

DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS DO RGPS PARA OS TRANSGÊNEROS E TRANSEXUAIS: UMA ANÁLISE DA AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA ESPECÍFICA FRENTE À MUDANÇA DE GÊNERO

Euvaldo Leal de Melo Neto⁶

Mariana Dias Barreto de Souza⁷

Miguel Horvath Júnior⁸

Resumo

Este artigo pretende estudar sobre a ausência de normas previdenciárias que protejam os benefícios para pessoas transgêneros e transexuais. Assim, será analisada a omissão do Poder Legislativo quanto à regulamentação de normas específicas para essa parcela da população por meio de princípios constitucionais, bem como a forma como o Judiciário vem avançando na proteção dos direitos dessas pessoas. A realidade social da população transgênero e transexual tem sido pouco discutida no âmbito da Seguridade Social, não havendo nenhuma lei positiva dentro do conjunto de normas que contemple mudanças relacionadas as aposentadorias ou salário-maternidade para esta classe, por exemplo. Por fim, serão discutidas hipóteses que podem auxiliar na efetiva concessão de benefícios aos transgêneros e transexuais de forma abrangente às mudanças sociais visando diminuir as consequências que esses contribuintes estão sujeitos à letargia do Estado.

Palavras-chave: Efetividade de Direitos; Omissão legislativa; Transgêneros e Transexuais.

SOCIAL SECURITY RIGHTS IN THE GENERAL SCHEME OF SOCIAL PENSION FOR TRANSGENDER AND TRANSSEXUALS: AN ANALYSIS OF THE ABSENCE OF SPECIFIC SOCIAL SECURITY LEGISLATION IN FRONT OF THE GENDER CHANGE

Abstract

This article intends to study about the absence of Social Security norms to protect the benefits for transgender and transsexual people. Thus, the omission of the Legislative Branch regarding the regulation of specific norms for this part of the population through Constitutional principles will be analyzed, as well as the way in which the Judiciary has been progressing on the protection of the rights of those people. The social reality

⁶ Doutorando e Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP, Advogado e Professor de Direito da Seguridade Social, e-mail: euvaldoleal@hotmail.com

⁷ Doutoranda e Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP, Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Social da Bahia, Advogada e Professora de Direito da Seguridade Social, e-mail: marydiasbarreto@outlook.com

⁸ Doutor em Direito pela PUC/SP, Coordenador do Mestrado e Doutorado no Núcleo de Direito Previdenciário e Professor da PUC/SP, Procurador Federal, e-mail: miguelhorvath@pucsp.br

of the transgender and transsexual population has been little discussed in the Social Security sphere, not having any positive law within the set of norms that contemplates changes related to retirement or maternity salary for this class, for example. Hypotheses will be discussed and it can help in the effective granting of benefits to transgenders and transsexual in a comprehensive way to social changes aiming to reduce the consequences that these taxpayers are subject to the lethargy of the State.

Keywords: Effectiveness of rights; Legislative omission; Transgenders and transsexual.

1 INTRODUÇÃO

Dentro da esfera jurídica agrupam-se diversos direitos sociais, sendo alguns deles a saúde, o lazer, a nacionalidade, a intimidade. Direitos e obrigações regem os indivíduos, sendo algumas delas diferenciadas pelo gênero, como é o caso do alistamento obrigatório para homens e a diferenciação de critérios para concessão de aposentadoria de acordo com o gênero.

Com a mutação da sociedade, as ciências jurídicas têm tentado evoluir para efetivar direitos que nascem ou se desenvolvem a partir disto. Entretanto, no que diz respeito à legislação previdenciária brasileira, ainda existem algumas lacunas que desprivilegiam o grupo dos transgêneros e transexuais. Importa mencionar que o Legislativo teve uma excelente oportunidade para discutir este tema, que foi na EC 103/19, porém não houve menção a essa pauta de extrema urgência e importância.

A ausência de legislação específica com o intuito de abordar detalhadamente os direitos previdenciários dos transexuais prejudica de forma grandiosa uma parte da população, especialmente no que diz respeito à aposentadoria de forma isonômica. Sabe-se que o Brasil é um país conservador, o que implica em uma possível rejeição aos que aderem à alteração de gênero, porém não cabe aos Poderes agir de maneira parcial, já que trata-se de assunto extremamente relevante para a sociedade.

Diante desse cenário, serão analisados de maneira mais criteriosa sobre a transexualidade, os princípios que garantem a legitimação de norma específica para a aposentadoria desse grupo, os avanços do Judiciário e, principalmente, a omissão Legislativa.

O contribuinte, independente do gênero, adquire o direito legal de desfrutar dos benefícios da aposentadoria, tendo em vista sua filiação para o Regime Geral da Previdência Social. Contudo, existem aspectos nesta espécie de prestação que são diferentes entre os segurados do sexo masculino e do feminino. Assim, frente a um indivíduo transexual ou transgênero, questiona-se qual o melhor critério a ser utilizado para regulamentar seu benefício sem que haja prejuízo nem para o contribuinte, nem para a Previdência.

2 TRANSSEXUALIDADE

2.1 Considerações iniciais

O Conselho Federal de Medicina considera a pessoa transexual como um portador de desvio psicológico permanente da sua identidade sexual com uma tendência em se

automutilar ou provocar autoextermínio por rejeição de seu fenótipo caracterizado (CFM, 2010). Porém, a Organização Mundial de Saúde – OMS, segundo publicações, estuda mudar a Classificação Internacional de Doenças – CID (SUS, 2017), por entender que atualmente há uma “disforia de gênero” que resulta da imagem que o indivíduo tem de si mesmo e necessita de intervenção especializada para efetuar a devida adaptação.

Martinez (2022) ao escrever sobre o tema distingue as terminologias: sexo, gênero e sexualidade:

O “sexo” diz respeito ao conjunto de características, que diferenciam numa espécie, os machos e as fêmeas e que lhe permite reproduzirem-se. Assim, o sexo está relacionado às particularidades anatômicas e biológicas que conduzem à certificação de alguém como homem, mulher ou intersexo. **O sexo é, portanto, atributo biológico.**

O “gênero” por outro lado, **designa a construção psicológica, cultural e social do sexo biológico.** O gênero está associado à forma **como uma pessoa se percebe e também como ela quer ser vista pela sociedade.** O gênero é, por isso, uma **questão sociocultural; um assunto de pertencimento social e cultural.**

A sexualidade, por sua vez, “abrange sexo, identidades e papéis de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. A sexualidade **é a qualidade daquilo que se vivencia no âmbito sexual, podendo ser expressa em pensamentos, fantasias, desejos e relacionamentos.** [...] É no âmbito da sexualidade que uma pessoa levada por a sua própria orientação, pode se identificar como homossexual (lésbica ou gay), heterossexual, bissexual, pansexual ou assexual. A sexualidade, portanto, é uma questão afetiva.

Partindo de um viés mais sociológico Letícia Lanz conceitua transgênero e transexual:

[...] transgênera é a pessoa: envolvida em atividades que cruzam as fronteiras socialmente aceitas no que diz respeito à conduta preconizada pelo dispositivo binário de gênero. O termo transgênero busca cobrir um amplo espectro de comportamentos considerados transgressivos à disciplina e às interdições impostas por esse dispositivo, que vão desde a simples curiosidade de experimentar roupas/calçados/adereços próprios do outro gênero até a firme determinação de realizar mudanças físicas através do uso de hormônios e cirurgias. O termo transgênero vem sendo utilizado para classificar as pessoas que, de alguma forma, não podem ser socialmente reconhecidas nem como ‘homem’, nem como ‘mulher’, pois o seu ‘sexo social não se enquadra em nenhuma das duas categorias disponíveis, que são masculino e feminino. Assim, o transgênero masculino é alguém cujo comportamento, revelado em suas ações, desejos, palavras, pensamentos e atitudes, transgride regras de conduta que a sociedade fixou para o gênero masculino (LANZ, 2014, p. 334).

Até 20 de maio de 2019, o Conselho Federal de Medicina apresentava a transexualidade como uma disforia de gênero, identificada pelo CID 10 F64. Contudo, a partir desta data, especificamente com a 72ª Assembleia Mundial da Saúde da Organização das Nações Unidas (ONU), realizada em Genebra passa a vigorar o CID 11, ou seja, este Código de Doenças deixa de existir para a situação antes patológica.

Importa mencionar que, apesar de Miriam Ventura, ter escrito o conceito dela antes da ONU desconsiderar a transexualidade um transtorno mental, infelizmente as informações constantes nele ainda são reais, exemplo disto é a vulnerabilidade social, transcrevemos:

A transexualidade é entendida como uma expressão legítima de sexualidade – que pode trazer um tipo de condição de sofrimento (ou não) – e não necessariamente uma doença psiquiátrica, em razão das condições sociais e pessoais em que é vivenciada. Isso implica considerar que a transexualidade não traz em si limitações à autonomia (moral ou legal) da pessoa transexual, mas sim um tipo de vulnerabilidade (condições sociais e indivíduos que podem pôr em risco ou afetar a saúde e o direito das pessoas e/ou de população, ou seja, como condições atuais e não potenciais de risco de dano) em razão da contradição entre a transexualidade e as normas sociais e morais sexuais vigentes, o que pode resultar em restrições pessoais e sociais danosas à autonomia individual (ou seja, em vulneração), como a proibição legal de alteração do prenome e do sexo nos documentos de identificação pessoal, ou restrições para o acesso às transformações corporais desejadas, no sistema oficial de saúde, dificultando as intervenções médicas adequadas e seguras (VENTURA, 2010).

Szaniawski (1999, p. 34) menciona que a identidade sexual ou de gênero é um conceito composto por elementos conscientes e inconscientes o qual “se traduz num sentimento do indivíduo quanto à sua identificação como homem ou mulher. Isso porque a nossa estrutura social consegue conceber o sexo de forma apenas dicotômica, na sua versão masculina ou feminina”. Sendo assim, para ele tal assertiva é interiorizada no indivíduo; é o sentir-se como parte de um dos dois gêneros.

Necessário se faz reiterar que a identidade sexual não é algo instintivo, como se a pessoa já nascesse com o sentimento de pertencer a um dos dois sexos, mas sim o resultado de uma junção de elementos (biológicos, culturais, sociais, afetivos) atrelados ao lapso temporal, o qual será responsável pela formação da identidade sexual. Entretanto, há aqueles que entendem que o indivíduo já nasce com algumas tendências iniciais de sua identidade sexual. Os transexuais encaixam-se nesta situação, já que mesmo recebendo estímulos relacionados ao seu aparato morfológico, escolhe pela identidade inversa ao seu sexo biológico.

A transexualidade pode ser entendida como a circunstância em que alguém possui uma identidade de gênero diferente do que foi confirmada após seu nascimento. Estes indivíduos podem desejar e submeter-se a procedimentos ambulatoriais e cirúrgicos e intervenções médicas, como reposição hormonal e cirurgias para transição de sexo. Em sua essência, são pessoas que não se identificam com sua identidade sexual originária

e se conectam em suas mentes com o gênero oposto, gerando um conflito físico e psicológico de identidades: de um lado, há o que imagina ser (psíquica), e por outro, o que atualmente é (identidade física).

Ademais, de acordo com o entendimento mais recente de alguns tribunais, em especial o Superior Tribunal de Justiça, a associação do indivíduo como transexual não se faz apenas pela cirurgia de redesignação sexual. Já é possível a retificação do registro civil, alterando o nome e o gênero sem o condicionamento à realização da cirurgia, sendo levados em consideração outros critérios tão relevantes quanto. Além do constrangimento sofrido por apresentar documento no qual as informações não condizem com a identidade e aparência do indivíduo, foi considerado a inviabilidade da realização do procedimento cirúrgico para todos os transexuais, seja por motivos financeiros ou empecilhos de saúde.

2.2 Aspectos sociais

Os obstáculos nas vidas de pessoas transexuais podem começar na infância, com a família, amigos, onde as suas atitudes começam a ser vigiadas e, conseqüentemente, punidas, por não obedecer ao padrão comportamental de um determinado fenótipo. Dessa forma, é comum evidenciar o sofrimento deles por sua aparência anatômica não corresponder com sua conduta. Há diversas expectativas culturais para cada sexo, fazendo com que aqueles que não as correspondem se sintam pressionados e rejeitados.

Deste modo, é comum ocorrer o abandono escolar na infância, sendo demonstrando como refúgio, ou mesmo como uma forma de evitar os sofrimentos vivenciados na instituição de ensino.

Outro ponto importante é quando o transexual opta pela realização da cirurgia de transgenitalização, pois é necessário seguir as orientações do art. 4º da Resolução do CFM 1955/2010, obedecendo a avaliação de equipe, constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, além de acompanhamento conjunto pelo lapso temporal de 2 (dois) anos, com obediência aos seguintes requisitos: Diagnóstico médico de transgenitalismo, ser maior de 21 (vinte e um) anos e ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

Correspondendo às exigências, será facultado ao paciente realizar ou não a intervenção médica. Vale ressaltar que os que não optarem por isso não deixarão de ser transexual, apenas pelo fato de não aderir a redesignação de sexo. Entretanto, sabe-se que a alteração corpórea auxilia na efetivação mais célere de direitos.

A diversidade do tema em seus aspectos físicos, psíquicos, sociais e culturais trouxe grande visibilidade ao assunto, atualmente, o que levou ao avanço nas discussões sobre as garantias dos direitos transexuais, especificamente na área previdenciária.

2.3 Dos direitos e garantias dos transexuais

Conforme mencionado anteriormente, em maio de 2017 foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça o direito da mudança do nome civil, compatibilizando a identidade de gênero do transexual, sem a obrigatoriedade de procedimentos médicos e cirúrgicos para a alteração de sexo. Da mesma forma, observa-se a flexibilização das

regras estipuladas pela Organização Mundial de Saúde – OMS para a identificação da transexualidade e a sua elegibilidade, as quais submetiam os mesmos a tratamentos ditos necessários para sua adequação de gênero sexual (hormonais, médicos e cirúrgicos). Era verificado, assim, um grande impasse na efetivação das garantias de direitos da população transexual.

Na esfera previdenciária, o Instituto Nacional de Seguro Social possui o dever de alterar o nome da pessoa física, que assim o solicitar, no seu Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS). Isto foi efetivado graças a edição do Decreto 8.727/16:

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, considera-se:

I - nome social - designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida; e

II - identidade de gênero - dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento.

Art. 3º Os registros dos sistemas de informação, de cadastros, de programas, de serviços, de fichas, de formulários, de prontuários e congêneres dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter o campo “nome social” em destaque, acompanhado do nome civil, que será utilizado apenas para fins administrativos internos.

A doutrina brasileira vem respondendo positivamente no que diz respeito à inclusão de garantias dos transgêneros. Entretanto, o sistema jurídico ainda é falho se comparada à legitimação de alguns direitos que em muitos países é tido como básico, exemplo disso é a Alemanha. Especificando para o cerne deste estudo, qual seja a aposentadoria dos transexuais, percebe-se que ainda não existe consenso nos tribunais, tampouco na esfera administrativa previdenciária.

Portanto, a legislação ainda é deficitária quanto ao aspecto de abraçar todas as necessidades dos segurados transexuais. Existe uma grande lacuna a ser preenchida pelo Poder Legislativo, com a finalidade de regulamentar, principalmente, os requisitos correspondentes à gestação de homens transexuais, bem como a idade e/ou tempo de contribuição para requererem suas aposentadorias.

2.3.1 Ausência da aplicação do Princípio Constitucional da Isonomia, Dignidade da Pessoa Humana e do Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento

Os princípios exercem dentro das normas jurídicas a função de orientar e ser fonte subsidiária de interpretação, desempenhando importante papel para a legitimação de decisões.

Para José de Albuquerque Rocha, o princípio dentro do Direito caracteriza-se por:

[...] Qualificar, juridicamente, a própria realidade a que se referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontado o rumo que deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a não contrair aos valores contidos no princípio e, tratando-se de princípio inserido na Constituição, a de revogar as normas anteriores e invalidar as posteriores que lhes sejam irredutivelmente incompatíveis (ROCHA, 2009).

Dentro da problemática da inexistência de legislação específica para regulamentar a aposentadoria dos transexuais, analisar-se-á alguns dos mais importantes princípios que acobertam este tema, desprotegido de norma regulamentadora tanto na esfera judicial como na administrativa.

2.3.1.1 Princípio Constitucional da Isonomia

De acordo com Lenza (2011), o princípio da isonomia está previsto no artigo 5º da Constituição Federal, consagrando serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, buscando não somente a igualdade formal, mas, principalmente, a igualdade material, tendo em vista o dever de a lei tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Como solução à problemática abarcada, o direito à igualdade é de extrema relevância. Tem-se que este, para Alexandre de Moraes (2014) opera em dois planos distintos: De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas.

A igualdade, além de um direito, trata-se de um princípio que orienta a interpretação de outras normas e soluciona casos concretos, proibindo diferenciações arbitrárias e discriminações. Neste contexto, o mesmo autor diz que:

O tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (MORAES, 2014, p. 36).

Com a ausência de respaldo jurídico, como se faz perceber no caso discutido da não existência de legislação referente à aposentadoria do transexual, leva o cidadão a acreditar na discriminação, ferindo assim, a Constituição Federal e o Princípio da Isonomia. Dessa forma, as garantias constitucionais tornam-se ineficientes, pois é dever do Estado regulamentar o direito de todos os indivíduos. É facilmente compreensível que o Poder público deve estabelecer a previdência de forma universal, ou seja, tutelar a todos de forma igualitária, sem qualquer tipo de discriminação, principalmente pelo fato de que todos seriam contribuintes do sistema.

2.3.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Ainda que diferentes de um preestabelecido padrão na sociedade, os transexuais são detentores da dignidade da pessoa humana, trazida pela Constituição Federal e assegurada em seu artigo 1º, III, qual seja:

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.

Hoje é indiscutível a necessidade do Poder Legislativo regulamentar os direitos previdenciários dessa classe, uma vez que o Ministério da Saúde por meio da Portaria nº 2.803/2013 reconhece a identidade de gênero, disponibilizando pelo SUS o processo de transgenitalização, bem como há entendimento consolidado do STJ autorizando a alteração do prenome civil para os transexuais, como visto anteriormente. Posto isso, observa-se o posicionamento de José Lima de Sá:

Questionar a ciência não significa, no entanto, negá-la. É repensá-la numa nova dimensão, ou seja, em seu significado sociocultural, em seu caráter instrumental em relação à sociedade. É estabelecer um vínculo entre o processo de produção científica e as necessidades sociais (SÁ, 2000, p. 50).

Tendo como base esse princípio, é esperado que o cidadão demande do Estado programas e institutos que tenham a finalidade de garantir o cumprimento desta determinação constitucional, mantendo o bem-estar e os direitos fundamentais sociais. Tanto estes quanto os direitos individuais são cláusulas pétreas na Constituição, reforçando a sua importância, disposto no art. 60, §4º, II, da CF/88.

O Superior Tribunal de Justiça, desde 2007, tem decidido no sentido de preservar a dignidade humana e aceitar as diferenças sociais, em especial com as pessoas que, em decorrência das suas escolhas, já sofrem tanto desrespeito e opressão por parte de seres incapazes de enxergar os transgêneros de modo natural:

EMENTA: Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.

Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, **a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais**, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.008.398 – SP; 2007/0273360-5, RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI). (grifo nosso)

Por fim, para Ingo Sarlet a dignidade deve ser aplicada da seguinte forma:

assim a dignidade - na condição de princípio fundamental – decorrem direitos subjetivos à sua proteção, respeito e promoção (pelo Estado e particulares), seja pelo reconhecimento de direitos fundamentais específicos, seja de modo autônomo, igualmente haverá de se ter presente a circunstância de que a dignidade implica também, em último ratio, por força de sua dimensão intersubjetiva, a existência de um dever geral de respeito por parte de todos (de cada um isoladamente) os integrantes da comunidade de pessoas para com os demais e, para além disso e, de certa forma, até mesmo um dever das pessoas consigo mesmas (SARLET, 2012, p. 136).

2.3.1.3 Princípio da universalidade da cobertura e do atendimento

Para Deonise Mrozinski Irgang:

A universalidade da cobertura e do atendimento objetiva atender as necessidades sociais que se apresentam a partir das contingências de cada beneficiário do sistema previdenciário. É necessário que este beneficiário, ao precisar, tenha onde se socorrer cobrindo suas necessidades mais urgentes seja na saúde ou na sua subsistência ao passar por dificuldades (IRGANG, 2016).

Os transgêneros pertencem a um grupo social que está em desvantagem do restante dos indivíduos no nosso ordenamento jurídico. A realidade social dessa classe é delicada e precisa de meios para assegurar os seus direitos. Ainda sob a óptica de Irgang, se for tentado ao cidadão cisgênero colocar-se no lugar de um transexual, perceber-se-á a crise de identidade física, assim como a crise de identidade psicológica, as quais podem desenvolver no indivíduo trans dificuldades de inclusão social, no mercado de trabalho, de desenvolvimento pessoal.

O Poder Legislativo, através da omissão de norma específica para os transexuais, assume uma postura completamente falha, indo totalmente contra esse princípio tão importante para a seguridade social. Por isso, o respaldo jurídico para a ação da inclusão social é imprescindível, permitindo aos cidadãos plenitude e aceitação pessoal. Vale ressaltar que a própria Constituição Federal de 1988 proíbe a discriminação e o preconceito conforme pode se vislumbrar nos artigos 3º, inciso IV, artigo 5º caput e o artigo 7º inciso XXX.

3 ANÁLISE DE DIFERENTES APRECIÇÕES FRENTE À AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA QUE PRECEITUE SOBRE APOSENTADORIA DE TRANSEXUAIS

3.1 Aposentadoria concedida conforme a identificação de gênero

Segundo Wagner Balera (2015) “a legislação previdenciária brasileira deveria garantir a transexuais o direito de acesso a benefícios com a identidade assumida após a mudança de gênero, mas é omissa e não cumpre o seu dever”.

Baseado nesse entendimento é possível afirmar que há negligência do Estado frente à necessidade de garantia do acesso ao benefício previdenciário em sua plenitude, levando as pessoas transexuais a optarem por dois caminhos torturantes.

O primeiro deles, visando garantir a sua subsistência, se faz necessário negar a sua identidade gênero e requerer o benefício utilizando-se do seu sexo biológico, com o enquadramento em conformidade aos requisitos legais.

O segundo requisito diz respeito a requerer o benefício junto a previdência respeitando a sua identidade de gênero, onde possivelmente terá o seu pedido negado, levando-as à busca da tutela jurisdicional para a obtenção do seu direito.

3.1.1 Da multiplicidade de critérios

Os possíveis critérios para que haja a concessão dos benefícios de aposentadorias seriam: adoção dos requisitos do gênero de origem; adoção dos requisitos do gênero no momento do preenchimento dos requisitos para a aposentadoria, ou adotar uma conversão de tempo de contribuição e idade como homem e como mulher.

Na primeira hipótese, Horvath Júnior, Araújo e Barreto (2018) defendem que seria levado em consideração no momento da concessão da aposentadoria o sexo originário – ou biológico – que corresponde aquele ao qual o indivíduo nasceu. Nesta situação o homem e a mulher transgêneros devem preencher os requisitos descritos para o seu gênero de nascimento.

Na segunda hipótese, os mesmos autores defendem quando da alteração do gênero e/ou do sexo, considerar-se-ia o gênero aderido. Isto porque a mudança realizada seria o crucial requisito para o requerimento do benefício. Ou seja, o homem que faz a transgenitalização ou apenas modifica o gênero nos documentos civis poderia requerer a aposentadoria de acordo com o princípio aplicado no direito previdenciário *tempus regit actum*.

Isso se deve ao fato de que o que terá importância na situação apresentada é o gênero correspondente no momento da implementação dos requisitos básicos para cada aposentadoria.

A terceira hipótese é defendida com o intuito de utilizar fatores de conversão, situação análoga à aposentadoria especial, em que o segurado que fez a mudança de sexo e/ou de gênero deveria ser submetido aos cálculos para o aumento do período contributivo (em caso de mulher ter se tornado homem) ou a diminuição deste (para as pessoas do gênero masculino que trocaram para o feminino). A conversão levaria em

consideração o período trabalhado como homem, o período trabalhado como mulher, a serem analisados na data do requerimento do benefício, bem como a respectiva idade⁹.

3.2 Aspectos hodiernos frente à aposentadoria de transexuais

Vale ressaltar que são muito poucos os precedentes na jurisprudência ou ocorrência de conhecimento público referente ao tema discutido, não havendo hoje certeza sobre o entendimento e interpretação da grande maioria tribunais caso situações como as que foram citadas acontecessem no caso concreto.

Apesar das mudanças recentes ocorridas já citadas anteriormente, em especial ao recurso julgado pelo STJ, visando à adequação da realidade tanto econômica quanto social, não se visualiza qualquer alteração ou previsão na lei previdenciária em relação à concessão da aposentadoria para transexuais em consonância a sua identidade de gênero, permanecendo uma grande lacuna e silêncio da lei nesse sentido, deixando a população à margem dos dispositivos normativos.

Reforçando o estigma excludente do público transexual frente ao acesso a cidadania e a justiça social, mesmo havendo o reconhecimento judicial pelo Estado quanto a sua identidade de gênero, fica em aberto como prosseguirá a situação, não sabendo o que será feito para que esse enquadramento entre o ser e o sentir ser sejam ambos considerados.

Não há qualquer dispositivo, determinação legal que garanta pela lei previdenciária a concessão do benefício ao transexual com o gênero que agora é o adequado a sua identidade, sem que haja a necessidade de judicialização do caso.

De acordo com o que é visualizado diariamente no âmbito da Previdência Social, a solicitação que for feita por via administrativa, de acordo com os critérios taxativos e biológicos do direito previdenciário, tal requerimento seria facilmente negado.

Ressalta-se ainda, que embora o indivíduo deva buscar a tutela jurisdicional para a concessão da aposentadoria, não existe a certeza de que haverá o deferimento do benefício.

Isto posto, o tema é matéria nova, polêmica e contraditória em alguns aspectos. Ademais, não possui base jurídica para análise ou fixação de entendimento, devido a falta de precedente no Judiciário, não havendo previsão do tempo que será necessário para análise dos casos específicos, sendo evidente o prejuízo nesse aspecto.

De acordo com a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais – ABGLT e ao Sistema Eletrônico de Informação do Cidadão – e-SIC do Governo Federal, até o presente momento não há qualquer informação de transexuais que recebem benefício da previdência após a adequação de gênero, tendo-se apenas notícias de transexuais em recebimento da LOAS, segundo informações da ABGLT, porém essa concessão se dá através do gênero biológico e não de identidade dessas pessoas, bem como não se trata de benefício da previdência, mas da assistência social.

De acordo com o aumento da procura do judiciário para a retificação civil do sexo e do nome, igualmente, tais situações, surgirão, exigindo dos operadores do direito a necessidade de obter uma solução justa e eficiente aos casos. No que diz respeito aos transexuais, a falta de respaldo legislativo e a possível negação de benefício certamente

⁹ Uma análise detalhada e com os percentuais devidos foi feita por Machado (2019).

trará consequências psicológicas, como transtornos, se não impedimentos, quando forem se aposentar, pois sua situação peculiar implica, pontualmente, na questão do gênero sexual, e por consequência, na contagem de prazo para que o benefício seja concedido.

Agora a batalha existente será com a autarquia federal previdenciária quando do direito ao reconhecimento da aposentadoria por idade e por tempo de contribuição para os transgêneros, porque o gênero feminino tem o direito de aposentar-se 3 (três) anos mais cedo que as pessoas do gênero masculino.

Há quem defenda que muitas pessoas do sexo masculino poderiam realizar a alteração do gênero apenas para ter o direito aos benefícios acima descritos, com antecedência de três anos, prejudicando, dessa forma, o erário público.

Apesar de essa opção ser possível, o direito de quem realiza as mudanças por necessidade física ou psicológica não pode ser prejudicado por minorias fraudulentas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca pela identidade é um direito da personalidade e propicia ao transexual o equilíbrio entre seu corpo e sua mente, tanto no que diz respeito ao direito ao próprio corpo, ao direito à saúde (arts. 6º e 196 da Constituição Federal), e, principalmente, ao direito à identidade sexual, a qual integra um aspecto totalmente relevante da identidade pessoal.

Nota-se que não há motivos que justifique a omissão do Estado, por meio do poder legislativo, em editar normas que regulamentem sobre a aposentadoria dos transexuais. Estes não podem ser vítimas de discriminação no ordenamento jurídico brasileiro.

São muitas as mudanças essenciais na normatização de forma a atender as necessidades dos diferentes grupos sociais. A precariedade de normas gera abalo na confiança dos segurados e favorece a informalidade e o desincentivo a contribuição previdenciária dos transexuais, causando um considerável impacto na Previdência.

A negatização dos direitos de homens e mulheres transexuais, através da relativização do seu alcance baseado exclusivamente na constituição interna e externa dos seus órgãos sexuais em detrimento da sua identidade de gênero, cria uma barreira e demonstra omissão do Estado numa sociedade democrática, que busca a igualdade entre todas as pessoas.

É incontestável que os transexuais, como todo cidadão, fazem jus ao direito de se aposentar de acordo com o sexo adequado. Não há razão em contribuir de acordo com o sexo biológico se este não corresponde à sua identidade sexual psicológica. Tal hipótese versaria uma flagrante violação da dignidade da pessoa humana, um desrespeito ao sujeito detentor de direitos.

Diante da assunção de nova identidade de gênero, há a necessidade premente da lei previdenciária se adequar as novas situações e mudanças ocorridas ao longo do tempo, visto que o direito se trata de ciência subjetiva, promovendo alterações necessárias para alcançar os direitos das minorias, trazendo-as de volta ao exercício da sua cidadania, resgatando-as da marginalidade da lei, para plena efetivação dos seus direitos fundamentais.

Como a concessão da aposentadoria ao transexual pelo seu sexo desejado, somente pode-se dar, desde que haja, de fato, comprovação de sua condição, sugere-

se comunicar a referida mudança de status junto aos órgãos públicos, com a expedição de ofício logo após a sentença que julgar procedente o pedido de retificação do registro civil, a fim de que seja alterado o cadastro daquele cidadão.

Assim, as constantes atualizações legislativas devem estar intimamente ligadas com os anseios sociais, fazendo-se necessária a regulamentação quanto à retificação do registro civil do transexual de forma apropriada, de forma a garantir que o seu tratamento perante toda a sociedade se dará conforme o sexo por si identificado.

Enquanto o Legislativo não regulamentar a respeito da aposentadoria dos transexuais restará ao Poder Judiciário o ativismo, para que aqueles tenham acesso aos direitos garantidos pela Constituição, de forma isonômica.

Abordar esse tema evidenciando o silêncio do Estado frente às necessidades dessa minoria social mostra a importância de ampliar a discussão e cuidar cada vez mais da aplicabilidade e da inovação da nossa legislação.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. **Previdência é omissa com transexuais**. Uol, 2018. Disponível em: <http://noticias.band.uol.com.br/economia/noticia/100000757140/previdencia-e-omissa-com-transexuais-diz-especialista.html>. Acesso em: 24 jan. 2018.

BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BENEVIDES, Bruna (Org.). **Assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021**. Brasília: Distrito Drag, ANTRA, 2022. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>. Acesso em: 07 set. 2022.

BERNARDO, Marcia. **Discurso flexível, trabalho duro**: o contraste entre a vivência de trabalhadores e o discurso de gestão empresarial. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 2.803/2013**. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2013. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html. Acesso em: 24 de jan. 2018.

BRASIL. **Ministério do Planejamento**. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/etical>. Acesso em: 07 fev. 2018.

BRASIL. **Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <http://www.who.int/eportuguese/onlinelibraries/pt/>. Acesso em: 07 fev. 2018.

BRASIL. **Sistema Único de Saúde (SUS) – CID 10 / OMS**. Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm>. Acesso em: em 24 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3.772 Distrito Federal. Recorrente:** Procuradoria Geral da República. Recorrido: Presidente da República. Relator: Relator Ministro Carlos Britto, 29 de outubro de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605033>. Acesso em: 01 de set. 2022.

CONSELHO Federal de Medicina (CFM) – **Resolução do CFM n. 1.955/2010**. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm. Acesso em: 14 jan. 2018.

HORVATH JÚNIOR, Miguel; ARAÚJO, Gustavo Beirão; BARRETO, Mariana Dias. O direito a aposentadoria para transgêneros e transexuais. **Revista Juris Plenum**, v. 4, n. 21.

IRGANG, Deonise Mrozinski. **A aposentadoria por idade e por tempo de contribuição:** uma análise da aplicação dos requisitos exigidos frente à mudança de gênero. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação em Direito) - Departamento de Estudos Jurídicos, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Três Passos, 2016. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3659/TCC%20Deonise.pdf?sequence=1>. Acesso em: 4 fev. 2018

FLUMINHAN, Vinicius Pacheco. Transexualidade e aposentadoria no regime geral da previdência. **Juris Plenum Previdenciária: Plenum**, v. 4, n. 13, 2016.

GOMES, Eva Bento. **Analisar a ausência de normas previdenciárias para tutelar a aposentadoria por idade dos transexuais, segurados do regime geral de previdência.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,analisar-a-ausencia-de-normas-previdenciarias-para-tutelar-a-aposentadoria-por-idade-dos-transexuais-segurados,589146.html>. Acesso em: 18 jan. 2018.

LANZ, Letícia. **O corpo da roupa:** a pessoa transgênero e a conformidade com as normas de gênero. Dissertação (Mestrado Em Sociologia) – Departamento De Ciências Sociais, Universidade Federal Do Paraná, Curitiba, 2014.

MACHADO, Fernando. **Aposentadoria da pessoa transexual:** Aposentadoria por tempo de contribuição e por idade nos casos de mudança de sexo. Curitiba: Juruá, 2019.

MARTINEZ, Luciano. O trabalho das pessoas transgênero e as suas peculiaridades. **Revista dos Tribunais Online**, v. 220, nov/dez, 2021, p. 417-434

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional:** 30. ed. São Paulo: Ethos. 2014.

PIMENTEL, Sílvia (coord.). **Direito, discriminação de gênero e igualdade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PINHO, Leda de Oliveira. **Princípio da Igualdade investigação na perspectiva de gênero**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed., Rev. e Ampl. Editora Atlas, 2009.

SÁ, Jose Lima de. **Especialização versus Interdisciplinaridade**: uma proposta alternativa. Serviço Social e interdisciplinaridade: 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 9. ed. ver atual 2. Tir. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2012, p.136.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. ARNAUT. Danilo. Benefícios previdenciários para pessoas transgêneras. *In*: PANCOTTI, Helena Heloisa (org.). Os direitos da população LGBTI+/. São Paulo: Todas as Musas, 2019

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de Souza. Igualdade de gêneros e transgêneros no direito previdenciário na reforma da previdência. *In*: PANCOTTI, Helena Heloisa. **Os direitos da população LGBTI+**. São Paulo: Todas as Musas, 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 1626739-RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170510-03.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2018.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

VENTURA, Miriam. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, 2010.

Recebido em: 10 jan. 2023 Aceito em: 01 fev. 2023