



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A PROIBIÇÃO (OU NÃO) DO CASAMENTO ENTRE IRMÃOS SOCIOAFETIVOS

Luiza Andrade Schott

Rio de Janeiro
2023

LUIZA ANDRADE SCHOTT

A PROIBIÇÃO (OU NÃO) DO CASAMENTO ENTRE IRMÃOS SOCIOAFETIVOS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Nelson Carlos Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2023

A PROIBIÇÃO (OU NÃO) DO CASAMENTO ENTRE IRMÃOS SOCIOAFETIVOS

Luiza Andrade Schott

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada.

Resumo – o presente trabalho tem o objetivo de analisar a aplicabilidade do impedimento de casamento entre irmãos sob a ótica da socioafetividade. Para tanto, se buscou analisar a evolução dos modelos de família até o momento atual, de forma a estabelecer os diferentes tipos e formatos das famílias e a influência do afeto nessas relações, bem como a intenção normativa ao criar a norma estabelecida no artigo 1521, IV, do Código Civil, que estabelece a impossibilidade do casamento entre irmãos. Ainda, se tratará, também, acerca do surgimento de causa superveniente ao impedimento. Nesse sentido, se analisará o tema sob a ótica da hermenêutica normativa, refletindo a respeito da derrotabilidade da norma e necessidade de reinterpretação do referido impedimento à luz de princípios constitucionais. Tomando-se como referência balizas doutrinárias e jurisprudenciais, chegou-se à conclusão da necessidade de reformulação das normas referentes ao direito de família, bem como, até que tal aconteça, faz-se necessária reinterpretação do referido artigo para conferir, em sede judicial, o direito da celebração de casamento entre irmãos socioafetivos.

Palavras-chave – Direito de família 1. Socioafetividade 2. Casamento 3. Proibição legal

Sumário – Introdução. 1. Relevância jurídica do reconhecimento do conceito socioafetividade; 2. Causa de impedimento superveniente à realização casamento e suas consequências; 3. Aplicação da teoria da derrotabilidade da norma às hipóteses de impedimento matrimonial em irmãos socioafetivos; Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A família é um instituto inerente ao ser humano. A rigidez e convencionalidade atreladas a ela foram sendo reconstruídas em razão da modernidade social e de inovações legislativas, como a Constituição de 1988, que proporcionou maior autonomia e igualdade ao indivíduo. Assim, é possível afirmar que hoje existem novos e diversos modelos familiares, compostos por estruturas singulares e divergentes dos modelos tradicionais, a exemplo das chamadas famílias socioafetivas.

O presente trabalho abordará, sob a ótica da socioafetividade, a aplicação da norma contida no artigo 1.521, IV, do Código Civil, que trata do impedimento matrimonial entre irmãos. Nesse contexto, será realizada uma reflexão acerca prevalência dos motivos que determinaram a redação normativa no atual contexto constitucional sob a ótica dos novos formatos de família.

No primeiro capítulo, se buscou explicitar a evolução do conceito e dos modelos de família, seus formatos e construções sociais, com o princípio da afetividade como o pilar dessa

evolução. Sob esse aspecto, foi feita, também, uma análise dos motivos que levaram a redação do artigo ora tratado.

Em seguida, no segundo capítulo, foi abordada a problemática na qual a hipótese de impedimento fosse superveniente à realização do casamento, oportunidade em que se procurou analisar o comportamento jurisprudencial e entendimentos doutrinários acerca do tema para solucionar a questão.

O terceiro capítulo é destinado à análise da teoria da derrotabilidade da norma e se esta seria, ou não, aplicável à hipótese do artigo 1521 do Código Civil diante das relações socioafetivas, de modo a refletir se seria cabível à solução das questões levantadas.

O objetivo do presente trabalho é buscar uma solução que ilumine a problemática sob a luz dos princípios constitucionais, de modo a conferir à normativa infraconstitucional interpretação condizente com a realidade dos novos modelos de família e em respeito aos princípios da dignidade humana, da afetividade e da busca pela felicidade.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será, necessariamente, qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. RELEVÂNCIA JURÍDICA DO RECONHECIMENTO DO CONCEITO SOCIAFETIVIDADE

Apesar de não expressa no ordenamento jurídico, a afetividade compõe, indubitavelmente, o corpo de princípios do Direito de Família. De acordo com Flávio Tartuce, o afeto “foi alçado à condição de verdadeiro princípio geral”¹.

O princípio da afetividade é aplicado com o objetivo de proteção às famílias, independentemente da natureza de sua composição – se biológica ou afetiva. Conforme extrai-

¹ TARTUCE, Flávio. *O princípio da afetividade no direito de família*. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 04 abr. 2023.

se do próprio nome, a adoção do referido princípio busca uma maior valoração do vínculo afetivo construído entre as partes nas atuações legislativas e jurisdicionais.

O ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, foi construído tendo como base o modelo tradicional de família, qual seja, aquele decorrente do casamento entre homem e mulher, conforme previsto no artigo 1.514, do Código Civil².

É importante que se destaque, contudo, que a sociedade não é mais composta por um modelo único e enrijecido de família. A sociedade moderna trouxe uma enorme variedade de composições familiares que atualmente não estão protegidas pelo ordenamento, porém merecem a mesma proteção jurídica dada àquela tradicionalmente composta.

A doutrina, inclusive, defende que seja realizada uma modificação na terminologia do “direito de família” para “direito das famílias”, privilegiando a pluralidade familiar internalizada na sociedade. Maria Berenice Dias sustenta que “cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. O divórcio e a possibilidade do estabelecimento de novas formas de convívio provocaram uma revolução na forma sacralizada do matrimônio”³.

No mesmo sentido, como se verá adiante, a jurisprudência tem decidido favoravelmente à reinterpretação do sistema normativo em favor dos novos modelos familiares, utilizando, para tanto, a prevalência do afeto como corolário nas decisões acerca do tema.

Dentre as suas mais diversas formas, a composição de uma família pode ocorrer por meio de vínculos socioafetivos, ou seja, é possível que uma família seja formada em razão de uma relação parental não-biológica entre duas pessoas, baseada exclusivamente pelo afeto, pouco importando o vínculo genético entre elas.

Em uma conceituação mais minuciosa, a parentalidade socioafetiva decorre da relação de afeto proveniente de vínculo íntimo entre duas pessoas que externalizem o relacionamento de pai e filha(o) ou mãe e filha(o) e mantenham, entre si, sentimentos de carinho, respeito e proteção.

A jurisprudência entende que, em verdade, apesar de não expressa, a parentalidade socioafetiva é uma realidade consolidada no Direito, uma vez que o artigo 1.593 do Código Civil⁴ dispõe que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra

² BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.html>. Acesso em: 23 abr. 2023. “Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.”.

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 11.

⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 2. “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”.

origem”, de forma que a socioafetividade deve ser interpretada como parentesco civil resultado de “outra origem”. É o que se vê nos enunciados no 103 e 256 da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF):

Enunciado no 103: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.⁵

E:

Enunciado no 256: ‘art. 1.593. A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil’⁶

Uma vez reconhecida e registrada a relação socioafetiva, todos os efeitos pessoais e patrimoniais inerentes do parentesco são inaugurados entre as partes e seus correlatos. Dessa forma, são inaugurados entre as partes direitos, obrigações e proibições, como, por exemplo o direito de herança, o direito/ dever de prestar alimentos e os impedimentos matrimoniais.

Em regra, essa relação jurídica – e afetiva – consolidada entre os parentes socioafetivos deve ter igual tratamento àquela decorrente do parentesco natural. No entanto é de se questionar que alguns desses direitos, deveres e obrigações devam ser aplicados, irrestritamente, a todos os casos de envolvem as relações socioafetivas, como os impedimentos matrimoniais, regulados pelo artigo 1.521 do Código Civil⁷.

No Brasil, os impedimentos matrimoniais entre irmãos foram introduzidos no ordenamento jurídico com a promulgação da Lei de 3 de novembro de 1827, baseada no Concílio de Trento e na Constituição Primeira do Arcebispo da Bahia.⁸ Posteriormente, o tema foi regulado no artigo 183 do Código Civil de 1916⁹ e atualmente está regulado no artigo 1.521,

⁵ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. *Enunciado n. 103*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734>>. Acesso em: 09 abr. 2023.

⁶ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. *Enunciado n. 256*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/501>>. Acesso em: 09 abr. 2023.

⁷ BRASIL, *op. cit.* nota 2. “1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.”

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instruções de Direito Civil: Direito de família*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.V.5.

⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 2. “Art. 183. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil;

II - os afins em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo;

do Código Civil de 2002¹⁰. O referido artigo estabelece um rol taxativo das hipóteses que impossibilitam o casamento. Sendo assim, descumprida a ordem legal, o casamento é nulo, conforme dispõe expressamente o artigo 1.548, II do mesmo diploma legal¹¹.

Ocorre que as condições políticas e sociais à época em que essa normativa foi redigida, como se viu, foram consideravelmente modificadas. Portanto, sob a ótica das novas formas de família, é necessário que se analise a motivação do legislador ao tempo da elaboração do texto legal e se estas se justificam quando aplicadas às famílias formadas por laços socioafetivos.

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald¹² afirmam que a razão de ser do texto legal do referido artigo é, primordialmente, decorrente de motivação eugênica e moral. A eugenia se justificaria em razão dos riscos na formação física e psíquica do feto.

A proibição com fundamento na moral, por sua vez, decorria de uma construção cultural muito anterior ao texto legislativo hoje vigente. Como exemplo, Frederick Engels destaca no livro “A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado” que a proibição de relacionamentos entre irmãos já era observado nas sociedades mais primitivas no processo evolutivo da humanidade. Ele disserta que:

-
- III - o adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante;
 - IV - os irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não, e os colaterais, legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau inclusive;
 - V - o adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva;
 - VI - as pessoas casadas;
 - VII - o cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado;
 - VIII - o cônjuge sobrevivente com o condenado como delinqüente no homicídio, ou tentativa de homicídio, contra o seu consorte;
 - IX - as pessoas por qualquer motivo coactas e as incapazes de consentir;
 - X - o raptor com a raptada, enquanto esta não se ache fora do seu poder e em lugar seguro;
 - XI - os sujeitos ao pátrio poder, tutela ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor, ou curador;
 - XII - as mulheres menores de 16 (dezesseis) anos e os homens menores de 18 (dezoito);
 - XIII - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;
 - XIV - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até 10 (dez) meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, salvo se antes de findo esse prazo der à luz algum filho;
 - XV - o tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna manifestada em escrito autêntico ou em testamento;
 - XVI - o juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior”.

¹⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 7.

¹¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 2. “Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

II - por infringência de impedimento.”.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Famílias. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 34.

Se o primeiro progresso na organização da família consistiu em excluir os pais e filhos de relações sexuais recíprocas, o segundo foi a exclusão dos irmãos. Esse progresso foi infinitamente mais importante que o primeiro e, também, mais difícil, dada a maior igualdade nas idades dos participantes.¹³

Portanto, a motivação legislativa para adotar o impedimento matrimonial entre irmãos com embasamento na moral decorre de uma construção cultural do conceito de família, tanto no que diz respeito a sua formação quando a composição.

Sob uma análise da sociedade moderna/contemporânea e seu ordenamento jurídico, é notória a alteração no comportamento social e legislativa a respeito das famílias se comparados os períodos pré e pós promulgação da Constituição de 1988¹⁴ e, consequentemente, do Código Civil, cuja redação se deu na década de 70.

Tanto é assim que, antes mesmo da promulgação do atual texto constitucional, no ano de 1941, foi publicado o Decreto-Lei n. 3.200¹⁵, que passou a admitir o casamento entre colaterais de 3º grau - tio(a) e sobrinho(a) -, desde que, em ação própria, fique demonstrado por laudo médico a inexistência de risco de natureza genética ou sanitária da prole. Trata-se do casamento avuncular.

A aludida norma deixa clara a predominância da justificativa biológica para o impedimento matrimonial entre parentes, uma vez que, comprovada a ausência de risco aos prováveis filhos, tios(as) e sobrinhos(as) podem se casar.

Quanto às questões morais que levaram à criação da norma, é preciso se considerar o comportamento da sociedade e as atuais bases das estruturas familiares. É de se notar que a sociedade vem evoluindo muito rápido.

A estrutura familiar hierarquizada perdeu lugar para a democratização, privilegiando relações mais igualitárias. Passou-se a favorecer o vínculo afetivo familiar, sendo este formado não somente por laços biológicos, mas também, e principalmente, pelo afeto entre os seus integrantes.

A Constituição Federal de 1988 foi decisiva para essa mudança comportamental. Maria Berenice Dias observa que “raras vezes uma Constituição consegue produzir tão significativas

¹³ ENGLÉS, Frederick. *A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984, p. 26.

¹⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 abr. 2023.

¹⁵ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.200/1941*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3200.htm. Acesso em: 13 out. 2023.

transformações na sociedade e na própria vida das pessoas como fez a atual Constituição Federal”¹⁶.

Sendo assim, a análise do histórico legislativo e cultural que levaram a normativa do artigo 1.521 do Código Civil de 2002¹⁷ leva à conclusão de que, de fato, esta foi criada sob os pilares da biologia e da moral, já não mais prevaletentes com a mesma intensidade nos tempos atuais, especialmente no âmbito das famílias socioafetivas.

Isso porque irmãos socioafetivos não possuem relações biológicas e, por muitas vezes, nem mesmo relações afetivas – o que afastaria a justificativa moral do impedimento. Nesse sentido, duas pessoas podem ser irmãs socioafetivas sem nem mesmo saber de tal relação de parentesco.

2. CAUSA DE IMPEDIMENTO SUPERVENIENTE À REALIZAÇÃO CASAMENTO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

É comum que, quando se fale no impedimento matrimonial entre irmãos, tratado no artigo 1.521, IV do Código Civil, se imagine o casamento entre irmãos consanguíneos crescidos e criados juntos no berço de uma família tradicional.

Ocorre que, como visto, a composição das famílias não se restringe mais a esse modelo tradicional tratado no Código Civil, uma vez que, diante da dinâmica social e da formação de novos valores culturais, a estrutura de uma família pode ser construída por meio das mais diversas formas e decorrente das mais diversas origens.

Assim, as relações de irmandade, que eram unicamente estabelecidas por meio de no mínimo um e no máximo dois ascendentes biológicos ou adotivos comum, hoje podem se estabelecer, também, por meio de ascendentes socioafetivos comuns ou, até mesmo, sem relação de ascendência alguma.

Recentemente, o STJ reconheceu, em sede de julgamento de recurso especial, cuja tese foi divulgada no informativo n. 753, a possibilidade do reconhecimento do que se chamou de irmandade socioafetiva, ou seja, uma relação de parentesco de segundo grau sem ascendente em comum formada exclusivamente pelo afeto. É o que se vê:

Inexiste qualquer vedação legal ao reconhecimento da fraternidade/irmandade socioafetiva, ainda que *post mortem*, pois a declaração da existência de relação de

¹⁶ DIAS, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 7.

parentesco de segundo grau na linha colateral é admissível no ordenamento jurídico pátrio, merecendo a apreciação do Poder Judiciário.¹⁸

Dessa forma, diante das inúmeras causas que originam vínculos de irmandade, há, cada vez mais, a possibilidade de que um indivíduo tenha irmãos sem que se saiba da existência destes. Se antes do reconhecimento da parentalidade socioafetiva o desconhecimento de irmãos biológico já era uma realidade, após esse reconhecimento, tal fato se tornou ainda mais contundente e será cada vez mais corriqueiro.

Nessa hipótese, em que duas pessoas são irmãs e não sabem o ser, há a possibilidade de que se casem sem notícia dessa relação.

Mais comum ainda serão as ocasiões em que dois irmãos socioafetivos, que convivem e sabem da existência um do outro, se apaixonem e optem por estabelecer uma vida conjugal.

Em sendo o parentesco entre eles de segundo grau, seja por meio de relações biológicas ou socioafetivas, o código civil é expresso ao determinar que este casamento deve ser considerado nulo desde o momento da sua celebração, conforme dispõe o artigo 1.548, na forma do artigo 1.563, do Código civil¹⁹, ocasião em a sentença que declarar a nulidade do casamento retroagirá à data de celebração deste.

Contudo, no que toca os irmãos biológicos, parte da doutrina entende que, apesar da existência causa de impedimento anterior à relação matrimonial, se comprovada a boa-fé dos nubentes e de terceiros, para proteger direito destes últimos, alguns efeitos decorrentes do casamento poderão ser mantidos. É o que entende Paulo Lôbo:

Todavia, alguns efeitos poderão persistir, tornando a retroatividade relativa, para proteção dos direitos de terceiros de boa-fé, que nessa qualidade os adquiriram. De boa-fé estiveram os terceiros que celebraram atos jurídicos com os cônjuges, em desconhecimento da enfermidade mental de um deles ou de impedimentos matrimoniais. Também conservam seus efeitos as situações jurídicas resultantes de sentença transitada em julgado (coisa julgada), ainda que fundadas na relação de casamento que se declarou nulo; tome-se o exemplo de decisão judicial que assegurou ao cônjuge do locatário a continuidade da locação residencial de imóvel, em caso de separação de fato (art. 12 da Lei n. 8.245/91), tendo sido transitada em julgado antes da declaração da nulidade do casamento.²⁰

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo n. 753*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Informjuris20/article/view/12733/12826>. Acesso em: 17 out. 2023.

¹⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 2. “Art. 1.563. A sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à data da sua celebração, sem prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado.”

²⁰ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 122

Sendo assim, caso dois irmãos biológicos se casem sem conhecimento da relação de parentesco entre eles e, portanto, de boa-fé, o ordenamento jurídico determina a anulação do matrimônio, porém a doutrina permite que os efeitos dessa anulação sejam relativizados caso direito de terceiro tenha sido prejudicado.

Porém, é preciso atentar ao fato de que, com os novos formatos de família, é possível que o laço de irmandade seja constituído de forma superveniente ao casamento.

Na hipótese narrada anteriormente, apesar da causa de impedimento ter sido descoberta em momento posterior à realização do casamento, em realidade, ela sempre existiu, uma vez que o vínculo fraternal biológico surge com o nascimento.

Porém, quando se fala em socioafetividade, os laços familiares podem ser formados a qualquer tempo, de modo que a causa de impedimento pode surgir, de fato, em momento posterior ao casamento.

Para melhor compreensão, um exemplo: supondo que “A” e “B” sejam casados. “A” possui um pai viúvo. “B”, por sua vez, possui uma mãe solteira. A mãe de “B” e o pai de “A” se apaixonam e se casam. A, que perdeu sua mãe muito cedo, passa a ter um relacionamento maternal com a mãe de “B” e decide registrá-la como sua mãe socioafetiva. A partir desse registro, “A” e “B” passam a ser, também, irmãos socioafetivos.

Nesse caso, em razão do registro da maternidade socioafetiva, surgiu, entre A e B uma causa de impedimento superveniente à celebração do casamento entre eles.

Trata-se de uma hipótese ainda não trabalhada pela doutrina e jurisprudência, mas que merece cuidado. Para solucionar tal problemática, se faz necessária a análise dos artigos do Código Civil que regulam o tema.

O artigo 1.548²¹ do referido diploma determina que será nulo o casamento contraído por infringência de impedimento.

Considerando a interpretação literal do referido artigo, não haveria que se falar em nulidade, uma vez que, quando contraído o casamento não havia impedimento algum. Deste modo, é possível a interpretação que conclui pela nulidade a partir da data em que realizado o registro de maternidade afetiva.

Contudo, é de se questionar se essa seria a interpretação mais adequado para a solução do referido caso, eis que, diferentemente do casamento entre irmãos consanguíneos, não há, na presente hipótese, óbice biológico ou moral que justifiquem a aplicação literal do texto normativo. Tanto é assim que o casamento era válido até então.

²¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 11.

Para uma solução mais adequada ao caso, propõe-se a análise da questão sob a teoria da derrotabilidade da norma, sugerida pelo jurista Cristiano Chaves Farias em um artigo²² no qual ele não só discorre acerca da teoria, mas projeta a sua aplicabilidade aos casos de impedimento matrimonial entre irmãos.

3. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DERROTABILIDADE DA NORMA ÀS HIPÓTESES DE IMPEDIMENTO MATRIMONIAL EM IRMÃOS SOCIOAFETIVOS

Como visto, diversas normas que regulam o direito das famílias se tornaram incompatíveis com a realidade social e cultural brasileiras. Isso porque o texto normativo foi elaborado e baseado sob a ótica das famílias ditas tradicionais, formadas por homem, mulher e filhos, que não mais correspondem à diversidade familiar atualmente vivenciada. Por esse motivo, a doutrina e jurisprudência têm buscado, de forma ponderada e sob a luz constitucional, dar soluções que abracem essa nova realidade social.

Foi por meio dessa ótica que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de casamentos e uniões estáveis homoafetivas (ADI n. 4277)²³, bem como a multiparentalidade decorrente da parentalidade socioafetiva (Re n. 898.060/SC)²⁴. Em ambas as hipóteses, se buscou interpretar a norma com base em princípios constitucionais, especialmente, a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da CRFB²⁵, e o da igualdade, prevista no art. 5, da CRFB²⁶, de forma a reconhecer as novas formas de família. Em razão da especificidade do caso e da raridade com a qual eles ocorrem, a doutrina classifica casos como estes já solucionados pelos Tribunais Superiores, como *extrem cases*²⁷ ou, em uma tradução literal, casos extremos.

²² FARIAS, Cristiano Chaves de. Derrotabilidade das normas-regras (*legal defeseability*) no direito das famílias: alvitrando soluções para os *extreme cases* (casos extremos). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coords.). *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família: famílias – pluralidade e felicidade*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277*. Rel. Ministro Ayres Brito. Tribunal Pleno. Inteiro teor da decisão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 17 out. 2023

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 898.060/SC*. Rel. Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Inteiro teor da decisão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 17 out. 2023

²⁵ BRASIL. *Op. cit.*, nota 13. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana”;

²⁶ *Ibid.* Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

²⁷ FARIAS, *op. cit.*

Diante dos aspectos da raridade e especificidade que o casamento entre irmãos socioafetivos traz, a hipótese pode ser classificada e tratada como um *extrem case*. Para a solução desses casos, buscando proteger e garantir o sistema constitucional, Cristiano Chaves Farias defende a aplicação da teoria da derrotabilidade da norma, Para ele:

Com a derrotabilidade da norma-regra é possível afirmar a impossibilidade de sacrificar os valores fundamentais almejados pelo sistema jurídico como um todo (e, também, pretendidos pela própria regra em específico), somente para promover a sua aplicação fria e insensível (subsunção) em um caso concreto.²⁸

Deste modo, o autor sugere que, quando da análise de situações como a aqui tratada, a aplicação pura e simples da norma não corresponde aos ideais do sistema jurídico como um todo. Nesse sentido, defende a possibilidade de que decisões judiciais - individualizadas e específicas – derrotem a norma em privilégio os preceitos constitucionais. Porém, reitera que:

[...] a aplicação da tese da derrotabilidade das normas-regras somente se justifica em hipóteses nas quais a sua incidência nua e crua ao caso concreto venha a afrontar, a mais não poder, os princípios ou valores existenciais proclamados pelo próprio sistema (valores juridicamente consolidados). São os *extreme cases* (casos extremados) que, a toda evidência, se mostram de rara ocorrência concreta. É dizer: nessas hipóteses, a excepcionalidade da situação ativa um fator de fundo (*background factor*) que impede a decorrência natural, que seria a previsão contida na regra.²⁹

Nesse sentido, diante da peculiaridade dos casos que envolvem o matrimônio entre irmãos socioafetivos e da necessidade de assegurar a eles o tratamento constitucional pertinente, se faz necessário realizar uma análise sob a ótica da derrotabilidade da norma.

O artigo 1.521, do Código Civil³⁰, que trata dos impedimentos matrimoniais, é norma de ordem pública, ou seja, originada em razão da vontade do legislador quanto a estrutura da sociedade. Como visto, a elaboração da referida norma se deu com base em dois pilares: a moral e a biológica.

Contudo, o casamento entre irmãos socioafetivos não envolve as questões biológicas as quais o legislador pretendeu evitar. Tampouco envolve questões morais, eis que, não raros são os casos de irmãos socioafetivos que não possuem ou possuem pouca convivência.

Desse modo, não há, na presente hipótese, óbice biológico ou moral que justifiquem a aplicação literal do texto normativo.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 7.

Por isso, defende-se, aqui, que seria o caso de aplicação da teoria da derrotabilidade regra proibitiva do casamento entre irmãos, “afastando a norma específica e reconhecendo, casuisticamente, a validade e a eficácia do matrimônio”³¹.

CONCLUSÃO

A sociedade vive em constante mudança, especialmente no que se refere aos seus costumes. Não por acaso, os padrões sociais e comportamentais igualmente se modificam.

No presente trabalho, o que se tem em destaque é a transformação dos modelos familiares, no qual a família tradicional, patriarcal e matrimonializada, composta por pai, mãe e filhos, deixou de ser o único, abrindo espaço para famílias informais, monoparentais, homoafetivas, socioafetivas, entre tantos outros.

Sob esta ótica, buscou-se solucionar, com base em perspectivas constitucionais e teses doutrinárias, as causas de impedimentos matrimoniais entre irmãos socioafetivos.

A Constituição Federal de 1988, ao trazer os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade familiar e afetividade, abraçou e legitimou a evolução do conceito de família e seus diversos modelos.

Entretanto, as legislações infraconstitucionais vigentes, promulgadas com base no modelo de família tradicional, deixam lacunas no que diz respeito às normas aplicadas a esses novos modelos familiares, perdendo, por vezes, o seu real objetivo.

É o que pode acontecer, em alguns casos, como nas hipóteses de impedimentos matrimoniais previstos no artigo 1.521 quando observados sob a ótica da parentalidade socioafetiva.

Sendo assim, objetivo do presente trabalho foi, primeiramente, para melhor trabalhar o tema, analisar o instituto da proibição do casamento entre irmãos, sua origem e razão de ser, buscar compreender a motivação legislativa, entender seus fundamentos e consequências, para assim analisar a sua aplicabilidade nas relações de socioafetividade.

O que se percebeu, em primeiro plano, foram os possíveis conflitos advindos da interpretação literal da norma a esse recente modelo familiar no que toca o casamento entre irmãos socioafetivos, dado que no artigo 1.521, IV do Código Civil há a previsão expressa de impossibilidade marital entre irmãos.

Posteriormente, foi criada uma hipótese na qual o impedimento matrimonial se daria de forma superveniente à celebração do casamento. Na ocasião, se discute a possibilidade de

³¹ FARIAS, *op. cit.*

os cônjuges se tornarem irmãos socioafetivos após a conjugação matrimonial. O que se pode perceber foi a falta de regulamentação ou jurisprudência a esse respeito.

Por fim, se buscou analisar o entendimento doutrinário quanto a possibilidade de reinterpretação do referido dispositivo de modo a preservar direitos constitucionais e sanar possíveis desigualdades.

Portanto, se concluiu que, em respeito ao princípio da afetividade e à proteção dos núcleos afetivos, um dos mais importantes pilares da nova concepção do Direito das Famílias, entende-se imperioso considerar a derrotabilidade da norma prevista no artigo 1.521, IV do Código Civil nas hipóteses de casamento de irmãos socioafetivos.

Enquanto não há uma reforma legislativa que modifique o texto legal de forma a garantir a perfeita aplicação dos princípios constitucionais, a referida solução deverá ser aplicada casuisticamente, sob o crivo jurisdicional, uma vez que ainda não regulamentada por lei. Contudo, para assegurar maior segurança jurídica e garantia de tratamento igualitário, entende-se fundamental a reformulação legislativa quanto ao tema.

Deste modo, enquanto não advém a pretendida atualização normativa, conclui-se que o os impedimentos matrimoniais devem ser reinterpretados para que as relações de afeto possuam, de fato, o tratamento constitucionalmente assegurado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 04 mai. 2023.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 abr. 2023.

_____. Conselho de Justiça Federal. *Enunciado n. 103*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734> . Acesso em: 09 abr. 2023.

_____. Conselho de Justiça Federal. *Enunciado n. 256*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/501>. Acesso em: 09 abr. 2023.

_____. *Decreto-Lei n. 3.200/1941*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3200.htm>. Acesso em: 13 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo n. 753*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Informjuris20/article/view/12733/12826> . Acesso em: 17 out. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277*. Rel. Ministro Ayres Brito. Tribunal Pleno. Inteiro teor da decisão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 17 out. 2023

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 898.060/SC*. Rel. Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Inteiro teor da decisão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 17 out. 2023.

DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Derrotabilidade das normas-regras (*legal defeseability*) no direito das famílias: alvitando soluções para os *extreme cases* (casos extremos). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coords.). *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família: famílias – pluralidade e felicidade*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

ENGLES, Frederich. *A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instruções de Direito Civil: Direito de família*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. *Efeitos jurídicos da multiparentalidade*. v. 21. n. 3. Fortaleza: Pensar, set./dez. 2016.

TARTUCE, Flávio. *O princípio da afetividade no direito de família*. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 04 abr. 2023.