

A (IN) EFICÁCIA DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DOS TRANSEXUAIS

THE (IN) EFFICIENCY OF PROVISIONAL LEGISLATION AGAINST THE HUMAN PERSON'S DIGNITY PRINCIPLE

Camila Moreira Marques¹
Caroline Gassen Batistela²
Simara dos Santos Virue³

Resumo

O presente trabalho busca analisar a Lei Previdenciária diante de uma classe social bastante fragilizada da sociedade, os transexuais, a fim de verificar se a legislação dispõe dos meios necessários para tutelar os direitos da aposentadoria deste grupo. No decorrer do trabalho será abordado uma sequência de temas que introduzem a análise principal da pesquisa. Primeiramente será proposta uma discussão à respeito do direito dos transexuais quando a mudança do sexo em seus documentos, sem a exigibilidade de cirurgia de transgenitalização, trazendo sempre à tona os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Elenca-se também os procedimentos administrativos bem como o rol de documentos necessários para a mudança do sexo e do nome junto ao registro civil. Na segunda parte do estudo o foco recai sobre a previdência social no Brasil fazendo um breve histórico da previdência brasileira e ressaltando as características da aposentadoria por tempo de contribuição. Por fim o último capítulo do presente artigo busca analisar a eficácia ou não da lei previdenciária diante dos transexuais, se está se mostra suficiente e garante a esta classe uma aposentaria justa e amparada nos princípios e direitos fundamentais. Desta maneira procura-se destacar que o poder legislativo não deve medir esforços para acompanhar as mudanças sociais, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de modo desigual.

Palavras-Chave: Previdência. Transexuais. Igualdade. Dignidade.

Abstract

The present work seeks to analyze the Social Welfare Law before a very weakened social class of society, the transsexuals, in order to verify if the legislation has the necessary means to protect the retirement rights of this group. In the course of the work will be addressed a sequence of themes that introduce the main analysis of the research. First, a discussion will be proposed regarding the rights of transsexuals when the change of sex in their documents, without the enforceability of transgenitalization surgery, always bringing up the principles of equality and

¹ Advogada inscrita na OAB/RS94.844. Especializando em Direito de Família e Sucessões na Escola Superior do Ministério Público.. camilamarques-ADV@live.com

² Advogada inscrita na OAB/RS102.718. Especializando em Direito de Família e Sucessões na Escola Superior do Ministério Público. carolinebatistela@gmail.com

³ Advogada inscrita OAB/RS 116.314. simarav@hotmail.com

dignity of the human person. It also lists the administrative procedures as well as the list of documents necessary for the change of sex and name with the civil registry. In the second part of the study, the focus is on social security in Brazil, making a brief history of Brazilian social security and emphasizing the characteristics of retirement by contribution time. Finally, the last chapter of this article seeks to analyze the effectiveness or not of the social security law in the face of transsexuals, if it is sufficient and guarantees to this class a fair retirement based on the principles and fundamental rights. In this way, we try to emphasize that the legislative power should not measure efforts to accompany the social changes, treating the equals equally and the unequal in an unequal way.

Key Words: Welfare. Transsexuals. Equality. Dignity.

Introdução

Com a sociedade cada vez mais dinâmica e sofrendo diversas alterações se faz necessário que os legisladores acompanhem tais mutações a fim de preservar os interesses coletivos e individuais da sociedade, fazendo-o de maneira justa e igualitária. Atualmente a legislação previdenciária do Brasil está beirando mais uma mudança e questiona-se se esta alteração irá trazer mudanças significativas a ponto de garantir as normas e o direito à aposentadoria aos transexuais.

A ausência de uma norma clara e sem lacunas que positive os direitos deste grupo social é medida urgente e relevante no contexto social atual. Trata-se de direitos humanos, garantias constitucionais, e princípios basilares da Constituição Federal que não possuem aplicabilidade justa e coerente no caso a ser estudado.

Desarte o presente estudo tem como fundamento o debate de um tema atual e polêmico visto que visa analisar a lei de modo a verificar se esta oferece a tutela necessária ao segurado que optou pela alteração de gênero após alguns anos de contribuição. Diante dessa análise busca-se uma análise mais criteriosa quanto aos direitos dos transexuais. No entanto o tema gera os mais diversos questionamentos, como se é necessário a realização de cirurgias pra ser considerado mulher ou homem, se o uso de hormônios interfere nesta decisão, ou ainda se a inobservância dos princípios e direitos fundamentais adentra o tema.

Para a elaboração do estudo usou-se o método dedutivo partindo de uma análise geral de bibliografias, leis e artigos científicos para então dar um viés particular ao tema, demonstrando que a legislação previdenciária brasileira é totalmente ineficaz ao tratar do direito

aos assegurados homossexuais.

1 Do direito da mudança do sexo nos documentos

1.1 A possibilidade de retificação do prenome no registro civil consubstanciado na principiologia constitucional

1.1.1 O sobreprincípio da dignidade humana e o direito da busca pela felicidade

Como se denota, o transexual se identifica com o gênero diferente da sua anatomia. Maria Berenice Dias (2014, p. 43, p. 269), define:

A transexualidade é uma divergência entre o estado psicológico de gênero e as características físicas e morfológicas perfeitas que associam o indivíduo ao gênero oposto. Caracteriza-se por um forte conflito entre o corpo e a identidade de gênero e compreende um arraigado desejo de adequar –hormonal e cirurgicamente – o corpo ao gênero almejado. Existe uma ruptura entre o corpo e a mente, o transexual sente-se como se tivesse nascido no corpo errado, como se esse corpo fosse um castigo ou mesmo uma patologia congênita. O transexual se considera pertencente ao sexo oposto, entalhado com o aparelho sexual errado, o qual quer ardentemente erradicar. Enquanto o homossexual aceita seu sexo biológico, o transexual rejeita seu próprio sexo anatômico. O transexual masculino tem ego corporal e psíquico femininos. Com o transexual feminino, ocorre o contrário.

[...]

Já travestis são pessoas que, independente da orientação sexual, aceitam o seu sexo biológico, mas se vestem, assumem e se identificam como do gênero oposto. Não sentem repulsa por sua genitália, como ocorre com os transexuais. Por isso não perseguem a redesignação cirúrgica dos órgãos sexuais, até porque encontram gratificação sexual com o seu sexo.

Nesse passo, o direito à busca da felicidade como norma constitucional implícita, núcleo que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) inerente, quanto a luta de uma pessoa que não se reconhece psicologicamente no seu corpo, ter o seu nome alterado no Registro Civil “só” com o pressuposto da sua manifestação de vontade. Como corolário dessa realidade, ensina o Ministro Luiz Fux (FUX, 2019) no Recurso Extraordinário nº 898.60, SP:

Transportando-se a racionalidade para o Direito de Família, o direito à busca da felicidade funciona como um escudo do ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. É o direito que deve se curvar às vontades e necessidades das pessoas, não o contrário, assim como um alfaiate, ao deparar-se com uma vestimenta em tamanho inadequado, faz ajustes na roupa, e não no cliente.

[..]

Tanto a dignidade humana, quanto o devido processo legal, e assim também o direito à busca da felicidade, encartam um mandamento comum: o de que indivíduos são senhores dos seus próprios destinos, condutas e modos de vida, sendo vedado a quem quer que seja, incluindo-se legisladores e governantes, pretender submetê-los aos seus próprios projetos em nome de coletivos, tradições ou projetos de qualquer sorte.

Nessa linha de desenvolvimento, o Superior Tribunal de Justiça analisou o tema e verifica-se uma evolução jurisprudencial quanto aos direitos dos transexuais respaldando no princípio da dignidade humana, como resta demonstrado na ementa do julgamento do Recurso Especial nº 1.008.398, da Relatora Ministra Nancy Andrigh (ANDRIGH, 20019).

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. - A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.- A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. - Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. - Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.

Arrima-se, para tanto, no ensinamento do constitucionalista argentino Carlos Santiago Nino (NINO, 1989), na obra *Ética e Direitos Humanos acerca do princípio da autonomia da*

pessoa:

Sendo valiosa a livre eleição individual de planos de vida e da adoção de ideais de excelência humana, o Estado (e demais indivíduos) não deve interferir nessa eleição ou adoção, limitando-se a desenhar instituições que facilitem a persecução individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada um sustenta e impedindo a interferência mútua no curso de tal persecução.

Em se tratando de direito de retificação de nome e gênero no registro civil, elencado pela busca da felicidade, dignidade humana, direito de personalidade, direito ao nome, não existe qualquer ilegalidade em identifica-se com o gênero oposto da sua anatomia. Portanto, o Estado deve manter uma postura ativa e cumprir seu papel: proteger o cidadão, o transexual.

1.1.2 Direito ao nome e ao reconhecimento da personalidade jurídica

A importância ao direito do nome e nomes fictícios, se concretiza quando se tem ratificado no Pacto de São José da Costa Rica (CONVENÇÃO, 1969, grifo nosso) como ocorre em seu artigo 18, “Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esses direitos, **mediante nomes fictícios, se for necessário**”.

A identidade de gênero é intrínseca ao direito de personalidade assim como a própria manifestação da sexualidade, nesse sentido elucida Maria Berenice Dias (DIAS, 2000):

Indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual. (...). Trata-se, assim, de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, sendo, como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. (...). Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração. Esta compreende os direitos decorrentes da natureza humana, mas não tomados individualmente, porém genericamente, a fim de realizar toda a humanidade, integralmente, abrangendo todos só aspectos necessários à preservação da dignidade humana.

Imperioso ressaltar, nessa esteira, em seu artigo 3º o Pacto São José da Costa Rica (CONVENÇÃO, 1969) reconhece o direito da personalidade jurídica “Toda pessoa tem direito

ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275 (AURÉLIO, 2018), em que se discutiu a alteração do prenome no Registro Civil, ressalta-se o voto Ministro Gilmar Mendes acerca de personalidade que, assim prescreveu:

A Constituição em seu art. 5º, caput, estabelece a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ao passo que em seus incisos se podem ver assegurados a: i) igualdade entre homens e mulheres (inciso I), bem como ii) a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X). Como já consignei, tais dispositivos não podem ser lidos de forma distanciada da cláusula de tutela geral da personalidade fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, mote da repersonalização do Direito Privado. Isso porque "os direitos de personalidade não têm por fundamento o dado abstrato da personalidade jurídica, mas, sim, a personalidade como dado inerente ao sujeito concreto" (FACHIN; PIANOVSKIRUZYK, 2011, p. 314).

De acordo com essa realidade, o 3º princípio da Yogyakarta⁴ estabelece o direito ao reconhecimento da personalidade, impondo ao Estado deveres e resguardando o ser humano de opressões:

Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

É de suma importância tais discussões, mas só ocorrem numa sociedade minimamente respeitável com a diversidade.

⁴ Os Princípios de Yogyakarta tratam de um amplo espectro de normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios afirmam a obrigação primária dos Estados de implementarem os direitos humanos. (...) Os Princípios de Yogyakarta afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados. Os Princípios prometem um futuro diferente, onde todas as pessoas, nascidas livres e iguais em dignidade e prerrogativas, possam usufruir de seus direitos, que são natos e preciosos. Foi ratificado pelo Brasil.

1.1.3 Inexigibilidade da cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patogizantes

A Corte Europeia de Direitos Humanos em 06.04.2017 no julgamento do caso AFFAIRE A.P., GARÇON ET NICOT c. FRANCE sentenciou que exigir o procedimento cirúrgico de esterilização de pessoas transexuais como condição para o reconhecimento de identidade de gênero nos registros públicos eram contrárias à Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Traduz-se por uma importante mudança de padrão ocidental, no tocante a profundidade e extensão do **princípio da igualdade**.

Fica explicitada por Taylor Flynn (2006, p. 36-37) a humilhação que passa um transexual e o impacto na vida das pessoas que não se reconhecem com o corpo que nasceram e a possibilidade de retificar o nome no Registro Civil com o pressuposto da manifestação da vontade:

Uma mulher transexual, por exemplo, que é legalmente declarada um homem, pode não conseguir alterar seus documentos de identificação (como registro de nascimento carteira de motorista, ou passaporte) para que eles reflitam o sexo com o qual ela se identifica, um resultado que a expõe à discriminação potencial, perseguição e violência em inúmeras transações que compõem a nossa vida cotidiana. O que deveria ser uma simples tarefa de comprar um item com cartão de crédito (onde identificação pode ser requerida) pode tornar-se um pesadelo: uma pessoa transexual corre o risco de ser humilhada, de que alguém se negue a servi-la, de que espectadores da cena façam-lhe mal – agora conscientes de sua variação de gênero por causa da reação do balconista da loja – e que podem segui-la fora da loja. Seu casamento pode ser invalidado, uma multa de trânsito ou férias no exterior podem colocá-la em risco. Ela pode ter um empréstimo negado, ter um serviço negado no banco, ou alcançar o emprego dos seus sonhos somente para ser demitida tão logo quanto ela apresente documentos de identificação no seu primeiro dia.

O problema transcende um conflito jurídico, simplesmente não é humano exigir que uma pessoa arrisque a sua saúde, há um fato de irreversibilidade, esterilidade, aspectos emocionais, neurais, físicos, familiares, interpessoais, há um âmago interno que deve ser respeitado! Deve-se manter a dignidade e não se faz sentido algum exigir cirurgia de redesignação de sexo forçada para se obter alteração do nome e gênero no Registro Civil, por mero desconforto alheio.

1.2 Procedimento administrativo e documentos necessários

Na Suprema Corte, sob a Presidência da Ministra Carmem Lúcia, em 1º de março de 2018, foi julgado procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.275 e dado Interpretação Conforme a Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica ao artigo 58 da Lei 6.015/73.

De modo que, passa a ser RECONHECIDO, que todos os transexuais, em querendo, **independente de cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.**

Os pressupostos para a autorização no registro civil, do prenome e gênero, não estão condicionados a submissão do procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, mas tão somente ao fato transexual, do ser, a manifestação de vontade.

Todavia, a resolução nº 73 de 28 de junho de 2018 do CNJ (BRASIL, 2018) chama a atenção pelo nível de exigência de documentos para a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transexual Registro Civil das Pessoas Naturais. Pois, o mesmo não se exige, por exemplo, quando tem que registrar um filho ou o óbito de um parente:

Art. 4º O procedimento será realizado com base na autonomia da pessoa requerente, que deverá declarar, perante o registrador do RCPN, a vontade de proceder à adequação da identidade mediante a averbação do prenome, do gênero ou de ambos
§ 6º A pessoa requerente deverá apresentar ao ofício do RCPN, no ato do requerimento, os seguintes documentos:

- I - certidão de nascimento atualizada;
- II - certidão de casamento atualizada, se for o caso
- III – cópia do registro geral de identidade (RG);
- IV – cópia da identificação civil nacional (ICN), se for o caso; V – cópia do passaporte brasileiro, se for o caso;
- VI – cópia do cadastro de pessoa física (CPF) no Ministério da Fazenda; VII – cópia do título de eleitor;
- IX – cópia de carteira de identidade social, se for o caso; X – comprovante de endereço;
- XI – certidão do distribuidor cível do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);
- XII – certidão do distribuidor criminal do local de residência dos últimos cinco anos

(estadual/federal);

XIII – certidão de execução criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);

XIV – certidão dos tabelionatos de protestos do local de residência dos últimos cinco anos;

XV – certidão da Justiça Eleitoral do local de residência dos últimos cinco anos;

XVI – certidão da Justiça do Trabalho do local de residência dos últimos cinco anos

XVII – certidão da Justiça Militar, se for o caso.

Resta evidente, um tratamento discriminatório e um retrocesso perante a decisão do Supremo Tribunal Federal, que não impôs tais óbices.

2 A previdencia social no Brasil: o ontem e o hoje

2.1 Breve histórico da Previdência Social brasileira

A Seguridade no Brasil (KERTZMAN, 2012, p. 48) iniciou-se com a organização privada e aos poucos o Estado foi implantando políticas intervencionistas, onde primeiramente no ano de 1553 com a Santa Casa de Santos, que prestava serviços assistenciais, 1835 Montepio Geral, primeira entidade de previdência privada, em 1891 a Constituição estabeleceu aposentadoria por invalidez para os servidores públicos, em 1919 o seguro obrigatório de acidente de trabalho até chegar no marco da previdência brasileira em 1923 com a “Lei Eloy Chaves”.

A Previdência Social compreende um dos pilares da Seguridade Social e foi em 14 de janeiro de 1923 que nasce o Decreto Legislativo nº 4.682, conhecido como “Lei Elói Chaves”, marco legislativo da Previdência Social no Brasil (OLIVEIRA; FLEURY, 1986, p. 19), onde foram criadas caixas de aposentadorias e pensões para os trabalhadores das ferrovias e os empregados contribuía para ter o benefício.

Nesse sentido, teve outros fatos anteriores ao decreto legislativo, mas foi a “Lei Elói Chaves” que se consagrou como marco da previdência brasileira.

O Decreto-Legislativo nº. 4.682, de 14 de janeiro de 1923, mais conhecido como "Lei Elói Chaves", é dado como um marco para o desenvolvimento da Previdência Social brasileira. Com efeito, tal norma determinava a criação das caixas de aposentadorias

e pensões para os ferroviários, a ser instituída de empresa a empresa. Tal posicionamento, sobre a colocação da "Lei Elói Chaves" como marco legislativo para a criação da previdência social brasileira não é imune a críticas: Tivemos o mutualismo como forma organizatória e como precedente precioso da Previdência Oficial. Sob tal prisma, os festejos oficiais que situam na Lei Elói Chaves (1923) o nascimento da Previdência brasileira têm caráter ideológico que deve ser desvendado: buscam transformar as conquistas sociais, logradas com lutas e a partir das bases, em benesses estatais. (SILVA, 2019).

De lá pra cá, ocorreram outros fatos históricos, mas nos dias atuais segundo SILVA a Previdência social é um seguro que se faz durante todo o período de trabalho de um indivíduo, por meio de contribuições a um sistema para que, quando não se esteja mais trabalhando, seja possível usufruir o benefício da aposentadoria e, com sua morte, possa garantir a sobrevivência daqueles que dependiam de sua renda para sobreviverem por meio da pensão. Seu objetivo é assegurar a manutenção da renda do indivíduo quando da perda, temporária ou definitiva, de sua capacidade de trabalhar em decorrência de riscos a que todos nós estamos sujeitos, como doença, invalidez, idade avançada, encargos familiares, prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Hoje a Previdência Social brasileira está organizada sob a forma de regime geral, contributivo e de filiação obrigatória, (SANTOS, 2019) adota para o cálculo de aposentadorias o sistema binário, isto é, trata de forma diferenciada homens e mulheres. E, mesmo com o advento de uma possível reforma, o sistema permanecerá com distinções de tempo de serviço e idade para requerer o direito.

2.2 Aposentadoria por tempo de contribuição

Entre os benefícios da Previdência Social, os quais geram lacunas quando tratamos dos transexuais está a aposentadorias por tempo de contribuição.

Segundo o próprio site do Instituto Nacional do Seguro Social, a aposentadoria por tempo de contribuição é devido ao cidadão que comprovar o tempo total de 35 anos de contribuição, se homem, ou 30 anos de contribuição, se mulher. Sendo que essas idades serão reduzidas em cinco anos para o professor que comprove, exclusivamente, tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental ou no ensino

médio, fazendo jus à aposentadoria após 30, anos se homem, ou 25 anos se mulher.

Analisando os requisitos acima, percebe-se que a aposentadoria por tempo de contribuição não exige idade mínima, e segundo Lopes e Coitinho (2013, p. 47), exige do contribuinte formas diferentes de contribuição decorrentes do sexo.

O que pode confirmar com a Lei 8.213/1991 que exhibe a forma de contribuição para adquirir a aposentadoria por meio de contribuição, vejamos:

Art. 53. A aposentadoria por tempo de serviço, observado o disposto na Seção III deste Capítulo, especialmente no art. 33, consistirá numa renda mensal de:

I - para a mulher: 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 25 (vinte e cinco) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço;

II - para o homem: 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço.

Assim, interpretando o artigo a cima, só terá o direito a receber cem por cento do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição o homem e mulher que estiverem completadas as idades exigidas para cada sexo.

Nesse sentido gerando imensas lacunas legislativas quando se trata de transexuais e aparentemente sem nenhuma mudança referente ao assunto na Nova Previdência.

3 (In)suficiência da lei previdenciária em relação aos transexuais

A sociedade atual está em permanente mudança, a cada segundo fatos novos mudam os costumes basilares da convivência, diante disso se faz preciso uma evolução legislativa rápida e eficaz que acompanhe tais modificações. Ocorre que o Brasil possui leis omissas e por vezes lacunosas o que prejudica a consolidação dos direitos humanos, em outras palavras, se pode afirmar que as leis não acompanham as alterações sociais.

Alteração de grande destaque são os direitos conquistados pelos transexuais no Brasil, dos quais destaca-se a mudança de nome e de gênero nos documentos, que dispensa a cirurgia de adequação sexual. Não diferente de outros cidadãos os transexuais possuem também o direito

de se aposentarem e empregar-lhes os benefícios apenas de acordo com o sexo biológico caracteriza a violação ao princípio da dignidade humana, constitucionalmente garantido, visto que ignora a identidade sexual psicológica do indivíduo.

Neste sentido, após a realização da mudança de gênero (nome) devidamente registrado, essas mudanças devem ser espelhadas no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Como já analisado a Previdência social prevê um sistema binário, ou seja, a aposentadoria é calculada de forma diversa entre homens e mulheres. Deste modo surge o impasse quanto aos transgêneros já que a lei não prevê qual o procedimento quanto as aposentadorias dos transexuais. Cumpre dizer que o Direito Previdenciário ainda não se manifestou sobre os transexuais, nem ao que se refere sobre quais medidas devem ser adotadas nesse caso.

Para Vinícius Pacheco Fluminhan (2016) o direito previdenciário distingue as regras para a aposentadoria de homens e mulheres a partir de dois critérios, o primeiro baseado na diferença da capacidade física dos sexos e o segundo é quanto a maternidade. É a partir desta divisão que se torna possível interpretar e aplicar a legislação para os transexuais.

Ainda afirma Vinícius Fluminhan (2016) que o uso de hormônios para a alteração das características como voz, pelos, corpo do transexual implica alterações na capacidade física, ou seja, o homem que ingere estrogênio tem sua força física drasticamente reduzida e a mulher que ingere testosterona ganha força física.

Ao interpretar o posicionamento do autor, pode-se concluir que mesmo não havendo intervenções cirúrgicas e tratamento hormonal, será aplicado as leis previdenciárias sem qualquer distinção.

Porém deve haver uma preocupação previdenciária para que além de garantir o direito à aposentadoria, sejam preservados os direitos fundamentais de cada um. No momento que um transexual altera seu sexo diante da sociedade, e passa a ser tratado como mulher, por exemplo, e assim considerada é vista e tratada sendo do sexo feminino tendo os direitos inerentes a esse gênero, deverá também assim ser considerada diante do direito previdenciário.

É notório que o legislador se atentou para regulamentar os direitos previdenciários de classes periféricas como, por exemplo, a aposentadoria por idade dos trabalhadores rurais e para

as empregadas domésticas. No entanto não há dispositivo na legislação previdenciária vigente no Brasil, que regulamenta a aposentadoria por idade para os transexuais. (GOMES, 2017).

É natural que essa lei não regule sobre direitos previdenciários dos transexuais, haja vista que foi editada em 1991 e nessa época ainda não havia expressivos casos de transexuais para o Estado oferecer tutela jurídica. Porém, 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 e a orientação sexual de forma a disponibilizar pelo SUS o processo transexualizador, bem como há entendimento consolidado do STJ autorizando a alteração do prenome civil para os transexuais. (GOMES, 2017).

Porém é de extrema importância que o legislativo além de se preocupar com esse grupo social a fim de legislar seus direitos, conheça a realidade social destas pessoas, a crise de identidade física e psicológica que vivem, que pode acarretar uma série de percalços, desde a dificuldade da inclusão social até a depressão seguida do suicídio.

Há, no entanto, e deve ser mencionado, uma preocupação a ser levada em consideração quando este tema vem a tona, as possíveis fraudes que o sistema previdenciário pode enfrentar. Já que existe o risco de pessoas visarem somente o benefício financeiro mesmo que tenham que alterar seu registro civil.

Em algumas situações específicas, o INSS solicita documentos que comprovem determinada condição para que o benefício seja concedido, como por exemplo, insalubridade que o trabalhador é submetida, para configuração de trabalho rural, entre outros e, diante desse contexto, a aposentadoria do transexual pelo seu sexo pretendido, enquanto não há lei específica sobre o caso, deverá ser efetivada após apresentação dos documentos que provem essa condição (LIMA, 2017).

Para Rodrigo Cruz (2014) “o que desejam os transexuais, e o que lhes é devido, é que lhe sejam outorgados a aposentadoria com a idade e o tempo de contribuição correspondente ao sexo adequado, para que os mesmos possam usufruir deste direito adquirido, por ser uma questão de dignidade”.

A Lei Maior que rege todas as relações jurídicas não foi editada pensando unicamente

nos heterossexuais, mas para todos os habitam esta nação, inclusive os transexuais. Deste modo o estado tem a responsabilidade de honrar com o principio da isonomia, tratando so desiguais de forma desigual.

Diante disso se deve destacar o entendimento de Rui Barbosa (1999):

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou as desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

A atualização legislativa é de medida de extrema necessidade, visto que as leis previdenciárias desamparam os transexuais, ao se apresentarem insuficientes e omissas para a realidade deles, que devem pleitear seus direitos junto ao poder judiciário, ficando a mercê dos mais diversos entendimentos que apresentam os magistrados

O estudo e elaboração de referida lei é o pilar necessário, principalmente para o desenvolvimento de uma sociedade justa e igualitária, que preserva os princípios fundamentais, primordialmente o da dignidade humana.

Conclusão

Fato é as conquistas adquiridas e os direitos resguardados dos transexuais, mas fato é as lacunas previdenciárias que ainda enfrentam, sem ter um posicionamento formado pela Autarquia do INSS sendo do judiciário o dever de sanar quando necessários possíveis litígios referentes ao assunto.

Não resta dúvida do respeito e a dignidade do direito à diversidade dos transexuais, e que tal assunto não leve ao retrocesso uma classe de gênero que luta diariamente por garantias de seus direito e dignidade da pessoa humana na nossa sociedade.

Resta claro que no Brasil a legislação previdenciária não garante as reais necessidades dos segurados transexuais, que em virtude a mudança de gênero e de nome não encontra amparo na lei, por esta apresentar-se de maneira omissa e lacunosa. Se na tramitação que ocorre quanto

a reforma da previdência nenhuma atitude for tomada frente esse tema o estado estará sendo omissos e desrespeitosos quando à identidade do gênero de outrem, além de estar ferindo os direitos humanos e o direito de liberdade sexual.

Não há que se falar em padrão social, os transexuais são detentores de direito e acima de tudo detentores da dignidade humana estabelecida na Constituição Federal. Portanto se a omissão do legislativo persistir, referido poder estará rotulando-se como preconceituoso e discriminatório diante dessa classe de pessoas, além de estar ferindo a própria Constituição.

Não resta questionamentos quanto a ineficácia da lei previdenciária, suas lacunas e seu texto ineficiente no que se refere aos transexuais é preciso uma redação justa, pontual e taxativa sobre o tema. Esse é o dever do estado, legislar e regulamentar o direito sem qualquer tipo de discriminação.

Referências

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça n. 73 de 28 de junho de 2018**. Averbção da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 junho. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3503>. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Íntegra das emendas constitucionais: textos originais dos artigos alterados (Adendo especial):novas notas remissivas: índice sistemático, cronológico e alfabético-remissivo: súmulas vinculantes. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.008.398**. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Nancy Andrighi, 18 de novembro de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recursoespecialresp-1008398-sp-2007-0273360-5/inteiro-teor-11878380?ref=juris-tabs>. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 898.60**. Tribunal de Justiça

do Estado de Santa Catarina, SC. Relator: Min. Luiz Fux, 17 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=RE&numero=898060&origem=AP> Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, DF. Relator: Min. Marco Aurélio, 1^a de março de 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADI&numero=4275&origem=AP> Acesso em: 30 jun. 2019.

CRUZ, Rodrigo Chandorrá da. **A concessão de Aposentadoria ao Transexual equivalente ao sexo adequado**. Curitiba: CRV, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Liberdade Sexual e os Direitos Humanos. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, Franca – SP, v. 3, n. 5. nov. 2000.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKIRUZYK, Carlos Eduardo. Princípio da Dignidade Humana (no Direito Civil). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FLUMINHAN, Vinicius Pacheco. Transexualidade e aposentadoria no regime geral da previdência. **Juris Plenum Previdenciária**, Caxias do Sul, v. 4, n. 13, p. 178-187, fev. 2016.

FLYNN, Taylor. The ties that (don't) bind: transgender family law and the unmaking of families. In: CURRAH, Paisley; JUANG, Richard M.; MINTER, Shannon Price (Org.). **Transgender rights**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006. p. 36-37.

GOMES, Eva Bento. **Analisar a ausência de normas previdenciárias para tutelar a aposentadoria por idade dos transexuais, segurados do regime geral de previdência**. 2017. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50170/analisar-a-ausencia-de-normas-previdenciarias-para-tutelar-a-aposentadoria-por-idade-dos-transexuais-segurados-do-regime-geral-de-previdencia> Acesso em: 10 ago. 2019.

INSS. **Instituto Nacional do Seguro Social – Benefícios**. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios>. Acesso em: 03 ago 2019.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

- LIMA, Melina. **Aposentadoria dos Transexuais: aplica-se as regras para homem ou mulher?** 2017. Disponível em: <https://melina92.jusbrasil.com.br/artigos/494635798/aposentadoria-dos-transexuais-aplica-se-as-regras-para-homem-ou-mulher>. Acesso em: 09 ago. 2019.
- LOPES, Francisco Ribeiro; COITINHO, Viviane Dotto. **Faces do Direito Previdenciário: aposentadoria por tempo de contribuição para o transexual.** 1. ed. Santa Maria: [s. n.], 2013.
- NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundametación.** 1. ed. Barcelona: Ariel, 1989.
- OLIVEIRA, Jaime A. de Araújo; FLEURY, Sonia. **Previdência Social: 60 anos de história da Previdência no Brasil.** Petrópolis: Vozes, 1986.
- SANTOS, Brena. **Os sujeitos transexuais e o sistema binário para o cálculo de aposentadoria no Brasil.** maio, 2019. Disponível em: <https://www.tagjuridica.com/2019/05/07/os-sujeitos-trans-e-o-sistema-binario-para-o-calculo-da-aposentadoria-no-brasil> Acesso em: 03 ago. 2019.
- SILVA, Arthur Laércio Homci da Costa. **A evolução histórica da previdência social no Brasil.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30344-31376-1-PB.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2019.