homoaffective marriage between third-degree relatives may occur naturally, consorts of this marriage being exempt from item IV of article 1,521 of the CC, and also without the scope of the sentence of the article 237 of the CP.

Keywords: marriage; homoaffective; marriage impediment; third-degree collateral relatives; avuncular.

Contato: emiliamariasoes@hotmail.com

Pesquisa Financiada pelas Faculdades Integradas Promove de Brasília e Faculdade ICESP, por meio do Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa - NIP. Edital número 02/2017.

Introdução

Ao ler o inciso IV do artigo 1.521 do Código Civil 2002, instantaneamente pensa-se que o

casamento entre colaterais de terceiro grau é impedido. No entanto, a proibição deste casamento é suavizada pelo Decreto-Lei 3.200/1941, que permanece em vigor, não sendo

incompatível com o sistema jurídico atual. Para tanto cabe advertir que no Decreto-Lei citado, não há nenhuma menção com relação a casamento homoafetivo, surgindo daí as questões levantadas para estudos, uma vez que, a legislação pertinente não está atendendo aos novos modelos de família.

O direito de família a cada dia se supera, e apesar de no atual Código Civil não está expresso casamento entre pessoas do mesmo sexo, o STF (Supremo Tribunal Federal) em 2011 reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo gênero e equiparou as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres. Em 2013 o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) determinou através da Resolução nº 175 a obrigação dos cartórios de todo o país a celebrar o casamento civil homoafetivo. O casamento homoafetivo alude algumas controvérsias que ainda estão sendo interpretadas e traduzidas por legisladores, juristas e doutrinadores. O acompanhamento da legislação às necessidades da sociedade faz referência a contraditórios, uma vez que o surgimento da norma é conforme a necessidade.

Surgem as questões do casamento homoafetivo entre colaterais de terceiro grau. Há a necessidade de apresentar o exame consanguíneo para a permissão do casamento homoafetivo entre colaterais de terceiro grau? Pode-se entender, uma vez que um casal homoafetivo não irá gerar frutos, automaticamente o exame é dispensado? Para se concretizar o casamento avuncular homoafetivo é necessário autorização judicial? O Decreto-Lei terá efeitos sobre o casamento homoafetivo entre parentes colaterais de terceiro grau? Assim como demais artigos dentre outras leis já ultrapassados, após o reconhecimento do casamento homoafetivo, os parentes colaterais de terceiro grau de mesmo sexo que quiserem se casar ficam isentos do inciso IV do artigo 1.521 do Código Civil? Estarão sujeitos a pena do artigo 237 do Código Penal, o casal homoafetivo parentes colaterais de terceiro grau que contraírem casamento sem passarem pelas regras do Decreto-Lei 3.200 de 1941?

Portanto, essas são as hipóteses levantadas neste trabalho, seguindo o estudo da legislação, jurisprudência e doutrina, mediante aplicação desses conhecimentos na exploração e análise crítica do desenvolvimento e crescimento da legislação rente a necessidade dos indivíduos, de modo a mostrar e comparar o entendimento e aplicação das normas pertinentes com as práticas atuais no que refere a problemática da união de parentes colaterais de terceiro grau do mesmo sexo, focalizando na contribuição dos estudos para o crescimento e desenvolvimento de legislações aptas e atualizadas que atendam os cidadãos de todas as espécies, condições e preferências.

Materiais e Métodos

O tipo de pesquisa utilizado no presente estudo é o bibliográfico, através da legislação brasileira em vigor, sendo principalmente o Código Civil de 2002 e o Decreto-lei 3.200 de 1941, além de diversos materiais como livros e artigos jurídicos e a jurisprudência correspondente ao tema. É feita coleta de dados em livros, artigos publicados em revistas especializadas, acórdãos de tribunais superiores e textos publicados na Internet com a devida fonte de autoria.

Observados os limites da estabelecidos para a abordagem temática, a pesquisa foi desenvolvida, dentre outros meios que se demonstrarem necessários, da seguinte forma:

- a) levantamento bibliográfico;
- b) estudo crítico de correntes teóricas e pronunciamentos judiciais;
- c) obtenção e análise da legislação;
- d) identificação de aspectos controvertidos;
- e) identificação dos efeitos jurídicos e sociais.

1. Casamento civil

O casamento civil não existia antes da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Junto com a República brasileira, nasceu o casamento civil para o Brasil, que anteriormente era celebrado apenas no religioso.

No Código Civil de 1916, somente era reconhecida uma família que tivesse como laço o casamento, pois o casamento era o único meio de constituição da família. A Constituição Federal de 1988 expandiu as características de família, trazendo o conceito da entidade familiar, com novos vínculos de família, além do casamento. Nesta Constituição foi inserida a proteção especial para os vínculos monoparentais e à união estável, dando mais importância a entidade familiar do que o casamento formal.

Maria Berenice Dias, faz uma observação importante com relação ao casamento e a entidade familiar citada no artigo 226 da CF:

A exacerbada sacralização do casamento faz parecer que seja essa a única forma de constituir a família. Mas é a família, e não o casamento, que a Constituição chama de base da sociedade, merecedora da especial atenção do Estado (CF 226). Apesar de ser assegurada assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram (CF 226 § 8.º), é imposto à família o dever de garantir à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta primazia, todos os direitos que lhes são assegurados (CF

227). Também é da família o dever de amparar as pessoas idosas (CF 230).¹

No artigo 1.514 do Código Civil está expresso que o casamento é realizado com manifestação da vontade do homem e da mulher, estabelecendo vínculo conjugal por vontade e declarados casados pelo juiz, da mesma forma que o artigo 1.517 CC, que volta a citar que o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar. Também no Código Civil, no artigo 1.723, tem-se a citação de que é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher. Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu capítulo VII, da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, no artigo 226, diretamente no parágrafo 3º diz que o Estado reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar.

Para Maria Helena Diniz “o casamento gera o que se chama de estado matrimonial, no qual os nubentes ingressam por vontade própria, por meio de chancela estatal”.²

Como o casamento é o estabelecimento da comunhão plena de vida, é de extrema necessidade que as duas pessoas ao se casarem, manifestem a vontade de estabelecer o vínculo conjugal, somente após isso o juiz os declara casados perante o Estado, tendo assim, os cônjuges, a base na igualdade de direitos e deveres.

Não existe um conceito determinado e único do casamento, entretanto, Carlos Roberto Gonçalves cita em seu livro direito de família as palavras de Clóvis Beviláquia, que expressa uma definição, nos termos:

“O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e a educar a prole, que de ambos nascer”.³

Após o casamento, a condição do estado civil dos cônjuges é alterada para casados, sendo pública esta condição, que gerará efeitos do casamento, sendo uma a geração dos vínculos conjugal entre os cônjuges, e outra, o vínculo de parentesco por afinidade, fazendo uma ligação dos cônjuges aos parentes do outro.

¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 12ª ed. São Paulo: RT, 2017. p. 162.

² DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 12ª ed. São Paulo: RT, 2017. p. 162.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. 6: Direito de Família - 14. ed. — São Paulo: Saraiva, 2017. p. 36.

Por ter que haver a vontade entre as partes, os doutrinadores institucionalistas entendem que a natureza jurídica contratual é atribuída ao casamento. Entretanto outra corrente minoritária faz críticas a doutrina contratualista, pois no casamento não se encontra as condições de devedor e credor. De toda forma, a maioria da doutrina entende que o casamento é um negócio jurídico bilateral. A natureza jurídica do casamento mais aceita na atualidade está no meio da concepção eclética ou mista.

O casamento é permitido a partir dos 16 anos de idade, entretanto para as pessoas relativamente incapazes, que tem idade dos 16 até os 18, é necessária a assistência do responsável no ato da vida civil, precisando assim a autorização dos pais ou responsáveis para casarem-se. Porém, o filho que for emancipado não necessita da autorização dos pais. A partir de 18 anos de idade qualquer pessoa pode se casar de livre e espontânea vontade, sem necessidade de autorização, podendo escolher o regime de bens.

Do mesmo modo que existe a união de duas pessoas através da realização casamento, também existe a dissolução do casamento, que é a máxima expressão da liberdade, o direito de não permanecer casado, podendo desfazer e dissolver o casamento. Embora o casamento seja realizado com a intenção de ser duradouro, em algum momento uma ou ambas as partes podem desejar não mais viver junto ao outro. E para amparar o princípio da liberdade e da dignidade humana, a CF no seu artigo 226 parágrafo 6º diz “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.⁴ Assim o Estado oferece todo amparo para o fim do casamento, da mesma maneira como da sua realização, para que os cônjuges tenham o direito a liberdade e escolha, de viver a vida do lado de quem bem seja interesse e proporcione felicidade.

2. Impedimentos do casamento

Para que uma pessoa possa se casar, é necessário que ela não tenha nenhum impedimento. Caso aconteça, o casamento é nulo. Os impedimentos estão relacionados no capítulo II da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, especificadamente no artigo 1.521.

CC 2002, Artigo 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;

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22/11/2017.

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.⁵

Os impedimentos acima identificam a impossibilidade de uma pessoa casar com outra determinada pessoa. “Trata-se de proibição que atinge uma pessoa com relação a outra ou outras”.⁶ Não se tratando de incapacidade, podendo escolher outra qualquer pessoa para realizar o casamento.

Não podem casar os ascendentes com descendentes, sendo pais com filhos, avôs com netos e sucessivamente, de parentesco natural (biológico), ou civil. Os afins em linha reta (sogros, genros ou noras), irmãos adotados ou biológicos, tios com sobrinhos, filhos dos companheiros advindos das uniões anteriores (mesmo depois de cessada a união), pessoas já casadas e sem divórcio, também são impedidos de casarem-se. O cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio consumado ou tentado contra seu consorte não pode casar.

Adentrando mais profundamente no inciso IV, que é o foco deste artigo, deixa-se um pouco de lado o estudo minucioso dos demais. Notando que no inciso IV, que o legislador deixou expresso o impedimento do casamento avuncular, quando inserem os colaterais até o terceiro grau na legislação.

De acordo com o artigo 1.592 do Código Civil “São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra”.⁷ Portanto os tios são parentes colaterais de terceiro grau. Assim, entende-se que, conforme o já mencionado artigo 1.521, tios não podem casar com sobrinhos.

O impedimento de casamento entre parentes colaterais, inclusive de terceiro grau de acordo com FARIAS “Trata-se de verdadeira ampliação da regra proibitiva de incesto, em face dos riscos na formação física e psíquica da prole,

justificando a motivação eugênica”.⁸

Qualquer pessoa pode suscitar os impedimentos até o momento da celebração do casamento, opondo por declaração escrita, assinada e com indicação de provas. Após a celebração, do casamento que tenha impedimento, mesmo que ele seja nulo, somente os interessados podem a qualquer tempo recorrer a declaração de nulidade.

Vale lembrar que o Código Penal tipifica o crime contra o casamento sendo o delito de conhecimento prévio de impedimento, no artigo 237 “Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta: Pena - detenção, de três meses a um ano”.⁹ Tal crime foi previsto com a intenção de proteger a regularidade da constituição do casamento, sendo que qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo, praticando o crime, e o sujeito passivo será o Estado, e é de ação penal de iniciativa pública incondicionada, e competente ao Juizado Especial Criminal. Portanto, qualquer pessoa que, sabendo dos impedimentos do casamento taxativos no artigo 1.521 do CC e mesmo assim o cometer, podem ser processados por cometer o delito de conhecimento prévio de impedimento do casamento.

3. Casamento avuncular

O casamento avuncular é aquele entre parentes colaterais de terceiro grau - tio(a)-sobrinho(a). Sabe-se que este casamento está impedido pelo inciso IV do artigo 1.521 do CC/2002, entretanto existe a possibilidade deste casamento ser realizado legalmente.

Em 1941 o honroso Presidente da República Getúlio Vargas decretou o Decreto-Lei de nº 3.200 que dispõe sobre a organização e proteção da família. Neste mencionado Decreto-Lei, o Capítulo I é voltado apenas para o casamento entre colaterais de terceiro grau, onde insere uma permissão para os mesmos terem a realização do casamento. No artigo 2º do mesmo DL, diz que o juiz pode dispensar o impedimento e permitir a celebração do casamento entre os colaterais no terceiro grau desde que haja laudo médico demonstrativo da inexistência de risco de natureza genética ou sanitária para a prole. Esse laudo é o chamado exame pré-nupcial de compatibilidade sanguínea.

⁵ BRASIL. Código Civil. LEI 10.406 de 10/01/200. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22/10/2017.

⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família. Vol. 5: 30. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 172

⁷ BRASIL. Código Civil. LEI 10.406 de 10/01/200. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22/10/2017.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Famílias, vol. 6. ed. - São Paulo: Atlas, 2015. p.202

⁹ BRASIL. Código Penal. LEI 2.848 de 7/12/1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30/08/2017.

O Código Civil de 2002 não revogou o Decreto-Lei nº 3.200/1941 que possibilita o casamento de colaterais de terceiro grau com a apresentação de dois atestados médicos afirmando a impossibilidade de defeitos eugênicos dos futuros descendentes.

Conforme o Decreto Lei nº 3.200 (BRASIL, 1941, art. 1º e 2º):

Art. 1º O casamento de colaterais, legítimos ou ilegítimos do terceiro grau, é permitido nos termos do presente decreto-lei.

Art. 2º Os colaterais do terceiro grau, que pretendam casar-se, ou seus representantes, legais, se forem menores, requererão ao juiz competente para a habilitação que nomeie dois médicos de reconhecida capacidade, isentos de suspeição para examiná-los e atestar-lhes a sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista, da saúde de qualquer deles e da prole, na realização do matrimônio.¹⁰

DINIZ (2015, p. 86) esclarece muito bem a aceitação do D.L. nº 3.200 pelo o CC/2002:

Todavia o impedimento entre colaterais de 3º grau, isto é, entre tios e sobrinhas, não é mais invencível, ante os termos dos arts. 1º ao 3º do Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1.941, norma especial, que dispões sobre a organização e proteção da família, e, por isso recepcionada pelo novo Código Civil, apesar de anterior a ele.¹¹

Logo, os doutrinadores são pacíficos com relação ao entendimento de que, parentes de terceiro grau podem se casar desde que, apresentem as exigências do D. L. nº 3.200.

FARIAS esclarece:

Há de se mencionar, de qualquer forma, que o Decreto-Lei nº 3.200/41, em seu art. 2º, permitiu que, havendo laudo médico demonstrativo da inexistência de risco de natureza genética ou sanitária para a prole, realizado antes do casamento, o juiz dispense o impedimento e permita a celebração das núpcias entre os colaterais no terceiro grau, apenas (tios-sobrinhos).¹²

Além de ser prevalecido na doutrina, tal entendimento de que o Decreto-Lei é recepcionado pelo Código Civil de 2002, está

¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei 3.200 de 19/04/1941. Organização e Proteção da Família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3200.htm>. Acesso em: 22/04/2017.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família. Vol. 5: 30. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 86

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Famílias, vol. 6. ed. - São Paulo: Atlas, 2015. p.202

aprovado no Enunciado 98 na Jornada de Direito Civil: “O inc. IV do art. 1.521 do novo Código Civil deve ser interpretado à luz do Decreto-lei n. 3.200/41, no que se refere à possibilidade de casamento entre colaterais de 3º grau”.¹³

E, para finalizar, de acordo com COELHO:

Essas circunstâncias biológicas e mais a da separação por três gerações entre os nubentes reduzem os riscos que a pequena diversidade genética representa à perpetuação da espécie. Daí a admissibilidade do casamento quando não existirem óbices de ordem médica.¹⁴

No Brasil existem alguns julgados que reconhecem a união estável entre parentes colaterais de terceiro grau. Vale ressaltar que cada julgado é de um caso concreto vindos com suas peculiaridades e diferenciações. A maioria dos julgados, a favor da união entre colaterais de terceiro grau, onde o judiciário encontra os requisitos da união estável, sendo estes, pessoas que se unem com objetivo de constituir família, que tenha convivência pública, contínua e duradoura.

Julgado do TJ-PE (APL: 3899847 PE, Relator: Roberto da Silva Maia, Data de Julgamento: 20/10/2015, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 03/11/2015):

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE TIO E SOBRINHA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. IMPEDIMENTO LEGAL PARA O CASAMENTO. ART. 1.521, DO CC. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO. 1. Para haver o reconhecimento da união estável enquanto entidade familiar, necessário que os interessados demonstrem o preenchimento dos pressupostos objetivos e subjetivos dispostos no art. 1.723, do CC: a) convivência more uxorio; e b) affectio maritalis (requisitos de ordem subjetiva) e; a) notoriedade do relacionamento; b) estabilidade ou duração prolongada; c) continuidade; e d) inexistência de impedimentos matrimoniais, nos termos do art. 1.521, do CC (requisitos de ordem objetiva). 2. Além de não ter restado comprovada nem mesmo a affectio maritalis, no presente caso, vê-se que a Apelante e o de cujus eram, respectivamente, sobrinha e tio, parentes colaterais de 3º grau, incorrendo

¹³ BRASIL. Enunciado 98 da I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/729>>. Acesso em: 04/11/2017.

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa - Curso de Direito Civil, Família, Sucessões, vol. 5. 5. ed.– São Paulo: Saraiva, 2012. p. 68.

na hipótese de impedimento legal para o casamento do art. 1.521, IV, do CC, aplicável à união estável por força do § 1º, do art. 1.723, do Codex. 3. Apelação a que se nega provimento, à unanimidade.¹⁵

O TJ-PE, no julgado acima, não reconheceu a união estável, uma vez que a relação que existia entre o tio e a sobrinha não configurava todos os requisitos da união estável, que está no artigo 1.723 do Código Civil de 2002. Assim não houve o reconhecimento da união estável, mesmo a sobrinha cuidado do falecido tio em leito de morte, servindo-o de toda assistência merecida, o Tribunal alega que há um impedimento legal para o reconhecimento dessa união estável.

Já a 4ª Turma Cível do TJDF, reconheceu a ocorrência da união estável entre tio e sobrinha. O processo corre em segredo de justiça, porém observa-se que no acórdão publicado, o Tribunal interpretou a proibição do casamento entre tio e sobrinha de acordo com o Decreto-Lei nº 3.200/1941:

AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. AGRAVO RETIDO. LEGITIMIDADE PASSIVA. HERDEIROS. IMPEDIMENTO PARA O CASAMENTO. EXCEPCIONALIDADE. REQUISITOS PARA O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL. 1. Na ação de reconhecimento e dissolução de união estável "post mortem" os herdeiros tem legitimidade passiva para responder a demanda. 2. A proibição constante no art.1.521/IV do Código Civil, de casamento entre parentes colaterais até o terceiro grau, deve ser interpretada em consonância com o Decreto-Lei nº3.200/41, que permite ao juiz autorizar, em caráter excepcional, o casamento entre tios e sobrinhos desde que assegurada a saúde da prole. 3. Deve ser reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Ausente a publicidade no início da relação do casal, mantida em total sigilo, deve-se reconhecer a união estável a partir do momento em que assumida publicamente no meio social dos companheiros. 4. Agravo retido desprovido. Apelação da autora e recurso adesivo dos réus desprovidos.¹⁶

¹⁵ Brasil. TJ-PE - APL: 3899847 PE, Relator: Roberto da Silva Maia, Data de Julgamento: 20/10/2015, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 03/11/2015). Disponível em: <<https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/251840449/apelacao-apl-3899847-pe?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 06/10/2017.

¹⁶ Brasil. TJ-DF - Acórdão n.716252, 20080110373960APC, Relator: Min. ANTONINHO LOPES, Revisor: CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, Data

Em outro julgado do STJ do RN, a 3ª turma não anulou o casamento entre colaterais de terceiro grau, confirmando a existência de união estável entre tio-sobrinha. O tio que exprimiu sua vontade em leito de morte para seis testemunhas, ocasionando o casamento nuncupativo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CASAMENTO NUNCUPATIVO. VALIDADE. COMPROVAÇÃO DE VÍCIO QUANTO A MANIFESTAÇÃO DA VONTADE INEQUÍVOCA DO MORIBUNDO EM CONVOLAR NÚNCIAS. COMPROVAÇÃO. 1. Ação de decretação de nulidade de casamento nuncupativo ajuizada em novembro de 2008. Agravo no recurso especial distribuído em 22/03/2012. Decisão determinando a reatuação do agravo em recurso especial, publicada em 12/06/2012. 2. Recurso especial que discute a validade de casamento nuncupativo realizado entre tio e sobrinha com o falecimento daquele, horas após o enlace. 3. A inquestionável manifestação da vontade do nubente enfermo, no momento do casamento, fato corroborado pelas 6 testemunhas exigidas por lei, ainda que não realizada de viva voz, supre a exigência legal quanto ao ponto. 4. A discussão relativa à a nulidade preconizada pelo art. 1.548 do CC-02, que se reporta aos impedimentos, na espécie, consignados no art. 1.521, IV, do CC-02 (casamento entre colaterais, até o terceiro grau, inclusive) fenece por falta de escopo, tendo em vista que o quase imediato óbito de um dos nubentes não permitiu o concúbito pós-casamento, não havendo que se falar, por conseguinte, em riscos eugênicos, realidade que, na espécie, afasta a impositividade da norma, porquanto lhe retira seu lastro teleológico. 5. Não existem objetivos pré-constituídos para o casamento, que descumpridos, imporiam sua nulidade, mormente naqueles realizados com evidente possibilidade de óbito de um dos nubentes - casamento nuncupativo -, pois esses se afastam tanto do usual que, salvaguardada as situações constantes dos arts. 166 e 167 do CC-02, que tratam das nulidades do negócio jurídico, devem, independentemente do fim perseguido pelos nubentes, serem ratificados judicialmente. 6. E no amplo espectro que se forma com essa assertiva, nada impede que o casamento nuncupativo realizado tenha como motivação central, ou única, a consolidação de meros efeitos sucessórios em favor de um dos nubentes

de Julgamento: 10/04/2013, Publicado no DJE: 02/10/2013. Pág.: 161. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br /institucional/jurisprudencia/informativos/2013/informativo-de-jurisprudencia-no-269/uniao-estavel-entre-tio-e-sobrinha-2013-excepcionalidade>>. Acesso em: 05/10/2017.

- pois essa circunstância não macula o ato com um dos vícios citados nos arts. 166 e 167 do CC-02: incapacidade; ilicitude do motivo e do objeto; malferimento da forma, fraude ou simulação. Recurso ao qual se nega provimento¹⁷

O Decreto-Lei 3.200/1941 está sendo usado nos Tribunais habitualmente, reafirmando mais uma vez, que ele ainda está em vigor, e que na maioria das vezes é o que faz interpretar, sendo o ponto determinante para as decisões. Essas decisões que procedem são com os requisitos de união estável, que tenha objetivo de família, duradoura e pública, porém sem risco para a prole.

4. Evolução do casamento homoafetivo

Relações homoafetivas fazem parte da vida dos humanos desde a história antiga. Em alguma época da antiguidade já foi mais suportada, e há quem diga que já foi tão natural como as relações entre pessoas de sexos opostos. Em determinado espaço de tempo essas relações foram condenadas e muito discriminadas. Na atualidade estão cada vez mais frequentes e ganham, cada dia mais, apoio jurídico e social. Talvez uma parte da sociedade ainda tenha preconceito, mas ainda assim toleram. “Torna-se claro que o amor por pessoas do mesmo sexo já existia e era amplamente aceito por outros povos que não apenas os da Grécia Clássica e de Roma, civilizações vistas pela atual sociedade como as mais tolerantes em relação à homoafetividade”¹⁸.

Mesmo antes dos colonizadores chegarem ao Brasil em 1500, já existiam as relações entre pessoas do mesmo sexo. Os portugueses depararam com vários relacionamentos de mulher com mulher e homem com homem, e atribuíram as relações homoafetivas aos costumes pagãos dos índios de religiões e culturas diferentes. Mas o que na verdade acontecia é que os nativos brasileiros seguiam o mesmo que ocorreu na antiguidade clássica europeia. Isso faz crer que a relação homoafetiva sempre existiu independente de povos, raças e épocas.

Desde o descobrimento até 1891, o Brasil tinha como religião oficial o catolicismo. Com total

força sobre a população a Igreja Católica condenava as relações homoafetivas, fazendo com que o preconceito e discriminação aumentassem e tivessem força, pois quem praticava tal relação não teria a salvação e era visto de maneira impura pelos demais cristãos. A partir de 1891 com a instituição do Estado Laico, o Brasil tem prática religiosa livre, e não existe mais nenhum vínculo do religioso com o civil, desde então as relações homoafetivas foram tornando-se parte da vida dos brasileiros, cada vez mais frequente.

Não existe nenhuma legislação que proíbe o casamento civil homoafetivo, que nos dias atuais é aceito em qualquer cartório do Brasil. Porém, para chegar a ser aceito, o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo passou por uma grande evolução nos últimos tempos, sendo motivo de questionamentos entre legisladores, doutrinadores e judiciários.

O primeiro reconhecimento da existência de uma sociedade de fato, foi em 1998 pelo STJ, que assegurou ao parceiro do mesmo sexo a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum:

Sociedade de fato. Homossexuais. Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1363 do CCivil. Responsabilidade civil. Dano moral. Assistência ao doente com AIDS. Imprudência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com Aids a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Art. 159 do CCivil. Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido.¹⁹

Um pouco mais adiante, em 2010 o STJ pronunciou no mesmo sentido porém em uma situação diferenciada, onde a companheira do mesmo sexo requeria a adoção unilateral dos filhos que foram adotados pela outra companheira, tendo entendimento favorável, entendendo o STJ que o planejamento da adoção foi em conjunto. “O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas,

¹⁷ Brasil. STJ - REsp: 1330023 RN 2012/0032878-2, Relator: Min. NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 05/11/2013, T3 - Terceira Turma, Data de publicação: DJe 29/11/2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24738094/recurso-especial-resp-1330023-rn-2012-0032878-2-stj>>. Acesso em: 08/10/2017.

¹⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da Homoafetividade : da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos - 2. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo: Método, 2012. p. 56.

¹⁹ BRASIL. STJ - REsp 148897 MG 1997/0066124-5, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de julgamento: 10/02/1998, T4 – Quarta Turma, Data de publicação DJ 06/04/1998 p. 132. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19863781/recurso-especial-resp-148897-mg-1997-0066124-5>>. Acesso em 23/07/2018.

solidariamente, compete a responsabilidade”.²⁰ O STJ entendeu que o melhor a fazer para as crianças adotadas era dar deferimento ao requerimento onde reconhecia o casal homoafetivo como mães, alegando a proteção das crianças, ocorrendo verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

Após os dois julgados acima, que foram os iniciais para a legalização da união homoafetiva, o STF acolheu ações declaratórias, e assim explica Maria Berenice Dias:

Em 05/05/2011, o STF acolheu duas ações declaratórias de inconstitucionalidade, reconhecendo as uniões homoafetivas como entidades familiares com os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis. A histórica decisão, proferida por unanimidade, dispõe de eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CF 102 § 2.º). A desobediência dá ensejo a pedido de reclamação diretamente no STF.²¹

Foi criada jurisprudência para casos semelhantes, com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, reconhecendo em todo Brasil os direitos iguais nas uniões estáveis homoafetivas às uniões entre homem e mulher.

Ainda em 2011 o STJ deferiu a habilitação direta para o casamento, numa Resp. onde duas mulheres que mantinha relacionamento estável há três anos alegaram ter a habilitação para o casamento negada em dois cartórios de registro civil. O relator Min. Luis Felipe Salomão aduziu “a concepção constitucional do casamento deve ser plural, porque plurais são as famílias; ademais, não é o casamento o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, qual seja, a proteção da pessoa humana em sua dignidade”²².

Adiante, especificadamente no dia 14 de maio de 2013 o CNJ aprovou uma resolução obrigando todos os cartórios do país a celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo. A partir de então, onde se lê “homem e mulher” nos artigos 1.514, 1.517 e 1.723 do C.C e no artigo 226 da C.F, entende-se como “duas pessoas”. Pode-se, portanto, ser homem e mulher, homem e homem, ou mulher e mulher, descaracterizando o casamento legal somente para pessoas de sexos opostos, atingindo o casamento homoafetivo as mesmas regras e as mesmas consequências do casamento homem e mulher.

Segundo Maria Berenice Dias:

Nem a Constituição nem a lei, ao tratarem do casamento, fazem qualquer referência ao sexo dos nubentes. Portanto, não há qualquer impedimento, quer constitucional, quer legal, para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Também, entre os impedimentos para o casamento, não se encontra a diversidade de sexo do par.²³

Mediante as conquistas pelos casais de mesmo sexo, a professora Maria Helena Diniz, em seu Manual de Direito das Famílias, cita o artigo 1.514 do Código Civil 2002, substituindo o termo “homem e da mulher” por “noivos” ficando da seguinte forma: “A manifestação da vontade dos noivos e a afirmação do celebrante que os declara casados.”²⁴

Após todas essas conquistas de igualdade de direitos, o casal homoafetivo hoje, nada se distingue do casal tradicional, para efeitos legais vigentes. O casamento homoafetivo tornou-se aceito e legal no Brasil, e já são inúmeros os registros de uniões estáveis e casamentos na maioria dos cartórios em todas as regiões do país.

Existem projetos de lei para a alteração dos artigos mencionados anteriormente, onde citam homem e mulher. A ideia é que seja substituído por um texto em que entenda que pessoas podem se casar, sejam elas de mesmo sexo ou não, então algo no mesmo entendimento. Um exemplo

²⁰ Brasil. STJ - REsp: 889.852 - RS 2006/0209137-4, Relator: Min. LUIS FELIPE SALOMAO, Data de Julgamento: 27/04/2010, T4 – Quarta Turma, Data de publicação: DJe 10/08/2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_889852_RS_1288288691436.pdf?Signature=JzyMhVEaVTx%2BkxfRKNpRsuT2ixE%3D&Expires=1532367700&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=0414de325e710157a086affad0517301>. Acesso em: 23/07/2018.

²¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 12ª ed. São Paulo: RT, 2017. p. 290.

²² Brasil. STJ - REsp: 889.852 - RS 2006/0209137-4,

Relator: Min. LUIS FELIPE SALOMAO, Data de Julgamento: 27/04/2010, T4 – Quarta Turma, Data de publicação: DJe 10/08/2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_889852_RS_1288288691436.pdf?Signature=JzyMhVEaVTx%2BkxfRKNpRsuT2ixE%3D&Expires=1532367700&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=0414de325e710157a086affad0517301>. Acesso em: 23/07/2018.

²³ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 12ª ed. São Paulo: RT, 2017. p. 169.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 12ª ed. São Paulo: RT, 2017. p. 177.

é o Projeto de Lei do Senado nº 612, de 2011 de autoria da Senadora Marta Suplicy, que altera os artigos 1.723 e 1.726 do Código Civil. Na Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Jean Wyllys e da Deputada Erika Kokay, o Projeto de Lei nº 5.120 de 2013, que também substitui alguns artigos do Código Civil onde lê-se “homem e mulher” para que haja alteração para “duas pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo”. Esses projetos de lei também tinham a intenção de legalizar o casamento homoafetivo, porém hoje a necessidade é de substituição do texto apenas, pois já tem o entendimento pacífico que pessoas do mesmo sexo podem se casar e constituir família.

5. Casamento homoafetivo avuncular

Ao longo da história, no Brasil, não se aceitava o casamento homoafetivo. Entretanto com a evolução da sociedade e os vínculos conjugais, surgiu a aceitação e legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em alguns outros países o casamento homoafetivo já está regularizado a mais tempo do que no Brasil, que passou a ser legalizado em 2013. Com isso até os dias de hoje surge impasses sobre o que se diz respeito a essas novas legalizações.

O casal homoafetivo tem todos os direitos e deveres de um casal tradicional heterossexual. Assim, vale para os casais do mesmo sexo também os impedimentos do casamento. Tais impedimentos são relacionados no artigo 1.521 do Código Civil de 2002.

O casamento homoafetivo alude algumas controvérsias que ainda estão sendo interpretadas e traduzidas pelos legisladores e doutrinadores. Para tanto cabe advertir que no Decreto-Lei 3.200 de 1941 não há nenhuma menção com relação a casamento homoafetivo, surgindo daí algumas questões, uma vez que a legislação pertinente não está atendendo aos novos modelos de família. “Ainda que a família continue a ser essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, houve uma completa reformulação do seu conceito”.²⁵

O acompanhamento da legislação às necessidades da sociedade faz referência a contraditórios, uma vez que o surgimento da norma é conforme a necessidade. A proibição do casamento entre colaterais de terceiro grau é suavizada pelo Decreto-Lei, que permanece em vigor, porque não é incompatível com o sistema jurídico atual. “Provada a inexistência de prejuízo para a saúde da prole, cai por terra a vedação

legal”²⁶

Diante de tantas transformações na sociedade e conseqüentemente na legislação, o questionamento é: como se procede com um casamento avuncular homoafetivo? Poderá qualquer pessoa, ou interessado arguir o impedimento na celebração do casamento por não ter o casal apresentado o laudo sanguíneo?

O que se imagina é que o casamento entre colaterais de terceiro grau foi inserido no rol do artigo 1.521 do CC para evitar problemas físicos e psíquicos aos frutos. Logo que o casal homoafetivo não tem a possibilidade de possuir frutos do mesmo sangue, por não ter condições biológicas, não haverá a necessidade de apresentar laudos consanguíneos. Porém não existe nada expresso com relação a isso, talvez os legisladores tenham esquecido desse possível acontecimento, deixando assim, a legislação falha. No entanto, usando a analogia e invocando os princípios fundamentais, a resposta que tem-se é que o casamento não será impedido, procedendo com rito normal, sem apresentação de laudos, e sem mesmo autorização judicial para concretização.

6. Direitos fundamentais violados

Com relação ao impedimento ou não do casamento homoafetivo entre parentes colaterais de terceiro grau, nota-se que a legislação pode ferir direitos fundamentais. Dentre os direitos fundamentais, o que mais é destacado para o assunto exposto, é o direito a igualdade, que tornou-se um dos essenciais princípios da doutrina brasileira.

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem”.²⁷

Diz o artigo 5º da Constituição Federal da República “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos

²⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 12ª ed. São Paulo: RT, 2017. p. 144.

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Famílias, vol. 6. ed. - São Paulo: Atlas, 2015. p. 174.

²⁷ BARBOSA, Rui Barbosa. Oração aos Moços – Edição Popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. p. 26.

brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.²⁸ Assim entende-se que os casais homoafetivos tem os mesmos direitos que outros casais. Mesmo porque as pessoas que fazem parte da união homoafetiva são cidadãos comuns, pagam impostos e exercem os deveres igualmente aos demais.

Como afirma Maria Berenice Dias: “o princípio da igualdade não vincula somente o legislador. O interprete também tem de observar suas regras”.²⁹ Demonstra-se aqui a responsabilidade do legislador, ao tecer leis versando sobre o casamento homoafetivo. É necessário que o legislador observe todas as situações que envolvam, ou que possam surgir, pela igualdade dos direitos dos homoafetivos e casal homem x mulher.

É necessário atentar-se para possível ferimento ao princípio da igualdade ao negar o casamento homoafetivo entre parentes colaterais de terceiro grau. Sabendo-se que o único meio da realização do casamento de colaterais de terceiro grau é com o cumprimento do artigo 2º do Decreto-Lei nº 3.200/1941, o impedindo que o casal homoafetivo seja examinado, poderá haver uma violação ao acesso da permissão do casamento entre colaterais de terceiro grau.

O Princípio da Igualdade, para MELLO:

“Trata-se de direito fundamental por excelência, visto que busca trazer à sociedade através de seu conteúdo normativo (e dos que nele se ancoram), meios que possibilitem o tratamento isonômico entre as pessoas sem nenhuma discriminação que vise tolher direitos, mas pelo contrário, ampliá-los para o fim de zelar pelos desiguais na medida de suas desigualdades para que haja justa igualdade em perfeita consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana”.³⁰

Para não ferir o princípio da igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, o exame de compatibilidade sanguínea, que é o único e obrigatório meio para realização do casamento entre colaterais de terceiro grau, não poderá ser negado ao casal homoafetivo. Uma vez

que, é aceito o casamento entre parentes colaterais de terceiro grau com a apresentação do laudo médico para casais héteros, da mesma forma poderá ser realizado o exame para apresentação do laudo médico do casal homoafetivo. Porém não existe a necessidade da apresentação do exame, uma vez que o casal homoafetivo não poderá gerar frutos do mesmo sangue, dispensando assim a realização do laudo consanguíneo. “As uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo são uma consequência direta e inevitável da existência de uma orientação homossexual. Por isso mesmo, também são um fato da vida, que não é interditado pelo Direito e diz respeito ao espaço privado da existência de cada um.”³¹

A legislação pode ser ultrapassada e talvez o legislador não tenha observado a quantidade de avanços almejados pela comunidade LGBT. Por isso muitos casais homoafetivos ainda recorrem ao judiciário por decisões de direitos de igualdade. “Em nome do princípio da igualdade, é necessário assegurar direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar o juiz a se calar”.³²

“Entretanto, dada a realidade social eivada de desigualdades de diversos matizes, os Poderes Públicos não podem ficar inertes, devendo tomar uma posição mais ativa na busca da justiça social, o que nos remete à questão das ações afirmativas que buscam a inclusão de setores que encontram-se desprivilegiados em dadas circunstâncias”.³³

Deve-se excluir o casamento homoafetivo do inciso IV do artigo 1.521 do CC, ou que seja realizado o exame da mesma maneira que os casais de sexos opostos.

7. Conversão da união estável em casamento

A união estável desde o princípio, não foi bem aceita pela sociedade brasileira. O casamento sempre foi a forma mais correta de constituir família, e muitas pessoas que

²⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22/11/2017.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 12ª ed. São Paulo: RT, 2017. p. 55.

³⁰ MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. Direitos Fundamentais e dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 274.

³¹ BARROSO, Luis Roberto. Diferentes, Mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/diferentes_mas_iguais_atualizacao_2011.pdf>. Acesso em: 30/03/2018.

³² DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 12ª ed. São Paulo: RT, 2017. p. 55.

³³ MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. Direitos Fundamentais e dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 277.

mantinham a união estável eram tratados de forma diferente pelos outros, pois, a sociedade não a via como uma coisa certa. A família tinha duas denominações, sendo uma a legítima, formada a partir do casamento civil, e a outra ilegítima, formada por união livre e com impedimentos matrimoniais.

Antes da Constituição Federal de 1988 só existia o conhecimento de que família se constituía pelo casamento civil. No artigo 226 da C.F., parágrafo 3º, tem-se: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”³⁴ Deste modo, desde 1988 existe o reconhecimento da união estável, bem como a facilitação em conversão em casamento da mesma. Porém, ainda existe muita insatisfação com relação ao regulamento da conversão.

Mesmo com a elaboração das leis 8.971/94 que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e 9.278/96 que regulamenta o parágrafo terceiro da C.F. ainda ficou a desejar perante a situação de conversão. A segunda lei citada, traz uma melhor orientação em seu artigo 8º “Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.”³⁵ No entanto o que acontece é uma averbação da união estável no Registro Civil, e não de fato o casamento. O C.C. /2002, em seu artigo 1.726 traz: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.”³⁶, então, as pessoas que não tem impedimento poderão ter a conversão. As pessoas que são impedidas de casar, citadas no artigo 1.523 do C.C./2002, não poderão oficializar a união estável, tão pouco, converter em casamento, como diz no artigo 1.727 do C.C. “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.”³⁷

³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22/11/2017.

³⁵ BRASIL. Lei nº 9.278 de 10/05/1996. Regula o § 3º do art.226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 24/07/2018.

³⁶ BRASIL. Código Civil. LEI 10.406 de 10/01/200. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22/10/2017.

³⁷ BRASIL. Código Civil. LEI 10.406 de 10/01/200. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22/10/2017.

8. Solução jurídica para as relações homoafetivas na Hermenêutica

Há alguns tempos o ser humano vive sobre preconceito e discriminação com relação a seu afeto amoroso por uma pessoa do mesmo sexo. Isso fez, e ainda faz, com que muitas pessoas vivessem relações escondidas, deixando de assumir o que realmente é, ou muitas vezes tendo outra relação em paralelo para atender a sociedade.

Nos dias atuais as pessoas estão vivendo e assumindo suas relações homoafetivas. Cada dia mais e mais pessoas assumem publicamente suas relações com outra pessoa do mesmo sexo, convivendo com intuito de constituir família, uniões contínuas e duradouras. O preconceito e a discriminação vêm sendo superado com a ajuda do reconhecimento jurídico.

Com as inovações da legislação que abarca o casamento homoafetivo, a interpretação constitucional, jurídica e doutrinária, o afeto amoroso dos casais do mesmo sexo se valorou. A letra da Lei já não é vista mais da mesma maneira como anteriormente, e as soluções jurídicas estão surgindo cada dia mais a favor da igualdade das relações homoafetivas.

Mesmo que ainda não se tenha expressamente no jus positivismo que pessoas do mesmo sexo podem se casar, a cada dia a hermenêutica esclarece que o tratamento jurídico deve ser igual para todos. Segundo Barroso:

“Ainda quando não fosse uma imposição do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia. Como as características essenciais da união estável previstas no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o tratamento jurídico deve ser o mesmo.”³⁸

Através da analogia, as regras já existentes na legalidade são usadas em uma situação não prevista, auxiliando e abrangendo conceitos e normas, não criando um novo direito, e considerando os objetivos benéficos da regulamentação e tutela de relações.

As normas que limitam e dispõe sobre o casamento, interpretadas restritivamente, com

³⁸ BARROSO, Luis Roberto. Diferentes, Mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/diferentes_mas_iguais_atualizacao_2011.pdf>. Acesso em: 30/03/2018.

mera utilização de outro instrumento que não o Código Civil 2002 e o Decreto-Lei 3.200/1941, não são suficientes para formalização da união entre casal homoafetivo colaterais de terceiro grau. Porém é necessário, hermeneuticamente, a luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, apreciar a legislação com pensamento evoluído e diferenciado de anos passados entre a criação das normas e as conquistas pela igualdade de gênero da atualidade.

Para Barroso, não há mais em que se falar em diferença entre uniões hetero ou homoafetiva:

“De fato, os elementos essenciais da união estável, identificados pelo próprio Código Civil – convivência pacífica e duradoura com o intuito de constituir família – estão presentes tanto nas uniões heterossexuais, quanto nas uniões homoafetivas. Os elementos nucleares do conceito de entidade familiar – afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e prática – são igualmente encontrados nas duas situações. Diante disso, nada mais natural do que o regime jurídico de uma ser estendido à outra”.³⁹

Pela leitura do artigo 1.523 do C.C/2002, os parentes colaterais de terceiro grau do mesmo sexo estão impedidos de realizarem uma união estável e conseqüentemente o casamento. A solução jurídica é que o casamento aconteça, sendo favorável para o casal homoafetivo de terceiro grau que deseja ter sua união oficializada, pois o direito não pode ser negado pelo juiz, de acordo com Dias:

“Toda vez que o juiz nega algum direito sob a justificativa de inexistir lei, desrespeita a própria lei e deixa de cumprir com o seu dever. Não lhe cabe julgar as opções de vida das partes e chegar a resultado que enseje enriquecimento injusto de uma das partes, o que fere a ética que deve nortear as relações interpessoais. Deve apreciar as questões que lhe são postas, centrando-se, no seu compromisso de encontrar uma solução justa”.⁴⁰

9. Escolha política, normativa, ético-moral ou a conjugação de todas

Principalmente na antiguidade, o casamento

³⁹ BARROSO, Luis Roberto. Diferentes, Mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/diferentes_mas_iguais_atualizacao_2011.pdf>. Acesso em: 30/03/2018.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 12ª ed. São Paulo: RT, 2017. p. 288.

foi marcado como uma forma de estabelecer alianças e conquistar aliados, fazendo laços diplomáticos e econômicos. Até os dias de hoje pode-se encontrar casamento com esse objetivo, porém com menos frequência. Algumas famílias, preocupadas com o patrimônio, celebravam casamento entre parentes não deixando pessoas estranhas entrar na família, para que a fortuna ficasse entre os mesmos, não correndo o risco de espalhar as riquezas. Assim o patriarca selecionava membros da própria família para se casarem, fazendo questão de manter o crescimento patrimonial junto aos parentes, com finalidade da segura transmissão dos bens aos descendentes.

Juridicamente, no Brasil, praticar o incesto não é crime, desde que ambos sejam maiores. Entretanto, o casamento não é permitido entre descendentes/ascendentes, colaterais até o terceiro grau, salvo atendendo ao dispositivo DL 3.200/1941. Tais impedimentos oriundos da consanguinidade pode-se ter justificativa eugênica, uma vez que a proximidade das linhas de parentesco colocam em risco os filhos que poderão nascer defeituosos e portadores de doenças por incompatibilidade sanguínea, fazendo assim, com que a norma proteja a prole.

Por outro lado a moral social insiste em prevalecer. A tradição atual brasileira, não é de ter casamento entre parentes próximos. A sociedade não tem boa aceitação ao ver um tio casando com uma sobrinha ou tia com sobrinho. Existe um tabu moral e religioso, o incesto é visto com maus olhos e não tem nenhuma aprovação da sociedade. Alguns casais parentes de terceiro grau mantêm as escondidas o relacionamento, e posteriormente quando um vem a falecer o outro busca na justiça o reconhecimento principalmente junto à previdência. Na maioria das vezes não consegue, pois para que haja o reconhecimento da união estável um dos requisitos é que a união seja pública.

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE TIO E SOBRINHA NÃO COMPROVADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. FUNDAMENTO DIVERSO. I - Observa-se que, apesar de todas as provas ofertadas pela apelante, estas não são inequívocas e contundentes para comprovar que, realmente, mantinha união estável com seu falecido tio. II - A declaração escrita, de próprio punho, pelo instituidor do benefício, não se mostra convincente, muito menos, com o mínimo de veracidade neste mister, pois tais palavras (quando o INSS mandar um fiscal em casa, é só confirmar tudo.) geram dúvidas de que ambos viviam como marido e mulher. III - Apelação cível a que se nega provimento. Manutenção da sentença de

improcedência, por fundamento diverso.⁴¹

O casamento homoafetivo é muito discutido no meio social e político. Apesar da união entre pessoas de mesmo sexo ter o reconhecimento de boa parte da população, ainda existem alguns que não ficam a vontade com a situação, e julgam a moralidade do casal homoafetivo. Entretanto, o casamento homoafetivo está totalmente amparado pelas normas brasileiras, sendo assim legalizado juridicamente. O que pode complicar a e agravar ainda mais a situação moral, é o fato de o tio e sobrinho terem uma união homoafetiva. Isto porque o casal está mexendo duplamente com a moral perante a sociedade, uma de ser casamento incesto e outra por ser homoafetivo. Apesar de não ter diferença, pois está amparado pelo princípio da igualdade, o casal homoafetivo parentes de terceiro grau estão expondo suas sensibilidades perante a moral social.

A condição pode parecer diferente, alarmante ou até mesmo escandalosa, porém não deve-se que pensar assim, pois o casal homoafetivo parentes colaterais de terceiro grau estão amparados pelos seus direitos civis e constitucionais. Apesar da sociedade não aprovar, as normas jurídicas já alcançam a celebração do casamento homoafetivo, e atribuindo o princípio da igualdade ao casal homoafetivo parentes colaterais de terceiro grau a mesma aplicação do casal heterossexual, do DL 3.200/1941, pela hermenêutica, onde não há necessidade da realização do exame consanguíneo, uma vez que o casal não poderá ter filhos de ambos os sangues, fica visionado que o casamento homoafetivo entre parentes colaterais de terceiro grau é permitido.

Conclusão:

Diante dos estudos, percebe-se que a legislação ainda tem muito a avançar no Brasil, com relação ao Direito de Família. Talvez seja um desígnio difícil, uma vez que o Direito de Família a todo o momento sofre alterações mediante aos avanços que a sociedade toma, e mudanças de comportamentos.

Foi pesquisado sobre o casamento de parente colateral de terceiro grau, enfocando em casais homoafetivos, mediante as legislações, julgados e opiniões de renomados doutrinadores. Na legislação fica claro que os parentes colaterais

de terceiro grau somente podem se casar mediante o cumprimento do artigo 2º do DL 3.200/1.941. A doutrina afirma que este Decreto Lei foi recebido pelo Código Civil de 2002, e que ainda continua em vigor. A jurisprudência apresenta claramente o cumprimento da legislação, mostra-se que aceita o casamento ou união estável de parentes colaterais de terceiro grau desde que mantidas os cuidados para a eventual prole.

Conclui-se que, surgindo situação de casamento homoafetivo entre parentes colaterais de terceiro grau, o mesmo não será impedido. Deve-se pensar que, mesmo não havendo nenhuma legislação que especifique determinadamente que o casamento homoafetivo entre colaterais de 3º grau possa acontecer, o casal não tem nenhuma condições de ter frutos, não há necessidade de exame consanguíneo, sendo este dispensado. Da mesma forma, invocado os princípios fundamentais, o casamento em questão não poderá ser impedido bem como não será necessário autorização judicial para concretizá-lo. Com o DL 3.200/1941 abre lacuna para o casamento avuncular de pessoas do mesmo sexo, é necessário aqui usar o Princípio da Igualdade e aplicar o mesmo sentido para casamento homoafetivo, entretanto o mesmo DL não tem efeitos sobre este casamento, uma vez que o objetivo do resultado dos laudos exigidos no DL é em relação aos frutos do casal, e para este casamento em questão não é possível a geração de frutos consanguíneos. Portanto, pode-se afirmar que por não ter impedimento algum, o casamento homoafetivo entre parentes colaterais de terceiro grau poderá acontecer naturalmente, ficando os consortes deste casamento isentos do inciso IV do artigo 1.521 do CC, e também sem o alcance da pena do artigo 237 do CP.

Agradecimentos:

Agradeço a colaboração do meu pai José Antônio e do colega Thiago Moreira, ao carinho e paciência de Liliane Cardoso e de Carolina Soares que de maneira indireta colaboraram com esta obra.

⁴¹ BRASIL. TRF-2 – AC AC 201251010159964. Relator: Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, Data do julgamento: 26/06/2013, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 11/07/2013. Disponível em < <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24809301/ac-apelacao-civil-ac-201251010159964-trf2?ref=serp> . Acesso em 20/07/2018.

Referências:

1. BARBOSA, Rui Barbosa. Oração aos Moços – Edição Popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.
2. BARROSO, Luis Roberto. Diferentes, Mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/diferentes_mas_iguais_atualizacao_2011.pdf>. Acesso em: 30/03/2018.
3. BRASIL. CNJ Resolução 175 de 14/05/2013. Habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 15/09/2017.
4. BRASIL. Código Civil. LEI 10.406 de 10/01/200. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22/10/2017.
5. BRASIL. Código Penal. LEI 2.848 de 7/12/1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30/08/2017.
6. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22/11/2017.
7. BRASIL. Decreto-Lei 3.200 de 19/04/1941. Organização e Proteção da Família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3200.htm>. Acesso em: 22/04/2017.
8. BRASIL. Enunciado 98 da I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/729>>. Acesso em: 04/11/2017.
9. BRASIL. Lei nº 9.278 de 10/05/1996. Regula o § 3º do art.226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 24/07/2018.
10. BRASIL. Projeto de Lei de 2013. Altera os artigos 551, 1.514, 1.17, 1.535, 1.541, 1.565, 1.567, 1.598, 1.642, 1.723 e 1.1727 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, para reconhecer o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Disponível <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1064244>. Acesso em: 30/08/2017.
11. BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 612, de 2011. Altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>>. Acesso em: 30/08/2017.
12. BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF Ementário nº 2607-3. Relator: BRITTO, Ayres. Publicado no Dje nº 198 Divulgação 13/10/2011 publicação 14/10/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 30/11/2017.
13. BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 RJ4. Ementário nº 2607-1. Relator: BRITTO, Ayres. Publicado no Dje nº 198 Divulgação 13/10/2011 publicação 14/10/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 30/01/2018
14. BRASIL. STJ - REsp 148897 MG 1997/0066124-5, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de julgamento: 10/02/1998, T4 – Quarta Turma, Data de publicação DJ 06/04/1998 p. 132. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19863781/recurso-especial-resp-148897-mg-1997-0066124-5>>. Acesso em 23/07/2018.
15. Brasil. STJ - REsp: 1330023 RN 2012/0032878-2, Relator: Min. NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 05/11/2013, T3 - Terceira Turma, Data de publicação: DJe 29/11/2013. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24738094/recurso-especial-resp-1330023-rn-2012-0032878-2-stj>>. Acesso em: 08/10/2017.

16. Brasil. STJ - REsp: 889.852 - RS 2006/0209137-4, Relator: Min. LUIS FELIPE SALOMAO, Data de Julgamento: 27/04/2010, T4 – Quarta Turma, Data de publicação: DJe 10/08/2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_889852_RS_1288288691436.pdf?Signature=JzyMhVEaVTx%2BkxfRKNpRsuT2ixE%3D&Expires=1532367700&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=0414de325e710157a086affad0517301>. Acesso em: 23/07/2018.

17. Brasil. TJ-DF - Acórdão n.716252, 20080110373960APC, Relator: Min. ANTONINHO LOPES, Revisor: CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 10/04/2013, Publicado no DJE: 02/10/2013. Pág.: 161. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/informativos/2013/informativo-de-jurisprudencia-no-269/uniao-estavel-entre-tio-e-sobrinha-2013-excepcionalidade>>. Acesso em: 05/10/2017.

18. Brasil. TJ-PE - APL: 3899847 PE, Relator: Roberto da Silva Maia, Data de Julgamento: 20/10/2015, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 03/11/2015). Disponível em: <<https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/251840449/apelacao-apl-3899847-pe?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 06/10/2017.

19. BRASIL. TRF-2 – AC AC 201251010159964. Relator: Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, Data do julgamento: 26/06/2013, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 11/07/2013. Disponível em < <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24809301/ac-apelacao-civel-ac-201251010159964-trf2?ref=serp>> . Acesso em 20/07/2018.

20. COELHO, Fábio Ulhoa - Curso de Direito Civil, Família, Sucessões, vol. 5 / 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

21. DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 12ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

22. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família. Vol. 5: 30. São Paulo: Saraiva, 2015.

23. FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Famílias, vol. 6 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal. – 7. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

24. GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil, volume 6 : direito de família/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. — 16. ed. rev., atual e ampl. — São Paulo : Saraiva, 2015.

25. GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. 6 : Direito de Família - 14. ed. — São Paulo: Saraiva, 2017.

26. MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. Direitos Fundamentais e dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

27. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 9 ed. revista, ampliada e atualizada até 09.08.2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

28. PEREIRA, Caio Mario da Silva - Instituições de Direito Civil - Volume V - Direitos De Família - Rio de Janeiro: Forense, 2014.

29. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da Homoafetividade : da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos - 2. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo: Método, 2012.

30. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família – v. 6. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015.