

**JNT - FACIT BUSINESS AND TECHNOLOGY  
JOURNAL ISSN: 2526-4281 - QUALIS B1**



**POSSIBILIDADE DE CASAMENTO  
HOMOAFETIVO ENTRE COLATERAIS DE  
TERCEIRO GRAU SEM AUTORIZAÇÃO  
JUDICIAL**

**POSSIBILITY OF HOMOAFECTIVE  
MARRIAGE BETWEEN THIRD DEGREE  
COLLATERALS WITHOUT JUDICIAL  
AUTHORIZATION**

**Denise Herculano JARDIM**  
Faculdade Católica Dom Orione (FCDO)  
E-mail:  
[deniseherculanojardim@catolicaorione.edu.br](mailto:deniseherculanojardim@catolicaorione.edu.br)

**Marcondes da S. FIGUEIREDO JÚNIOR**  
Faculdade Católica Dom Orione (FCDO)  
E-mail: [marcondes@catolicaorione.edu.br](mailto:marcondes@catolicaorione.edu.br)



## RESUMO

O presente artigo aborda a possibilidade de casamento homoafetivo sem autorização judicial entre parentes colaterais de terceiro grau. É feita uma análise do Decreto-Lei n.º 3.200/1941 bem como do artigo 1.521 do Código Civil/2002, haja vista a incompatibilidade entre eles, levando em consideração que o artigo citado veda a realização do casamento avuncular, e o Decreto-Lei viabiliza essa possibilidade desde que haja o exame consanguíneo para a proteção da prole. Os objetivos são demonstrar as controvérsias da legislação pertinente relativo ao tema. O estudo foi desenvolvido com base na pesquisa bibliográfica, utilizando doutrinas e legislações. Constatou-se, a necessidade de uma legislação apta e atualizada que atenda a todos os indivíduos. Concluiu-se que, por não haver impedimento legal para a realização do casamento avuncular homoafetivo, este poderá ser realizado sem autorização judicial e sem a realização de exame consanguíneo, considerando que não há probabilidade de geração de prole em comum.

**Palavras-chave:** Impedimento. Casamento homoafetivo. Parentes colaterais de terceiro grau.

## ABSTRACT

This article addresses the possibility of same-sex marriage without judicial authorization between third-degree collateral relatives. An analysis is made of Decree-Law No. 3200/1941 as well as article 1.521 of the Civil Code/2002, given the incompatibility between them, taking into account that the aforementioned article prohibits the realization of avuncular marriage, and the Decree-Law makes this possibility viable as long as there is a consanguineous exam for the protection of the offspring. The objectives are to demonstrate the controversies of the pertinent legislation related to the subject. The study was developed based on bibliographical research, using doctrines and legislation. It was verified the need for suitable and updated legislation that attends to all individuals. It is concluded that, as there is no legal impediment to the realization of possible spelling mistake found avuncular marriage, it can be carried out without judicial authorization and a consanguineous examination, considering that there is no probability of bearing fruit.

**Keywords:** Impediment. Same-affective marriage. Third degree collateral relatives.

## INTRODUÇÃO

Os novos conceitos de entidades familiares e casamentos foram se ampliando ao longo da história da sociedade conforme é expresso na carta magna em seu artigo 226. O casamento homoafetivo também teve uma grande evolução, de tal maneira que não existe uma legislação que proíba esta modalidade de casamento.

Apesar dos diversos modelos de família, no Código Civil Brasileiro não se encontra expresso o casamento homoafetivo. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu em 2011 por unanimidade a união estável para casais do mesmo sexo. Já em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), regulou por meio da resolução n.º 175 a obrigatoriedade dos cartórios em realizar casamento homoafetivo.

Todavia, o casamento avuncular, que é o casamento entre tios e sobrinhos, ou seja, parentes colaterais de terceiro grau são proibidos pelo artigo 1.521 do Código Civil/2002.

Ao analisar o Decreto-Lei n.º 3.200/1941, bem como o artigo 1.521 do Código Civil/2002, é possível identificar a contradição entre eles. Vale ressaltar, que o Decreto-Lei não menciona sobre o casamento avuncular homoafetivo, assim, sendo nítida que a legislação está em desconformidade com as novas formas de família.

Assim, delinear-se os seguintes objetivos de pesquisa: o objetivo geral é analisar as controvérsias da legislação pertinente, bem como a aplicabilidade do Decreto-Lei 3.200/1941 no casamento avuncular homoafetivo entre colaterais de terceiro grau. Mas, para ter uma resposta mais eficaz para esse objetivo geral, traçou-se os seguintes objetivos específicos: abordar o conceito de família e casamento civil na legislação brasileira, verificar o alcance da legislação atual ao tipo de família homoafetiva, identificar se o casal homoafetivo parentes colaterais de terceiro grau estão sujeitos ao artigo 237 do Código Penal caso não sigam as regras do Decreto-Lei 3.200/1941, analisar a possibilidade de prejuízo a saúde da prole no casamento homoafetivo avuncular, e identificar os direitos fundamentais violados pela legislação vigente. A metodologia aplicada no presente trabalho é a bibliográfica, pois pretende abordar os conceitos e teorias relativos ao tema, tendo como fontes livros, artigos jurídicos, jurisprudências, a legislação, dentre outros.

Diante do exposto, surge as seguintes questões: O Decreto-Lei 3.200/1941 tem aplicabilidade no casamento avuncular homoafetivo? É necessária a autorização judicial? Por se entender que um casal homoafetivo não gera prole, é dispensável o exame

consanguíneo para a realização do casamento homoafetivo entre colaterais de terceiro grau?

Isto posto, as objeções levantadas visam demonstrar a importância do desenvolvimento de uma legislação efetiva que atenda a todos, de modo a mostrar a aplicação das normas atuais no que se refere ao casamento avuncular homoafetivo entre parentes colaterais de terceiro grau.

Na primeira seção deste artigo será analisada a evolução do casamento civil na sociedade com enfoque nos impedimentos matrimoniais previstos no Código Civil, através do estudo da doutrina e legislação, na segunda, será realizada uma análise do casamento avuncular a luz do Decreto-Lei 3.200/40 e do artigo 1.521, IV do Código Civil, compilado com as jurisprudências que contribuíram para o surgimento do casamento homoafetivo e seus reflexos sobre o direito de família, na terceira seção será realizada uma análise da aplicabilidade da legislação atual sobre o casamento avuncular homoafetivo, e, por fim, na quarta seção, será realizada uma análise crítica acerca dos direitos fundamentais violados e da necessidade do desenvolvimento de uma legislação atualizada.

## VISÃO HISTÓRICA DO CASAMENTO

A concepção de família atual vai além do que é expresso pelo ordenamento jurídico, já que há inúmeras relações duradouras que são baseadas no afeto, se realçando devido a sua dissemelhança. O código Civil de 2002, por exemplo, não possui um conceito de família unitário, eis que o sentido de família em linha de sucessão tem sentido amplo, além de ter a família nuclear que é aquela constituída por pais e filhos.

O art. 226 da Constituição Federal de 1988 dispõe que a Família é a base da sociedade e que por isso possui proteção do Estado.

Portanto, para Nader (2016, p. 42):

Em sua estrutura e finalidade, a família é um grupo social sui generis, que encerra interesses morais, afetivos e econômicos. Antes de jurídica é uma instituição de conteúdo moral, sociológico e biológico, que centraliza interesses sociais da maior importância. O seu papel é relevante para a criação da prole, equilíbrio emocional de seus membros e para a formação da sociedade.

Já o casamento é a relação matrimonial que advém da vontade mútua entre os nubentes, que por meio desta se sujeitam as regras e imposições previstas pelo Código Civil. Apesar de ser habitual nos dias de hoje, o casamento civil somente foi regulamentado com a Constituição de 1891, anteriormente, as uniões eram reconhecidas

pela celebração do casamento religioso, ou pela convivência, que era chamado como casamento de fato. Tartuce (2017, p. 792) conceitua o casamento como “O casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto”. Já o autor Paulo Nader (2016, p. 91) define o casamento como “negócio jurídico bilateral que oficializa, solenemente, a união exclusiva e por tempo indeterminado de duas pessoas de sexo distinto, para uma plena comunhão de interesses e de vida”.

Assim, uma vez que os indivíduos decidem por vontade própria se casar, a lei impera na regulamentação dessa relação. Dias (2021, p. 466) alude que “O casamento gera o que se chama de estado matrimonial, no qual os nubentes ingressam por vontade própria, por meio da chancela estatal”. Ademais, código de 1916 era de caráter patriarcal, e a única forma de instituir uma família seria pelo casamento. O intuito do casamento era unicamente a de procriação para que houvesse a continuidade do nome da família e para formação de patrimônio, independente de afeto.

Venosa (2017, p. 31) diz que:

Naquela época, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da Antiguidade. A mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal.

Destarte, o Código Civil de 1916 não previa as chamadas famílias ilegítimas, que eram as constituídas sem o casamento, pois visava proteger as famílias legítimas.

Gonçalves (2017, p. 30) explica que:

A família estabelecida fora do casamento era considerada ilegítima e só mencionada em alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, então chamado de concubinato, proibindo-se, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida.

Por ter a religião grande influência nessa época, as relações matrimoniais eram consideradas sagradas, logo, a única forma que poderia ser diluído o casamento seria pelo desquite, no qual havia a separação de fato do casal e de seus bens, mas, não se quebrava a relação matrimonial, o que gerava como consequência o impedimento para novos casamentos.

Além disso, os filhos advindos das relações extraconjugais eram considerados como ilegítimos e não tinham sua filiação reconhecida por lei. Ainda, os chamados

espúrios eram os frutos de pais que possuíam impedimento para casar-se, por ter relação de parentesco, afinidade ou por casamento anterior. De acordo com Gonçalves (2017, p.31) “[...] se dividiam em adúlteros e incestuosos. Somente os filhos naturais podiam ser reconhecidos, embora apenas os legitimados pelo casamento dos pais, após sua concepção ou nascimento, fossem em tudo equiparados aos legítimos (art. 352)”.

Advindo a Constituição de 1988, foi aceito novos modelos de famílias, como por exemplo, as famílias monoparentais, aquelas formadas por pais e filhos, já que teve o conceito de família ampliado. Além disso, foi reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar em seu art. 226, § 3º, assim deixando de ser o casamento a única maneira de instituir uma família. O Código Civil de 2002 trouxe dispositivos que regulamentam a entidade familiar sem o matrimônio, e realçou a estrutura de casamento em respeito a isonomia constitucional entre o homem e a mulher. Além de reger em cinco artigos os aspectos pessoais e patrimoniais, deixando para o direito das sucessões o efeito patrimonial sucessório.

Não há consenso doutrinário em relação a natureza jurídica do casamento, o questionamento que envolve é se o casamento é instituto de direito público ou de direito privado. Há três correntes doutrinárias: a individualista, institucional e eclética. A primeira é uma concepção clássica que equipara o casamento civil a um contrato, prevalecendo a autonomia da vontade das partes, portanto, as regras usadas nos contratos, também seriam aplicados ao casamento. O segundo apresenta o casamento como instituição social, onde os nubentes ao expressarem suas vontades, aderem aos preceitos determinados pelo Estado. E por último, a eclética vê o casamento como ato complexo, portanto o casamento seria concomitantemente contrato e instituição.

Nader (2016, p. 107) aduz que:

O ato que situa o casal no matrimônio (in fiere) configura somente um negócio jurídico, pois o contrato pressupõe patrimonialidade, elemento que não integra a relação pessoal, que dá finalidade à união. Trata-se de negócio jurídico complexo, pois se perfaz com o consentimento dos interessados seguido da formalização pelo representante do Estado. E nem todo negócio jurídico bilateral configura contrato [...].

Desse modo, apesar da maioria da doutrina entender que o casamento é um negócio jurídico contratual bilateral que não está afeito à teoria dos atos jurídicos, a teoria mais aceita atualmente é a eclética ou mista.

## **Impedimentos matrimoniais**

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.521 cumula os impedimentos para o casamento, o que não se confunde com o que trata o artigo 1.550, sobre as causas de anulação do casamento. Vale ressaltar, que impedimento e incapacidade são distintos, conforme preceitua Madaleno (2019, p. 22) “Impedimento e incapacidade não são palavras sinônimas, porque a pessoa pode ter capacidade para se casar, mesmo assim estar impedida de contrair núpcias”.

Para Azevedo (2019, p.130):

O art. 1.521 cuida dessas causas impeditivas matrimoniais, vedando nos seus cinco primeiros incisos, o casamento entre parentes e afins em linha reta, para evitar o incesto (*impedimentum consanguinitatis*); no seu inciso sexto, confirmando a monogamia; e no seu inciso sétimo, evitando o envolvimento do matrimônio com crime.

Os impedimentos matrimoniais são barreiras para a realização do casamento dirigida a pessoas predeterminadas, que uma vez ultrapassados, tem como consequência a nulidade do ato, e tem como objetivo a preservação, e a moral familiar. Já a incapacidade é a falta de aptidão para praticar os atos da vida civil, portanto, atinge somente o indivíduo detentor da incapacidade, como na menoridade, já que é defeso o casamento do menor de 16 anos de idade.

Nader (2016, p. 146), esclarece a respeito dos impedimentos do art. 1.521 do Código Civil, dizendo que “Os impedimentos são estipulados em lei com a só finalidade de eliminar problemas ou transtornos que possam comprometer a realização plena dos objetivos do casamento. A doutrina dos impedimentos matrimoniais origina-se do Direito Canônico”.

Os impedimentos podem ser de caráter absoluto que impede o casamento com qualquer pessoa, e os relativos que impede o casamento com uma pessoa determinada. Os impedimentos estão arrolados no artigo 1.521 do Código Civil de 2002:

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

As causas impeditivas que trata o artigo 1.521, veda o casamento entre parentes e afins em linha reta em seus cinco primeiros incisos, o sexto inciso trata da monogamia, e o sétimo evita o envolvimento do matrimônio como crime. Vale ressaltar que, de acordo o artigo 237 do Código Penal, caso o indivíduo saiba previamente do impedimento, está cometendo delito. Portanto, não exige em sua essência conduta ativa do agente, pois basta a simples omissão para incorrer no delito penal. O inciso IV, traz os impedimentos entre colaterais até terceiro grau, que é o tema deste artigo, no qual não podem casar os irmãos, que são colaterais de segundo grau, sendo bilaterais ou unilaterais. E trata do casamento avuncular, ou seja, o casamento entre tios e sobrinhas e tias e sobrinhos, que são parentes colaterais de terceiro grau.

Os impedimentos podem ser arguidos por qualquer pessoa até o momento da celebração do matrimônio, e devem ser feitos por meio de declaração escrita e assinada, com indicações de provas, ou lugar onde possam ser obtidas, conforme preceitua o art. 1.529 do Código Civil de 2002. É concedido aos nubentes a contraprova, caso seja apurado que o denunciante agiu de má-fé, qualquer dos nubentes pode promover ação civil ou criminal contra o oponente, de acordo o parágrafo único do art. 1530 do Código Civil.

## CASAMENTO AVUNCULAR

O casamento avuncular é aquele que acontece entre colaterais de terceiro grau, ou seja, entre tios e sobrinhos. Entretanto, como já mencionado, o Código Civil de 2002 proíbe a realização deste casamento, conforme preconiza em seu artigo 1.521, inciso IV. Segundo Gonçalves (2017, p. 87) “No direito pré-codificado o impedimento compreendia apenas o segundo grau, permitindo assim, livremente, as uniões conjugais entre tio e sobrinha. O Código Civil de 1916 estendeu-o ao terceiro, atendendo ao reclamo da doutrina.”

Acontece que, a redação do dispositivo supracitado é mera repetição do inciso IV do art. 183 do Código Civil de 1916, onde o legislador visava a proteção da prole e eventuais problemas que poderia ter, além de preservar a moral familiar. Entretanto, no ano de 1941 foi promulgado o Decreto-Lei n.º 3.200/41 que autoriza a realização do matrimônio mediante autorização judicial, desde que seja feito dois exames médicos para apuração de possíveis condições digenéticas, vejamos:

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 suspensão, para examiná-los e atestar-lhes a sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da saúde de qualquer deles e da prole, na realização do matrimônio.

Caso haja discordância sobre os resultados entre os médicos, deve-se nomear um terceiro médico desempatador, para que seja acolhido um dos laudos, além disso, poderá optar por nomear nova junta médica para realizar outro exame, conforme dispõe o art. 1º da Lei nº. 5.891 de 12 de junho de 1973:

Art. 1º No processo preliminar para habilitação do casamento de colaterais de terceiro grau, quando não se conformarem com o laudo médico, poderão os nubentes requerer novo exame, que o juiz determinará, com observância do disposto no art. 2º do Decreto-Lei n.º 3.200 de 19 de abril de 1941, caso reconheça procedentes as alegações ou hajam os nubentes juntado ao pedido atestado divergente firmado por outro médico.

Ao encontro dessas normas, foi aprovado o Enunciado 98 da I Jornada de Direito Civil: “Enunciado n. 98 — Art. 1.521, IV, do novo Código Civil: o inciso 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 terceiro grau”.

Vejam os julgados do TJ-SP (AC: 10041773620198260224 SP 1004177-36.2019.8.26.0224, Relator: Penna Machado, Data de Julgamento: 01/02/2021, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/02/2021):

APELAÇÃO CÍVEL. Alvará Judicial – Autorização para conversão de união estável em casamento entre tio e sobrinha – Sentença de Improcedência – Inconformismo que prospera – Casamento avuncular – Impedimento Previsto no art. 1.521, IV”, do CCB que deve ser interpretado nos termos do Decreto-lei n. 32.200/41 – Aplicação do Enunciado 98, do “CJF” – Casamento entre colaterais de 3º grau que pode ser procedido mediante comprovação médica de inexistência de risco à eventual prole – Instrução probatória produzida a contento – Interessada que se encontra em período de menopausa, que impede a concepção pelas vias ordinárias – Sentença de Primeiro Grau reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, para se autorizar a conversão da união estável em matrimônio. (TJ-SP (AC: 10041773620198260224 SP 1004177-36.2019.8.26.0224, Relator: Penna Machado, Data de Julgamento: 01/02/2021, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/02/2021)

O TJ-SP reconheceu parcialmente o recurso de conversão de união estável em casamento, tendo em vista que apesar do impedimento previsto no Código Civil, o

Decreto-Lei 3.200/41 prevê a possibilidade, ademais, foi comprovado nos autos através do exame médico a inexistência de risco aos frutos. Devido ao Decreto-Lei n.º 3.200/1941 não ter sido revogado, entende-se que não há incompatibilidade com o Código Civil de 2002, assim, subsistindo a possibilidade do casamento desde que haja o laudo médico favorável em relação à compatibilidade genética do casal.

A doutrina é pacífica em relação ao entendimento de que perde o impedimento para o casamento entre colaterais de terceiro grau o caráter absoluto, desde que cumprido os requisitos do Decreto-Lei n.º 3.200/41.

### **Surgimento do Casamento Homoafetivo**

As relações homossexuais existem desde a antiguidade, pois, naquele período não existia a distinção de afeto e prática sexual, ou seja, não havia diferenciação entre heterossexuais ou homossexuais pela prática de seus hábitos. Destaca-se que, a homossexualidade teve surgimento na Grécia antiga, que inclusive o envolvimento entre pessoas do mesmo sexo chegava, em certos casos, a ter uma função pedagógica.

No decorrer do tempo, com os movimentos religiosos a concepção acerca do relacionamento homossexual se modificou, pois o entendimento era de que o sexo entre iguais seria pecado. A partir de então, as relações começaram a ser desprezadas e suprimidas pelos Reis e Clérigos da época.

Laurindo (2015, p. 2) explica que “O repúdio ao homossexualismo pode ser considerado fruto de rejeição de origem religiosa, as uniões de pessoas do mesmo gênero sexual recebiam um grande desprezo e rotulações pejorativas e discriminatórias que veio se alongando ao longo da história”.

Através da religião houve a propagação de que somente seria possível a união entre o homem e a mulher, e somente por meio do casamento religioso, que tinha como o único intuito a procriação, assim, tendo como consequência a rejeição e preconceito contra essas pessoas, tendo em vista que esse tipo de afeto era reprovado por pessoas conservadoras da época.

Com o surgimento do casamento civil no ano de 1890, findou-se o vínculo do casamento civil com o religioso, tornando mais livres e frequentes as relações homoafetivas.

Em 1988 houve o primeiro reconhecimento da existência de uma sociedade de fato pelo STJ, que garantiu ao companheiro do mesmo sexo a metade do patrimônio obtido através do 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. Improcedência 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.

Portanto, as novas definições de família e casamento foram se ampliando e amoldando ao longo da história da sociedade conforme é expresso na carta magna em seu artigo 226. É certo que o casamento homoafetivo também teve uma grande evolução, de tal maneira que não existe uma legislação que proíba o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

A Constituição Federal de 1988, traz como garantia e proteção especial do Estado o casamento civil em seu artigo 226 e parágrafos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
 § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.  
 § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.  
 § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.  
 § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.  
 § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Todavia, no Brasil, o casamento homoafetivo foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 5 de maio de 2011, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132, que declarou a obrigatoriedade do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Apesar da Constituição Federal e nem a lei tratarem do casamento entre pessoas do mesmo sexo, em 2013 o Conselho Nacional de Justiça editou a resolução 175, no qual veda as autoridades competentes a se recusarem a celebrar o casamento civil ou converter a união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo em seus artigos 1º e 2º respectivamente:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

A resolução supracitada dispõe sobre a habilitação, celebração e a conversão em casamento civil, trazendo avanços ao ordenamento brasileiro, por ensejar êxito na luta dos direitos igualitários.

Cabe salientar que no final do ano de 2012, a Corregedoria de Justiça de São Paulo regulamentou a possibilidade do casamento homoafetivo por meio do seu Provimento CG 41/2012, na Subseção V com a seguinte redação: “Aplicar-se-á ao casamento ou a conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo as normas disciplinadas nesta Seção.”.

Desse modo, conforme aduz Madaleno (2018, p. 69), a união estável foi um caminho para o reconhecimento do casamento e família homoafetiva que foi alicerçada pela analogia jurisprudencial. Portanto, não há impedimento constitucional ou legal para a realização do casamento homoafetivo.

Vale ressaltar que, a Lei n.º 11. 340/2006 (Lei Maria da Penha), também ampliou o conceito de família para incluir as uniões homoafetivas, já que a lei se aplica independentemente da orientação sexual. Vejamos o julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF do ano de 2021:

Violência doméstica. Lesão corporal. Relação homoafetiva. Vulnerabilidade da vítima. Legítima defesa. Atenuantes. Causa de diminuição. 1 - A proteção assegurada às mulheres pela Lei Maria da Penha independe de orientação sexual, prevalecendo inclusive nas relações homoafetivas. 2 - Se as agressões de mulher contra mulher foram motivadas tanto pela condição de vulnerabilidade/fragilidade da vítima, quanto pelo gênero dela e em contexto doméstico e de intimidade afetiva - violência doméstica -, atrai a aplicação da lei especial - L. 11.340/06. 3 - Crime cometido no contexto doméstico e familiar, que tem proteção especial da L. 11.340/06, será na forma qualificada - art. 129, § 9º, do CP. 4 - Não se aplica o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais cometidos contra a mulher no âmbito das relações domésticas (súmula 589 do e. STJ). 5 - Afasta-se a excludente de ilicitude de legítima de defesa quando não utilizado moderadamente dos meios necessários para repelir agressão. 6 - A atenuante da menoridade relativa incide para menor de 21 anos na data do fato (art. 65, I, CP). Sua incidência não reduz a pena abaixo do mínimo legal (súmula 231 do e. STJ). 7 - Se não há nos autos nada que prove que a ré agiu sob a influência de violenta emoção, provocada por injusta provocação da vítima, descabe reconhecer a atenuante do art. 65, III, ?c?, do CP, bem como a causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 129 do

mesmo regramento. 8 - Apelação provida em parte.  
(TJ-DF 00003872620178070009 DF 0000387-26.2017.8.07.0009,  
Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 06/08/2020, 2ª Turma  
Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe : 17/08/2020 . Pág.: Sem  
Página Cadastrada.)

Além do mais, o julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277 que foram julgadas procedentes por unanimidade em 2011, representou um grande avanço no Direito das famílias, tendo em vista o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, onde são assegurados os mesmos direitos e deveres da união estável heterossexual. Apesar de o STF ter se limitado ao regime regulado pelo artigo 1.723 do Código Civil, o julgamento a favor abriu portas para uma discussão a respeito do casamento civil para o casal homoafetivo, já que o art. 1.726 do Código Civil estatui a conversão da união estável em casamento, mediante solicitação ao juiz e assento no Registro Civil. Dessa maneira, as decisões denegatórias a analogia jurídica ao art. 1.723 do Código Civil e sem a interpretação conforme a Constituição lesiona os direitos fundamentais.

Também, no ano de 2011, dois cartórios e a Vara de Registros Públicos e de Ações Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre/RS negaram a habilitação para o casamento entre duas mulheres que viviam em união estável à 3 anos, alegando a falta de norma que autorizasse o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, o RESP. 1.183.378 que foi dirigido ao STJ reconheceu o casamento entre elas, com respaldo na Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento, e no julgamento da ADPF 132 e ADI 4277.

Desse modo, já em 2013, foi aprovada a resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a habilitação e a celebração do casamento civil ou conversão de união estável em casamento de casais homoafetivos, pois apesar do reconhecimento da possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo através da ADPF 132 e ADI 4.277, muitos casais tinham que recorrer ao judiciário para terem seus direitos garantidos, já que se deparavam com a recusa dos cartórios para celebrar o casamento ou comprovar suas uniões estáveis. Logo, os artigos 1.514, 1517 e 1.723 do Código Civil e 226 da Constituição Federal possuem nova interpretação, pois onde se lê entre “homem e mulher”, compreende-se entre “duas pessoas”. Então, atualmente os cartórios não podem mais recusar a celebração do casamento civil, ou a conversão da união estável em casamento, e caso aconteça, podem sofrer penalidades visto que o casamento possui proteção constitucional.

Observemos agora um julgamento do Tribunal de Justiça de Alagoas o TJ – AL do

ano de 2019:

REMESSA NECESSÁRIA. ART. 496, I, § 1º, DO CPC. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOAFETIVA. HABILITAÇÃO DO COMPANHEIRO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA, UNIÃO ESTÁVEL DEVIDAMENTE COMPROVADA. A LEI Nº5.828/2009. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. ADI 477 DO STF. CONECTIVOS E LEGAIS ESTABELECIDOS DE OFÍCIO. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA NA SENTENÇA MANTIDA. DECISÃO UNÂNIME. (TJ- AL – Remessa Necessária Cível: 07215605920198020001 AL 0721560-59.2019.8.02.0001, Relator: Des. Elisabete Carvalho Nascimento, Data de Julgamento: 09/04/2021. 2ª CÂMARA Cível, Data de Publicação: 12/04/2021)

59

Portanto, por meio da força da jurisprudência, atualmente, a união homoafetiva tem assegurada todos os direitos elencados no livro do Direito de Família do Código Civil.

### **CASAMENTO AVUNCULAR HOMOAFETIVO**

O casamento avuncular é aquele realizado entre tios e sobrinhos. No Código Civil em seu artigo 1.521, inciso IV, a vedação é expressa, ou seja, parentes colaterais de até terceiro grau não podem se casar. Entretanto o Decreto-Lei n.º 3.200/41 que autoriza o casamento mediante autorização judicial permanece em vigor.

Para que seja autorizado o casamento, é necessário que os nubentes realizem exame consanguíneo para verificar a sanidade mental e evitar que a prole possua problemas genéticos.

Entretanto, apesar de as controvérsias relacionadas ao casamento avuncular, o Decreto-Lei supracitado não faz menção ao casamento homoafetivo, o que se leva a questionar se a legislação vigente está em conformidade com as necessidades da sociedade e se estão atendendo os direitos fundamentais.

Os questionamentos são: o Decreto-Lei 3.200/1941 tem aplicabilidade no casamento avuncular homoafetivo? É necessária a autorização judicial? Por se entender que um casal homoafetivo não gera prole, é dispensável o exame consanguíneo para a realização do casamento homoafetivo entre colaterais de terceiro grau? É aplicável o artigo 237 do Código Penal?

Tendo em vista a análise do Decreto-lei 3.200/41, este não tem aplicabilidade aos parentes colaterais de terceiro grau homossexuais que pretendem casar e constituir uma família. Ademais, os casais homoafetivos na vista lógica terão filhos por adoção, ou por

meio de técnicas de reprodução humana assistida, em que o material genético será de um deles ou de nenhum dos dois. Assim, é impossível que o casamento avuncular homoafetivo gere problemas genéticos aos frutos, descartando a necessidade de autorização judicial ou de exame médico.

Assim, para Dias (2016) “como a finalidade procriativa não mais é da essência do casamento, sequer se justifica a exigência de realização de prévio exame médico e autorização judicial. Basta lembrar o casamento homoafetivo, em que inexistente capacidade reprodutiva do casal”.

Logo, o art. do Código Penal que tem a seguinte redação: “Art. 237. Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta: Pena – detenção de três meses a um ano.”, não possui efeito sobre os parentes colaterais de terceiro grau previsto inciso IV do art. 1521 do Código Civil, já que é permitido pelo Decreto-Lei, não gerando, portanto, a responsabilização penal em caso de descumprimento.

Segundo Machado (2017, p. 9):

É evidente que o legislador não consegue prever todas as situações deixando nítida lacuna nas leis causando uma judicialização dentro do sistema jurídico brasileiro, desta maneira tem-se o judiciário sabiamente utilizando cada vez mais dos princípios constitucionais que são as bases de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, a legislação se torna falha pela falta de regulamentação, que dessa forma, permite que seja usada a analogia e os princípios fundamentais para que o casamento seja realizado, sem que haja os trâmites previstos no Decreto-Lei para a sua efetivação.

## **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS**

Em relação ao casamento avuncular homoafetivo é inegável que a legislação vigente tende a ferir os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, já que os princípios elencados nesta visam à imposição de limites do Estado em relação às formas de família atuais.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º diz que “Todos são iguais perante a lei [...]”, dando-se a entender que os casais homoafetivos possuem os mesmos direitos que outros casais. Assim, apesar das uniões homoafetivas serem objeto de preconceito e discriminação, diante da Carta Magna não há nenhuma distinção.

Segundo Machado (2017, p. 4):

Estes princípios a partir da Constituição de 1988 trouxeram inovações ao romper com o modelo familiar fundado no casamento, fazendo surgir outras formas de famílias, como a união estável, família monoparental e outros tipos mais, quais quer que sejam elas fundadas no afeto, mesmo que não expresso no ordenamento jurídico é objeto de proteção do Estado.

O direito de casamento avuncular homoafetivo é garantido, pois cabe à pessoa natural a escolha de constituir família livremente, isso vem fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, se o Estado negar este direito, irá contra um direito fundamental, tendo como efeito a ofensa a todo o ordenamento jurídico vigente.

Segundo Madaleno (2018, p. 97), a fundamentação jurídica da dignidade da pessoa humana tem como base o princípio da igualdade formal e substancial, assim, impossibilita qualquer discriminação entre os gêneros sexuais.

O princípio da igualdade garante que a lei seja aplicada de forma igualitária entre as pessoas, pois, as leis devem ser aplicadas sem distinção, independente de condição social, racial, e de sexo.

Ainda, para Dias (2016, p. 77):

O princípio da igualdade não vincula somente o legislador. O intérprete também tem de observar suas regras. Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades. 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. 78/1276 Imperioso que, em nome da isonomia, atribua direitos a todas as situações merecedoras de tutela. O grande exemplo são as uniões homoafetivas. Ignoradas pela lei, foram reconhecidas pelos tribunais.

Por ser requisito a realização do exame de compatibilidade sanguínea aos nubentes colaterais de terceiro grau, o princípio da igualdade é ferido quando se trata do casal homoafetivo que esteja nessa situação, tendo em vista que esse é o único meio de acesso ao casamento avuncular, ou seja, haverá violação ao ingresso no referido casamento, assim, para que os direitos fundamentais do casal homoafetivo colateral de terceiro grau não seja lesado é necessária a dispensa do exame consanguíneo e apresentação do laudo médico de compatibilidade, uma vez que o casal homoafetivo não pode gerar frutos do mesmo sangue.

Para Machado (2017, p. 9):



Deve levar em conta que o laudo médico trata de uma possibilidade, e este provável acontecimento não pode ser entrave de um direito constitucional no qual é norteado por princípios, e que o Decreto-lei está no campo da validade ou invalidade, diferentemente dos princípios que no surgimento de conflitos não há revogação ou invalidade e sim o uso da ponderação.

Portanto, apesar dos avanços para os casais homoafetivos, é perceptível uma legislação desatualizada, entretanto, os direitos fundamentais sempre prevalecem de forma a assegurar que esses direitos sejam gozados, independentemente do silêncio da lei.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se que apesar dos avanços no Direito de Família, ainda temos uma legislação que não atende a todos de forma igualitária, mesmo com a evolução da sociedade;

O Decreto-Lei n.º 3.200/41 não tem aplicabilidade no casamento avuncular homoafetivo, já que o objetivo expresso no artigo 2º é de proteger a prole através do exame consanguíneo.

Vale ressaltar que a finalidade procriativa não é mais a essência do casamento, além dos avanços científicos em relação a reprodução assistida, portanto, não justifica a realização de prévio exame médico e autorização judicial para que ocorra. Porém, por estar o Decreto-Lei ainda em vigor, a doutrina e jurisprudência entende a possibilidade, mas desde que haja a preservação da espécie humana através das restrições legais impostas, o que não faz sentido na atualidade, levando em consideração que a norma foi criada em uma época de controle rígido de escolhas.

É notória a necessidade de que o legislador elabore leis que alcance o casamento homoafetivo, haja vista que devem ser observadas todas as situações que possam gerar a desigualdade dos direitos, tanto do casal homoafetivo, como do casal hétero. Destarte, havendo o impedimento ou não do casamento avuncular homoafetivo, os direitos dos casais homoafetivos são violados.

Constata-se que o aludido Decreto-Lei está em total desconformidade com a evolução da sociedade e principalmente com a Constituição Federal de 1988, tendo em vista que os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e não discriminação por escolha sexual está sendo infringidos.

Portanto, através dos estudos notou-se que, caso o casal homoafetivo de terceiro grau possua interesse em se casar, estes não poderão ser impedidos, eis que a legislação

não prevê especificadamente as condições para o casal homoafetivo colateral de terceiro grau. Ademais, o decreto-lei mesmo que aplicado a esses casais não haveria logicidade, já que não podem gerar frutos. Assim, por não ter especificação no Decreto-lei 3.200/41 para o casamento homoafetivo, abre a lacuna de que o casamento pode ser concretizado sem o exame consanguíneo e sem a necessidade de autorização judicial, uma vez que a exigência é pela proteção dos filhos.

Dessa forma, a constitucionalidade do referido Decreto-Lei é questionável, por haver várias formas de adquirir filhos, sendo necessária à sua revogação para que alcance todos os indivíduos. Nesse sentido, pode-se afirmar que o casamento avuncular homoafetivo pode ser realizado sem a necessidade de exame médico e sem autorização judicial, não havendo nenhum impedimento para que se concretize, e ficando os nubentes isentos do inciso IV do art. 15.21 do Código Civil e da responsabilização penal do art. 237 do Código Penal.

## REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n.º 175, de 14 de maio de 2013**. DF: Senado Federal, 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.200, de 19 de abril de 1941**. RJ: Câmara dos Deputados, 1941.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2021.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: família**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v. 5: direito de família**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

**Denise Herculano JARDIM; Marcondes da S. FIGUEIREDO JÚNIOR. Possibilidade de Casamento Homoafetivo entre Colaterais de Terceiro Grau Sem Autorização Judicial. JNT- Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdadefacit.edu.br>. E-mail: [jnt@faculdadefacit.edu.br](mailto:jnt@faculdadefacit.edu.br). 2022. Fevereiro. Fluxo Contínuo. Ed. 34. V. 1. Págs. 47-64.**

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: direito de família**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. **Lei nº 5.891, de 12 de junho de 1973**. Senado Federal, 1973.

MACHADO, Ricardo. Casamento Avuncular Homoafetivo. **Pensar Direito**, Belo Horizonte, v. 8, p. 04-09, jul. 2017.

LAURINDO, Jeferson Pazzotti. **Um estudo sobre o histórico do casamento homoafetivo e sua aceitação pela sociedade atual**. In: 3º Simpósio Sustentabilidade e contemporaneidade nas ciências sociais, 3, 2015, Paraná. COOPEX, Paraná: FAG, 2015, p. 2.

Enunciado nº 98. **I Jornada de Direito Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/729>

CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Provimento nº 41/2012, de 18 de dezembro de 2012**. Disponível em: <https://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTczOTc>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (2ª turma criminal). **Apelação Criminal nº 0000387-26.2017.8.07.0009**. Relator: Jair Soares. Brasília, 06 de ago. 2020. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919835994/3872620178070009-df-0000387-2620178070009/inteiro-teor-919836014>.... Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas (2º Câmara Cível). **Remessa Necessária Cível nº 0721560-59.2019.8.02.0001 AL 0721560-59.2019.8.02.0001**. Relator: Desa. Elisabeth Carvalho Nascimento. Alagoas, 09 de abr. 2021. Disponível em: <https://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1192735494/remessa-necessaria-civel-7215605920198020001-al-0721560-5920198020001> .... Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª turma). **Recurso Especial nº 148897 MG 1997/0066124-5**, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, 10 de fev. 1998. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19863781/recurso-especial-resp-148897-mg-1997-0066124-5/inteiro-teor-104601938> .... Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº 10041773620198260224 SP 1004177-36.2019.8.26.0224**. Relator: Penna Machado, São Paulo, 01 de fev. 2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1163502987/apelacao-civel-ac-10041773620198260224-sp-1004177-3620198260224> .... Acesso em: 25 nov. 2021.

Denise Herculano JARDIM; Marcondes da S. FIGUEIREDO JÚNIOR. Possibilidade de Casamento Homoafetivo entre Colaterais de Terceiro Grau Sem Autorização Judicial. JNT- Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. E-mail: [jnt@faculdefacit.edu.br](mailto:jnt@faculdefacit.edu.br). 2022. Fevereiro. Fluxo Contínuo. Ed. 34. V. 1. Págs. 47-64.