



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

**A DIVERSIDADE DE SEXOS E O TRANSEXUALISMO  
NA UNIÃO ESTÁVEL**

*Claudio Ferreira Pazini*

*Endereço do Currículo Lattes:*

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4137535P2>

**RESUMO**

A presente análise tem por objeto a diversidade de sexos como requisito legal para a configuração da união estável, partindo-se do pressuposto de que o ordenamento jurídico brasileiro não admite que tal espécie de família seja constituída por pessoas do mesmo sexo.

O assunto é polêmico e está longe o consenso doutrinário e jurisprudencial. As discussões não se resumem à seara civilista, passando por uma imprescindível reflexão sobre o tratamento constitucional destinado à união estável.

Também será abordada a possibilidade de transexuais constituírem união estável com pessoa de sexo biológico idêntico ao seu. Isso tendo em vista que deve prevalecer o sexo mental e psicológico do sujeito em detrimento da tradicional definição de sexo que leva em consideração tão-somente a genitália do indivíduo.

**PALAVRAS CHAVES**

União estável – Caracterização – Diversidade de sexos – homossexualidade – Transexualismo



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

**(Corpo do texto)**

A união estável, relação pública contínua e duradoura entre homem e mulher, com intuito de constituição de família, como descrita pelo art. 1.723 do Código Civil, é fato social muito antigo. Há notícias da frequência de relações concubinárias (*lato sensu*) nas idades Antiga, Média, Moderna e Contemporânea.

Embora rechaçado esse tipo de relacionamento por culturas de várias épocas e de vários países, por motivos especialmente culturais, atualmente, o Direito brasileiro (art. 226, § 3º, da CR/88) reconhece-o como forma de constituição de família, ao lado do casamento e da comunidade formada por ascendente e descendente.

Sendo assim, tendo sido a união estável concebida como espécie de entidade familiar, surgiu a necessidade de atribuir a ela efeitos próprios de família, como o direito a alimentos entre os partícipes do relacionamento, direito sucessório entre eles, direito de partilhar o patrimônio adquirido na constância da união etc<sup>1</sup>.

Como decorrência óbvia, se se pretende atribuir efeitos a determinado instituto, é mister delinear exatamente de que instituto se está tratando. Ou seja, para que se possa atribuir efeitos próprios de família à união estável, é necessário descrever que tipo de relacionamento será considerado como tal para que possa produzir esses efeitos. Assim, a lei deve traçar os requisitos para a caracterização da união estável.

Fazendo comparação com o casamento, este fica configurado uma vez que se proceda à celebração, antecedida do processo de habilitação. Dessa forma, fácil torna-se sua configuração: é casamento a união estabelecida entre homem e mulher tendo havido sua celebração na forma da lei civil.

---

<sup>1</sup> Não obstante, observe-se que mesmo antes da entrada em vigor da Constituição da República de 1988, já havia atribuição de alguns efeitos próprios de família à relação concubinária (*lato sensu*), a exemplo da possibilidade de adotar o patronímico do convivente, prevista no art. 57, § 2º, da Lei 6.015/73.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Já quanto à união estável, sua configuração segue regras bem mais complexas. Trata-se de estado de fato e não de situação atribuída pela lei. Consiste em situação existente antes no mundo fático que no mundo jurídico, ao contrário do casamento. O direito não cria a união estável, como fez com o matrimônio. Apenas reconhece sua existência e atribui-lhe efeitos. Mas não é todo tipo de relação afetiva informal que recebe a chancela da legislação para a produção de efeitos jurídicos. Somente o relacionamento que atenda a uma série de requisitos legais expressos ou implícitos é que estará enquadrado no conceito de união estável e, portanto, receberá a tutela legislativa própria de uma espécie de família.

E como um dos principais requisitos para a caracterização da união estável, um de seus elementos básicos e fundamentais, temos a diversidade de sexos.

A lei buscou reconhecer certos tipos de entidades familiares que antes não eram reconhecidos. Contudo, não pretendeu o legislador reconhecer todas as espécies de relações afetivas entre seres humanos. Uma dessas espécies que ficaram à margem da proteção legislativa destinada à família foi a união homossexual. Conforme Guilherme Gama, “Certo ou não, fato é que a Constituição Federal encampou certos modelos de famílias sociológicas e, propositadamente, deixou de fora outros.”<sup>2</sup>

A Constituição de 1988, no seu art. 226, § 3º, refere-se à união estável entre *o homem e a mulher*. Do mesmo modo, o novo Código Civil, em seu art. 1.723, enuncia “É reconhecida como entidade familiar a união estável *entre homem e mulher* [...]”<sup>3</sup>

Vários julgados vêm negando os efeitos próprios de família às uniões homossexuais. Vejamos, a título de exemplo, posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

---

<sup>2</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*, p. 178-9.

<sup>3</sup> Grifo nosso.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Concubinato – “Dois Homens” – “Esdruxularia”.

O concubinato e a sociedade de fato são institutos jurídicos inconfundíveis. A existência de concubinato não é requisito necessário, nem suficiente, para o reconhecimento da sociedade de fato, uma vez que esta resulta da efetiva contribuição da parte autora à formação do patrimônio que pretende partilhar. O concubinato é a união livre e estável entre o homem e a mulher, como se marido e mulher fossem, com fidelidade recíproca, *more uxório*, sem embargo do disposto no art. 226, § 3º, da CF. Assim, o concubinato entre dois homens, como se casados fossem, é ostensiva *esdruxularia*, contrastando com a índole do Direito Brasileiro.<sup>4</sup>

De fato, duas pessoas do mesmo sexo não podem assumir a condição de marido e esposa. Não estamos nos posicionando contra nem a favor dos relacionamentos homossexuais. Na presente análise, iremos abster-nos de fazer qualquer julgamento acerca da salutabilidade das relações dessa natureza. Nossos argumentos e conclusões serão imparciais e abordaremos tão-somente a impossibilidade *jurídica* de pessoas do mesmo sexo constituírem união estável nos moldes da Constituição e legislação ordinária pertinente, bem como as razões que levaram o legislador a exigir a diversidade de sexos para a configuração do instituto.

O legislador entendeu que o relacionamento homossexual atenta contra a moral e os bons costumes. Independente de ser razoável ou não a concepção moral do legislador, o fato é que não admitiu a união homossexual como entidade familiar.

Ademais, considerou que a união homossexual não pode ter o mesmo fim social e nem o mesmo elemento psíquico que o casamento. O fim social da família é promover o desenvolvimento de seus integrantes para que estes cheguem a ser pessoas de boa índole, o que se reflete em benefícios não só pessoais como

---

<sup>4</sup> TJ-RJ - Ac. unân. da 8ª Câm. Cív. reg. em 5-4-93 - Ap. Cív. 3.309/92-Capital - Rel. Des. Celso Guedes.



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

também sociais. O legislador entendeu que a união entre homossexuais não teria condições de criar ambiente propício para esse desenvolvimento.

Já o elemento psíquico está relacionado à qualidade do relacionamento que se vive. Numa família que basicamente se diferencia do casamento apenas pelo procedimento cartorial, a afetividade própria de marido e mulher deve estar presente. Esse elemento psíquico é justamente o sentimento romântico, passional, existente entre homem e mulher, o que é impróprio entre pessoas do mesmo sexo, pelo menos sob a ótica do legislador.

Não foi a impossibilidade de duas pessoas do mesmo sexo terem filhos que levou o legislador a não reconhecer referida união como entidade familiar. O advento de prole não é requisito para a caracterização da união estável – como também não é requisito nem objetivo do casamento. Se a existência de filhos fosse requisito, como ficariam as pessoas sexualmente impotentes ou aquelas que não os desejam por opção? Ficaria impossibilitada a constituição de união estável para elas? Óbvio que não. Definitivamente, a impossibilidade de terem filhos não foi o que levou o legislador a vedar a união estável entre pessoas do mesmo sexo. O fator preponderante do posicionamento do legislador foi a preservação da moralidade e dos bons costumes, objetivo considerado por ele incompatível com a união homossexual, e a distorção do elemento psíquico e da finalidade social da família.

Contudo, existem opiniões contrárias, como a de Marco Antônio Bandeira Scapini, que entende nada haver de imoral na união homossexual:

A Constituição deixou claro que só a união entre pessoas de sexo oposto é reconhecida como entidade familiar. Afastou, portanto, da concepção de família, num resquício de conservadorismo preconceituoso, as uniões homossexuais.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. Concubinato: uma visão alternativa. AJURIS, v. 53, p. 313.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Se a união estável, como já foi dito, tem o mesmo fim sócio-político e o mesmo elemento psíquico do casamento – e este só é possível entre homem e mulher – conclui-se que só será admitida entre pessoas de sexos opostos. O fato é que duas pessoas de mesmo sexo não podem viver como marido e esposa, requisito básico da união estável. De acordo com Washington de Barros Monteiro “O conceito generalizado de concubinato, também chamado de união livre, tem sido invariavelmente o de vida prolongada em comum [...] com a aparência de casamento”<sup>6</sup>. Fica, pois, negada aos homossexuais a possibilidade de constituírem união estável.

Mas Guilherme Gama observa possibilidade de evolução do tratamento jurídico dispensado aos relacionamentos homossexuais:

Da mesma forma como o companheirismo já foi totalmente desconsiderado pelo Direito, mormente no Código Civil brasileiro [de 1916] quando do seu advento, o mesmo tratamento vinha sendo dispensado às uniões homossexuais, em tempos mais próximos. Contudo, mais uma vez a realidade fática se impôs, exigindo uma reavaliação do tratamento social e jurídico sobre o tema, a ponto de ter sido introduzido em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros o casamento entre homossexuais, tal como ocorre atualmente na Suécia, Dinamarca e Noruega.<sup>7</sup>

Contudo, no Brasil, pelo menos por enquanto, a união homossexual não atingiu o *status* de entidade familiar.

Porém, mesmo diante dos termos suficientemente claros do art. 226, § 3º, da Constituição da República, há aqueles que preconizam a outorga de direitos próprios de família aos que vivem relacionamento homossexual estável.

Sobre isso, é conveniente lembrar a lição de Luiz Edson Fachin:

---

<sup>6</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v. 2, p. 18.

<sup>7</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*, p. 549.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

[...] pode ser localizada, a partir do texto constitucional brasileiro que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza [...], a inviolabilidade da intimidade e a vida privada [...], a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana. Assim, como direito fundamental, surge um prolongamento de direitos da personalidade imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária. O direito personalíssimo à orientação sexual conduz a afastar a identificação social e jurídica das pessoas por esse predicado.<sup>8</sup>

O mesmo autor critica o fato de o ordenamento jurídico não levar em consideração a opção sexual do sujeito:

O sistema jurídico estabelece [...] com o nascimento, uma identidade sexual, teoricamente imutável e una. Essa rigidez não leva em conta dimensões outras, também relevantes, no plano das questões sociais e psicológicas. O registro civil [de nascimento] exerce, nesse plano, uma chancela normalmente imodificável, que marca o indivíduo em toda sua vida social. É um sinal uniforme e monolítico, incapaz de compreender a pluralidade psicossomática das pessoas. Entretanto, como os fatos acabam se impondo perante o Direito e a realidade acaba desmentindo esses mesmos “códigos”, mudanças e circunstâncias mais recentes têm contribuído para dissolver a “névoa da hipocrisia” que encobre a negação de efeitos jurídicos à orientação sexual.<sup>9</sup>

A liberdade de opção sexual é manifestação da personalidade. Melhor dizendo, é direito da personalidade. A Constituição assegura não só esse direito de opção como o direito à igualdade. A restrição de direitos em decorrência de opção sexual, portanto, para os que compartilham do entendimento esboçado acima, atenta contra esses direitos assegurados em nível constitucional.

---

<sup>8</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família: curso de Direito Civil*, p. 94-5.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 96-7.



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

Algumas considerações devem ser feitas para verificarmos se realmente a restrição de direitos em decorrência de opção sexual atenta contra os direitos fundamentais da pessoa humana.

É sabido que o princípio da isonomia, assegurado em nível constitucional, não pode ser aplicado em termos absolutos. Se assim fosse, os homens não poderiam ser obrigados ao alistamento militar, já que as mulheres são excluídas desse dever; menores poderiam realizar negócios jurídicos independentemente de representação, já que os maiores podem; a licença maternidade deveria ser de tempo igual à licença paternidade etc.

Porém, a correta interpretação do princípio da isonomia impõe-se no sentido de que o tratamento legislativo deve ser igual para os iguais e desigual para os desiguais na medida em que se desigalam. Em outras palavras, há pessoas que se encontram em situações que suscitam regulamentação legal diferenciada das demais. São situações que justificam os discrimenes. Conclui-se, dessa forma, que tratamentos discriminatórios podem existir se houver justificativa legítima para tanto. Assim, não atenta contra o princípio da isonomia a exigência de alistamento militar somente para os homens, posto que as mulheres, salvo raras exceções, não têm condições físicas para desempenhar as tarefas militares em geral. Igualmente, é aceitável que os menores não possam realizar negócios jurídicos sem representação, tendo em vista que, presumidamente, carecem de maturidade e discernimento para tanto. E de nenhuma inconstitucionalidade está viciada a diferenciação de tempo entre a licença maternidade e a licença paternidade, já que, nos primeiros meses de vida, a presença da mãe é mais necessária para o filho, sem falar na necessidade que ela tem de se recuperar do parto e de amamentar sua criança. Por outro lado, não se pode, por exemplo, permitir acesso somente a pessoas do sexo masculino a determinado curso universitário, se as mulheres têm a mesma condição de frequentá-lo e exercer a profissão para a qual ele habilita.





PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Enfim, insistimos, o tratamento discriminatório pode, sim, existir, mas somente quando houver argumento legítimo e valioso que o justifique<sup>10</sup>. Isso implica possibilidade de os relacionamentos homossexuais receberem tratamento legislativo diferenciado na medida em que não têm as mesmas características e objetivos da união entre homem e mulher.

Dadas as inevitáveis diferenças entre os relacionamentos homo e heterossexuais, parece-nos que realmente a legislação ordinária pode dar tratamento diferenciado àqueles que vivem relacionamento afetivo com outra pessoa do mesmo sexo. Fundamenta-se no princípio pelo qual se deve “tratar desigualmente os desiguais”.

Essa idéia é questionada, conforme dito atrás, sob o argumento de que atenta contra o princípio constitucional da isonomia. Discordamos desse ponto de vista. Ora, o próprio texto constitucional, em seu art. 226, § 3º, tutela juridicamente a união entre *homem e mulher*. Seria, porventura, possível falar-se em inconstitucionalidade de norma constitucional?<sup>11</sup>. Não nos parece que o art. 226, § 3º da Constituição possa ser considerado inconstitucional por atentar contra outro dispositivo constitucional de hierarquia superior. Realmente, concordamos

---

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 35. Nessa obra, afirma que “[...] é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou a exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto”.

<sup>11</sup> Há entendimento no sentido de que pode existir inconstitucionalidade de uma norma constitucional. FUGIE, Érika Harumi, A união homossexual e a Constituição Federal. *Revista Brasileira de Direito de Família*. [Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM]. Porto Alegre: Síntese, nº 15, out./nov./dez., 2002, p. 138-9, entende que uma norma formalmente constitucional pode ir de encontro a um preceito fundamental da própria Constituição, suscitando-se, assim, a invalidade daquela norma em decorrência de sua contradição com tal preceito de hierarquia superior. Com base nisso, a autora sustenta que o art. 226, § 3º, não pode excluir as uniões homossexuais do conceito de entidade familiar, sob pena de estar-se atentando contra o princípio da isonomia. Compartilhando do mesmo entendimento encontramos DIAS, Maria Berenice, *União homossexual: o preconceito e a justiça*, p. 78 a 81, questionando sobre a validade da discriminação encontrada no art. 226, § 3º, da Constituição. Antagonicamente, BARROSO, Luiz Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 192-4, sustenta que não há hierarquia entre normas constitucionais. Na hipótese de suposto conflito de normas dentro do texto constitucional, o intérprete deve encontrar o espaço adequado de incidência de cada uma delas. De acordo com esse raciocínio, perfeitamente válido é o reconhecimento apenas das uniões entre homem e mulher como entidade familiar, excluindo-se as uniões homossexuais de tal conceito.



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

que pode haver na Constituição dispositivos que devam prevalecer sobre outros em razão de uma análise axiológica (e não formal) deles. Mas não é o caso em questão. O art. 226, § 3º da Carta não deve sucumbir diante do princípio da igualdade previsto nos arts. 3º, inc. IV e 5º *caput*. Realmente, o princípio da igualdade é conquista que não pode ser olvidada. Mas não deve ser interpretado sem limitações ou balizamento. Os princípios podem, sim, e devem ser limitados por outras normas do ordenamento jurídico. A título de comparação, o direito à vida, também previsto como direito fundamental (art. 5º, *caput*, da Constituição), também comporta restrições, como nos casos previstos nos arts. 355 e seguintes do Código Penal Militar (Decreto-lei 1.001 de 21 de outubro de 1969). A própria Constituição restringe a proteção do direito à vida previsto na art. 5º, *caput*, por meio do inc. XLVII, a), do mesmo artigo. Ora, o mesmo ocorre com o direito à igualdade e à não discriminação, previstos nos arts. 3º, inc. IV e 5º, *caput*, mas que encontram restrição no art. 226, § 3º, que prevê a possibilidade de constituição de união estável apenas entre homem e mulher. Não nos parece correto afirmar que o art. 5º deve prevalecer sobre o art. 226, § 3º, pois este é um dispositivo limitador daquele, assim como o inc. XLVII, a), é um limitador da regra de proteção à vida prevista no *caput* do referido art. 5º. Uma interpretação teleológica do tratamento constitucional dispensado à união estável faz concluir que o legislador constituinte não teve a intenção de incluir no conceito de família os relacionamentos homossexuais. Do contrário, não teria editado o art. 226, § 3º, da maneira como o fez, prevendo a constituição da união estável apenas por casais heterossexuais.

Trata-se de um conflito aparente de normas constitucionais. Temos, por um lado, a norma que determina igualdade de todos perante a lei. Por outro, temos a norma que admite a formação da família informal apenas por pessoas de sexo diferente, excluindo os relacionamentos homossexuais. Realmente, o conflito das normas é apenas aparente, posto que o ordenamento fornece meios para solucioná-lo. A primeira norma é genérica, pois determina a igualdade sem especificar em que casos a lei deverá ser igualitária. A segunda norma é



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

específica, pois dá tratamento diferenciado a seus destinatários apenas no que diz respeito à constituição de família. Sendo assim, o princípio da especificidade soluciona esse conflito aparente de normas, de modo que a discriminação prevista no art. 226, § 3º, da Constituição deve prevalecer, já que trata de situação específica.

Concluimos, pois, que a negação de efeitos próprios de família aos que vivem relacionamentos homossexuais não é antijurídica. Ao contrário, é a maneira correta de interpretar e aplicar a norma prevista no § 3º do art. 226 da Constituição e sua legislação ordinária regulamentadora.

Se se pretende considerar desarrazoada a discriminação do dispositivo constitucional citado, entendendo-se que os relacionamentos homossexuais merecem regulamentação legal igual ou semelhante àquela dispensada aos casais heterossexuais, a discussão desloca-se para outro campo, isto é, para nível de sugestão legislativa. O ordenamento jurídico positivo atual não outorga aos relacionamentos homossexuais a mesma tutela destinada aos que vivem em união estável. Qualquer manifestação em sentido contrário, que busque estender aos relacionamentos homossexuais a tutela prevista apenas para os companheiros, a nosso ver, não passa de proposta alternativa, com caráter antijurídico.

Como dissemos, há entendimento no sentido de que a opção sexual, uma das formas pela qual se manifesta a personalidade, em princípio, não pode ensejar restrição de direitos. Ora, importa frisar que pode haver discriminação legal em razão da relatividade do princípio da isonomia. A opção sexual, como uma das formas de manifestação da personalidade, realmente, não pode ser coibida. Porém, embora se permita a liberdade de opção sexual, os efeitos dela decorrentes serão fixados em lei. O raciocínio é simples. Tomemos como exemplo o direito de escolher uma profissão. Toda pessoa tem esse direito. Porém, uma vez escolhida sua profissão, a pessoa estará sujeita às restrições legais que a lei impõe ao exercício de seu ofício em específico. A liberdade, portanto, é de opção de



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

enquadramento em determinada situação e não de escolha dos efeitos jurídicos decorrentes desse enquadramento.

Em suma, para a caracterização da união estável é necessária a diversidade de sexos. As uniões homossexuais não têm a prerrogativa de formar entidade familiar, pelo menos sob a ótica legal. Entendeu o legislador que o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo atenta contra a moral e os bons costumes e não tem a finalidade social nem o elemento psíquico que deveria ter a família assemelhada ao casamento.

Sendo assim, essas relações não são reconhecidas pelo Direito de Família. É fato notório que este tipo de relacionamento se torna cada vez mais comum na sociedade. Porém, não despertou o interesse do legislador, pelo menos no âmbito do Direito de Família. Estas uniões interessam, pois, somente ao Direito das Obrigações. Na hipótese de restar provada a sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, os parceiros ou as parceiras terão direito à meação do patrimônio, desde que tenha sido adquirido com esforço comum. Note-se que esta regra é puramente de Direito Societário e não de Direito de Família. Nesse sentido, vem-se manifestando a grande maioria dos tribunais brasileiros. Veja-se julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Sociedade de Fato entre Homossexuais – Caracterização – Requisitos.

Tratando-se de pedido de declaração de existência e dissolução de sociedade de fato entre homossexuais, é necessária para sua caracterização a prova inequívoca da contribuição dos sócios para a formação do patrimônio da sociedade. A comunhão de interesses, de natureza econômica, exteriorizada pelo esforço, que cada qual realiza, visando à criação de um patrimônio, é, e não a conotação sexual da relação, o que é relevante para a configuração da sociedade de fato.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> TJ-RJ - Ac. unân. da 1.<sup>a</sup> Câm. Cív. publ. no DJ de 30-9-99 - Ap. 8.084/97 - Nova Iguaçu - Rel. Des. Paulo Sérgio Fabião; in *ADCOAS* 8176957.



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

No mesmo sentido manifestou-se o Tribunal de Justiça do Paraná:

Sociedade de Fato – Homossexuais – Dissolução Judicial – Possibilidade – Competência.

Perfeitamente possível que se reconheça uma sociedade de fato entre homossexuais estando a questão afeta puramente ao direito obrigacional; e, de conseqüência, os aspectos íntimos da convivência homossexual não necessitam de abordagem. Uma vez reconhecida a sociedade de fato, possível se torna a sua dissolução judicial, porém, uma vez reconhecida a possibilidade de reconhecimento de sociedade de fato, afasta-se a competência do Juízo da Vara de Família para o processamento e julgamento da ação.<sup>13</sup>

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou no mesmo sentido:

Sociedade de Fato – Homossexuais – Partilha de Bem Comum – Metade – Direito do Parceiro.

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. 1.363 do Código Civil.<sup>14</sup>

No Rio Grande do Sul também encontramos a mesma interpretação:

União Estável – Relacionamento Homossexual – Não Configuração.

O relacionamento homossexual de dois homens não se constitui em união estável para os efeitos do § 3º do artigo 226, da Constituição Federal e Leis 8.971/1994 e 9.278/1996. A união estável para ser reconhecida como entidade familiar exige a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, inclusive com a

<sup>13</sup> TA-PR - Ac. unân. 131962-0 da 1.ª Câ. Cív. julg. em 17-8-99 - Ap. 131.962-0-Paranavaí- Rel. Juiz Mário Rau; *in ADCOAS* 8177568.

<sup>14</sup> STJ - Ac. unân. da 4ª T. publ. no DJ de 6-4-98, pág. 132 - Rec. Esp. 148897-MG - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; *in ADCOAS* 8160630.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

possibilidade de sua conversão em casamento. As outras espécies de uniões informais, que não se encaixem na noção de companheirismo, inclusive entre pessoas do mesmo sexo, estão abrangidas pela Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal.<sup>15</sup>

Uma ponderação deve ser feita: há entendimento doutrinário e jurisprudencial admitindo a alteração do registro civil quanto ao sexo, em casos de dubiedade ou intervenção cirúrgica, para que prevaleça o sexo psicológico sobre o biológico. Desse modo, para efeitos de constituição de união estável, preponderará o “novo sexo” da pessoa. Assim, essa corrente doutrinária e jurisprudencial considera, em verdade, não estar diante de união entre pessoas do mesmo sexo, mas diante de união entre pessoas de sexos distintos, porém, tendo uma delas nascido com características físicas próprias do sexo oposto. Esta pessoa, de sexo biológico inadequado à sua personalidade, poderá, então, constituir união estável com outra pessoa do sexo igual ao seu sexo biológico, já que o entendimento é no sentido de que deverá prevalecer o sexo psicológico do sujeito.

Se, por um lado, não se concebe a atribuição de efeitos próprios da união estável aos relacionamentos homossexuais, por outro, não se pode olvidar o problema daqueles que possuem sexo biológico diferente do sexo psicológico.

A identificação do sexo do indivíduo tradicionalmente é feita no momento de seu nascimento e leva em consideração apenas sua genitália. O problema é que, no decorrer da vida, algumas pessoas passam a comportar-se e a sentir-se como tendo outro sexo, que não aquele registrado em seu assento de nascimento. Maria Berenice Dias lembra que:

Para a Medicina Legal, não se pode mais considerar o conceito de sexo fora de uma apreciação plurivetorial, resultante de fatores genéticos, somáticos, psicológicos e sociais. A Psicologia define a sexualidade humana

---

<sup>15</sup> TJ-RS — Ac. da 8.<sup>a</sup> Câm. Cív. julg. em 11-10-2001 — Ap. 599348562-Capital — Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira; in ADCOAS 8204889.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

como uma combinação de vários elementos: o sexo biológico (o sexo que se tem), as pessoas por quem se sente desejo (a orientação sexual), a identidade sexual (quem se acha que é) e o comportamento ou papel sexual. Como os fatos acabam se impondo ao Direito, a rigidez do registro identificatório da identidade sexual não pode deixar de curvar-se à pluralidade psicossomática do ser humano.<sup>16</sup>

O transexual é aquele indivíduo que rejeita seu sexo biológico original e vive em estado de insatisfação. Há incoerência entre seu sexo morfológico e psicológico. A pessoa tem desejo de viver e ser aceita pela sociedade como membro do sexo oposto. Aqui, pois, não estamos tratando daqueles que simplesmente sentem atração física por pessoas do mesmo sexo, isto é, aqueles popularmente conhecidos como *gays*<sup>17</sup>. A transexualidade implica essa série de indicadores psíquicos e instintivos esboçados acima (a orientação, a identidade e o comportamento sexual do indivíduo).

Em geral, os transexuais desejam transformar sua morfologia sexual buscando adaptar seu corpo físico a seu desejo instintivo. Porém, o avanço médico que permite a alteração da genitália não foi acompanhado pela legislação que não prevê, expressamente, a alteração de sexo.

A cirurgia de ablação é considerada, pelo Conselho Federal de Medicina como terapêutica e visa a adequar a genitália ao sexo psíquico<sup>18</sup>.

Na esteira do entendimento que sustenta não ser o verdadeiro sexo do indivíduo, necessariamente, aquele indicado por sua genitália, consideramos que

<sup>16</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, p. 122.

<sup>17</sup> Realmente não se deve confundir as pessoas portadoras de transexualismo – no sentido aqui empregado – vítimas da natureza, com os chamados *gays*, que optam por manterem um comportamento sexual próprio do sexo oposto. Tal distinção é verdadeira e não meramente opinativa. Note-se que, conforme reportagem publicada pela revista *Veja* de 16 de junho de 2004, p. 56, segundo a psiquiatra Carmita Abdo, coordenadora do Projeto Sexualidade do Hospital das Clínicas de São Paulo, estima-se que, aproximadamente, um em cada 30.000 homens e uma em cada 100.000 mulheres sentem, desde criança, que seu sexo biológico não condiz com seu sexo psicológico. Ora, é notório que a proporção de *gays* no Brasil e no mundo é muito maior do que esse reduzido número de transexuais mencionado.

<sup>18</sup> O Conselho Federal de Medicina, conforme Resolução nº 1.482/97, entende que a cirurgia de alteração da genitália não constitui crime de mutilação previsto no art. 129 do Código Penal por ter fins terapêuticos.



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

deve ser permitida a alteração do registro civil no que diz respeito ao estado sexual e ao nome. Em verdade, não se trata de mudança de sexo, mas de correção de informação constante do registro civil. Ao admitir-se que a pessoa pertence a sexo diverso daquele que consta em seu registro, nada mais justo, e não é antijurídico, que se proceda à correção do mesmo.

Julgados já existem nesse sentido:

Registro Público. Retificação do registro de nascimento.

Tendo a pessoa portadora de transexualismo se submetido à operação para transmutação de suas características sexuais, de todo procedente o pedido de retificação do assento de nascimento para adequá-lo à realidade.<sup>19</sup>

E também:

Retificação de registro de nascimento. Mudança de nome e de sexo. Transexual. Admissibilidade.

Autor que tendo se submetido a cirurgia que amputou-lhe o pênis e os testículos, colocando prótese para a formação de neovagina, razão porque, afirmando ser transexual, requer que passe a constar seu nome como R. e seu sexo como feminino. O registro civil do ora apelante não reflete uma realidade. Por não refletir essa realidade, é que incute repetidamente terceiros em erro, que abalam o equilíbrio jurídico e o submetem a um injusto e inaceitável permanente vexame, seja ele virtual ou efetivo. Pedido deferido.<sup>20</sup>

No mesmo sentido é o voto do desembargador Claudir Fidélis Faccenda, em decisão da oitava câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

---

<sup>19</sup> TJ-RS - 4ª Câm. Cív. Ap. 591019831 - Rel. Des. Gervásio Barcellos; *in* Revista de Jurisprudência TJRGS, n. 15, tomo 2, p. 629-638.

<sup>20</sup> TJ-RS - Ac. unân. Câm. Cív. Ap. 593110547 - Porto Alegre - Rel. Des. Luiz Gonzaga Pila Hofmeister.





REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

[...] significa que há uma transposição na correlação do sexo anatômico e psicológico, ou seja, a pessoa tem o corpo de um sexo, porém sente-se como pertencente ao sexo oposto [...] Verifica-se que R.S.S. sente-se como mulher e, além de tudo, apresenta-se como mulher perante a sociedade. Não é mais fisiologicamente homem tendo a vista a realização da cirurgia, que era justamente o que faltava já que, psicologicamente, se percebia como mulher [...] O chamado ‘sexo registral’ não mais se justifica [...] <sup>21</sup>

Essa linha de raciocínio sustenta que aquele que tem em seu registro o sexo ajustado, isto é, corrigido, será merecedor da tutela legal dispensada a seu novo estado sexual, inclusive com relação à possibilidade de ser qualificado como companheiro de alguém de sexo idêntico ao seu sexo de nascimento. Isso porque seu sexo biológico não deve mais ser levado em consideração, devendo-se considerar somente seu “novo sexo”, que, em verdade, é seu verdadeiro sexo, para os devidos efeitos legais. O mesmo se diga com relação àqueles que não tenham realizado o referido procedimento cirúrgico, posto que o que se deve considerar relevante é o sexo psíquico do indivíduo, e não sua genitália.

A ciência tem estudado há séculos a orientação sexual do ser humano. Já ficou constatado que existem causas genéticas que influenciam na orientação e preferência sexual das pessoas. Maria Berenice Dias sustenta que vem prevalecendo a tese de que a sexualidade é estado de natureza com origens biológicas e, não, culturais <sup>22</sup>.

É esse o ponto crucial do nosso raciocínio. A transexualidade é estado que antecede à opção do ser humano. Por isso, sendo decorrente de imposição da natureza e não de opção da pessoa, o portador deve ser tratado conforme seu sexo psicológico e, a nosso ver, predominante.

Já com relação aos homossexuais por opção, a questão merece outro encaminhamento. Os homossexuais por escolha e não por imposição da natureza

<sup>21</sup> TJ-RS - 8ª Câm. Cív. Ap. 70013580055 - Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em 17/08/2006.

<sup>22</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, p. 44.



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

não pertencem a outro sexo, nem mesmo do ponto de vista psicológico, mas apenas comportam-se como se fossem. Melhor dizendo, apenas pretendem ter ou comportam-se como se tivessem outro sexo. O raciocínio apresentado é no sentido de fazer prevalecer o sexo que se tem – ainda que apenas psicologicamente e não morfológicamente – e não o sexo que se pretende ter.

Em suma, essa tendência doutrinária e jurisprudencial considera que a legislação dispensada aos companheiros não deve ser aplicada aos relacionamentos homossexuais, mas somente às uniões entre homem e mulher. Contudo, deve-se levar em consideração não somente o sexo de nascimento da pessoa, mas também o sexo psíquico, nos casos dos transexuais. Nesses termos, o transexual, nascido com morfologia masculina, mas que se comporta e tem instintos próprios de mulher, vítima de imposição do destino, poderá constituir união estável, na acepção técnica do termo, com pessoa do sexo masculino. O mesmo se diga do indivíduo transexual com morfologia feminina, que poderá constituir relação de companheirismo com uma mulher.

Convém observar que tal entendimento está longe de ser unânime. Há outra posição que nos parece merecer destaque. Sustenta-se que o relacionamento envolvendo transexuais não pode ser equiparado à união estável, assim como esta não foi equiparada ao casamento.

Note-se que união estável e casamento são institutos distintos, cada um tendo seu regime jurídico próprio. Ocorre que, principalmente no período entre a entrada em vigor da Constituição de 1988 e a edição das leis 8.971/94 e 9.278/96, a união estável, já tendo sido reconhecida como entidade familiar, ficou sem regulamentação legal suficiente própria de família. Essa falta de regulamentação legal da união estável suscitou a aplicação, por analogia, de institutos que regulavam o casamento. Contudo, não se trata de equiparar a união estável ao matrimônio. Trata-se apenas de suprir lacuna legislativa de instituto, com leis próprias de outro instituto distinto. Jamais se pode conceber o enquadramento da união estável no conceito de casamento pelo fato de aquela ter



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

sido, por analogia, regulada por dispositivos próprios deste. Esta é a característica da analogia: aplicar disposições de um caso a outro caso semelhante, não regulamentado pela lei, sem enquadrar este último no conceito do primeiro.

Voltemos, pois, ao tratamento dos transexuais.

Esse entendimento considera que, da mesma forma que a união estável não foi equiparada ao casamento, tendo apenas aproveitado algumas disposições acerca deste, as uniões envolvendo transexuais não podem ser equiparadas à união estável, dadas as inevitáveis diferenças fáticas dessas relações.

Realmente, são inevitáveis as diferenças entre as uniões estáveis e aquelas envolvendo transexuais. Note-se, por exemplo, que as uniões envolvendo transexuais não podem gerar prole; a licença maternidade não pode, a nosso ver, ser aplicada de forma irrestrita ao transexual de corpo masculino com características psíquicas femininas etc.

Portanto, de acordo com esse entendimento, essas uniões deveriam ficar afastadas do conceito de união estável.

Porém, dada a ausência de um regime jurídico próprio suficientemente satisfatório aplicável às uniões envolvendo transexuais, viabiliza-se a aplicação, por analogia, das disposições aplicáveis à união estável. Há realmente um ponto de semelhança entre essas uniões: a existência de uma relação fática afetiva, em que ambos os partícipes têm o objetivo comum de formar uma unidade social, independente de suas individualidades. Isso autoriza a aplicação, por analogia, das disposições destinadas aos companheiros àqueles que vivem relacionamento envolvendo transexuais.

Contudo, não se trata de equiparar um instituto ao outro, mas de suprir a ausência de normas destinadas a regular as relações envolvendo transexuais. Quando essas relações passarem a ter seu regime jurídico próprio, dever-se-á deixar de aplicar as disposições editadas para os companheiros, por não haver



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

mais lacuna legislativa. Cada uma dessas espécies de união deve ter sua regulamentação própria, já que constituem relações inevitavelmente distintas, apesar de seus pontos de semelhança.

De qualquer forma, acatando-se um ou outro dos entendimentos acima, a solução prática nos dias atuais será semelhante. Se se considerar que os relacionamentos envolvendo transexuais se enquadram no conceito de união estável, levando-se em consideração a prevalência do sexo psicológico sobre o fisiológico, não haverá maiores dificuldades de aplicação da lei. A lei do companheirismo passaria a ser aplicada a esses relacionamentos, sem maiores considerações.

Contudo, se não se pretende considerar que as uniões envolvendo transexuais se enquadram na noção de união estável, a aplicação das normas que regulam esta ainda será possível àquelas, por analogia, em razão dos pontos de semelhança existentes entre estes dois tipos de relação.

Ambos os entendimentos apresentados parecem-nos mais justos e humanitários que a marginalização desses relacionamentos envolvendo pessoas que têm um sexo como qualquer outra, mas possuem características físicas do outro sexo. Não se pode deixar de tutelar de forma digna essas vítimas de um estado da natureza.

**BIBLIOGRAFIA**

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família: curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FUGIE, Érika Harumi. A união homossexual e a Constituição Federal. *Revista Brasileira de Direito de Família*. [Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM]. Porto Alegre: Síntese, n. 15, out./nov./dez. 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. 2. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. Concubinato: uma visão alternativa. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: nov. 1991, v. 53, p. 305.

SCHEIP, Diogo. Mudança precoce. *Veja*, São Paulo, n. 1.858, p. 56, de 16 de junho de 2004.