

O TRANSEXUAL E AS GARANTIAS PREVIDENCIÁRIAS RELATIVAS À APOSENTADORIA

HANSEN, Gabriela Alves*

RESUMO

Objetiva realizar a discussão e o estudo acerca das relações previdenciárias – em especial à concessão da aposentadoria – para o transexual. Para tanto, parte-se da premissa de que a escolha do gênero é uma opção pessoal e a previdência, como órgão que calcado em sua essência os fundamentos do Direito Constitucional deverá, certamente, adequar-se à temática em voga.

Palavras chave: ausência de legislação, concessão de direitos e princípios da dignidade.

THE TRANSEXUAL AND PENSION GUARANTEES REGARDING RETIREMENT ABSTRACT

Aims to carry out the discussion and study of the social security relations - in particular the granting of retirement - for transsexuals. Therefore, it is normally premise that the choice of genre is a personal choice and security, as a body trodden in its essence the basics of constitutional law should certainly fit the theme in vogue.

Keywords: absence of legislation, granting rights and principles of dignity.

INTRODUÇÃO

Ensina a Constituição Federal que homens e mulheres são iguais perante a lei, conforme comprova o dispositivo:

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição¹.

^{*} Acadêmica do curso de direito do curso de Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz - FAG. E-mail: gabriela.direito2014@yahoo.com.br - Acadêmica vinculada ao Grupo de Estudos sobre Globalização e Crise do Estado (GECE), liderado pelos professores da FAG - Dom Bosco Lucas Paulo Orlando de Oliveira e Ms. Gustavo dos Santos Prado.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 08/06/2016.

O princípio da igualdade, garantido pela Constituição Federal estabelece que homens e mulheres são detentores de direitos iguais. Quando se trata de gênero, não há conteúdo o qual delimite que apenas as nascidas mulheres serão consideradas como tal, de modo que o contrário também é verdadeiro. Logo, entende-se que aquela cujo gênero de nascença não é o feminino, mas no decorrer da vida ela sente-se, identifica-se e opta por ser mulher terá direito às garantias constitucionais destinadas ao gênero feminino, de modo que, por vezes, as nascidas mulheres igualmente podem adotar comportamento e identidade masculina durante a vida e gozarão dos direitos assegurados ao público masculino.

A ascensão do movimento transexual no Brasil é deveras considerável. Prova disso é fato da cirurgia de mudança de gênero estar inclusa, de forma gratuita, no SUS. Há outras conquistas da classe que também merecem destaque, uma delas é a possibilidade de usar o nome social em órgãos públicos antes da mudança da identidade civil. Logo, compreende-se que se trata de uma classe priori vista como diferente e, atualmente, ruma para conseguir a igualdade, embora haja, ainda, uma longa caminhada.

O TRANSEXUAL E AS GARANTIAS PREVIDENCIÁRIAS RELATIVAS À APOSENTADORIA

As relações previdenciárias têm seus alicerces no Direito Constitucional, que por sua vez, evoluiu a ponto de garantir, de fato, proteção social ao brasileiro.

Inaugura-se um novo período, no qual o modelo da seguridade social passa a estruturar a organização e o formato da proteção social brasileira, em busca da universalização da cidadania. (CUNHA, 2009)

O direito a usufruir dos benefícios previdenciários é assegurado constitucionalmente, conforme ensina o artigo 194 da Constituição Federal:

194. A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a Seguridade Social, com base nos seguintes objetivos:

- I Universalidade da cobertura e do atendimento;
- II Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III Seletividade e Distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV Irredutibilidade do valor dos benefícios; Valor nominal STF
- V Equidade na forma de participação no custeio;
- VI Diversidade da base de financiamento;
- VII Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão Quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.



Com base nas prerrogativas constitucionais, juntamente com tratados de direitos humanos, é válido afirmar que a igualdade é um dos diretos assegurados pela Constituição Federal de 1988. Logo, compreende-se a necessidade de se estabelecer regras para a aposentadoria do transexual.

Adentrar tal assunto requer, previamente, uma análise acerca do surgimento do movimento no Brasil. Este originou-se no final da década de 70 e era predominantemente formado por homens homossexuais. O primeiro encontro da classe que se tem notícia ocorreu no ano de 1979, no Rio de Janeiro cuja pauta baseava-se na reivindicação de respeito à opção sexual e solicitava-se que a homossexualidade fosse retirada da lista de doenças. A segunda reivindicação foi atendida anos depois, em 1990, conforme afirma Paulo Carrano em texto enviado ao site Portal em Diálogo.

Em 17 de maio de 1990, a Organização Mundial da Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da lista de doenças mentais do Código Internacional de Doenças. A decisão também eliminou o uso do sufixo 'ismo', desvinculando a orientação sexual da ideia de enfermidade. A data é tão memorável que passou a marcar o Dia Internacional de Combate à Homofobia.²

Entende-se por identidade de gênero a maneira como um cidadão se sente e o modo como se apresenta para a sociedade. Embora o assunto ainda seja alvo de polêmica, informações desencontradas e em especial manifestação de preconceito, é muito válido frisar que a categoria vem conquistando, mesmo que paulatinamente, direitos. É possível citar, a título de exemplo, Luma Andrade, que há pouco defendeu a tese de doutorado em educação e é a primeira transexual do Brasil a obter o título, conforme notícia veiculada no site UOL, redigida por Gabriel Carvalho³.

Embora as Lumas sejam raras, tal feita se trona uma grande conquista para a classe, pois é sabido que por conta do preconceito, resta aos travestis e transexuais – em especial ao travesti – a informalidade, ou melhor: a prostituição. Estima-se que 90% das travestis e transexuais têm como fonte de renda a prostituição. Alguns casos isolados, leia-se a já citada Luma Andrade e outras poucas transexuais que se colocaram no mercado de trabalho abrem espaço para a discussão do tempo necessário de labor/contribuição para a aposentadoria do transexual.

A necessidade de abordar a temática relativa à aposentadoria do transexual carece ser vista como prioridade pelo Estado. Deve-se ponderar que o assunto ainda é novo na esfera jurídica, por isso a ausência de legislação se faz problemática. A imagem do travesti e do transexual sempre esteve aliada à prostituição. Os setores sociais mais conservadores inadmitiam a presença da categoria. Infelizmente, à classe restava viver às margens do convívio coletivo e quando se chega na

-

² Disponível em: http://www.emdialogo.uff.br/. Acesso em 08/06/2016.

³ Disponível em: http://www.emdialogo.uff.br/content/ha-23-anos-homossexualidade-deixava-de-ser-considerada-pela-oms-uma-doenca-mental. Acesso em 08/06/2016.

velhice, são diversos os problemas, os quais ainda têm um agravante: a ausência da aposentadoria, a qual visa garantir segurança e dignidade ao cidadão na idade senil. Tal tese aparece genialmente fundamentada da obra "Manual de direito previdenciário", conforme citação:

Para a consecução das políticas sociais estabelecidas pelo modelo do Estado Contemporâneo, nota-se como característica marcante o intervencionismo estatal, a partir do reconhecimento de que o Estado "tem importante papel a desempenhar não só o que diz respeito a garantir a segurança material para todos e a buscar outros objetivos sociais, mas também como promotor do desenvolvimento econômico. (CASTRO; LAZZARI, 2015, sp.)

A concessão da aposentadoria previdenciária é dividida em modalidades. No entanto, para o estudo em voga convém a análise das seguintes: aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade e aposentadoria por tempo de contribuição. A aposentadoria por invalidez é concedida quando o segurado é acometido por uma patologia que não mais o permita realizar suas funções, como um acidente ou uma doença grave, por exemplo. A aposentadoria por idade é assegurada aos homens com 65 anos e mulheres com 60 anos. Em tal modalidade enquadram-se aqueles que contribuíram por no mínimo 180 meses com a previdência social. Por fim, tem-se a aposentadoria por tempo de contribuição, a qual pré-requisita tempo de contribuição, conforme o próprio nome já sugere e o diferencial de tempo para homens e mulheres. No que diz respeito à aposentadoria do transexual, a discussão concentra-se nas modalidades idade e tempo de contribuição, conforme legislação previdenciária disponível no site da previdência social.

Quanto à aposentadoria por invalidez, salienta-se que novamente que o segurado da previdência pode gozá-la em qualquer tempo se comprovada a incapacidade permanente para o trabalho e a impossibilidade de reabilitação profissional para o exercício de outra função.

Compreende-se, assim, que a liberdade na escolha de gênero induz a necessidade de legislação exclusiva para a concessão de aposentadoria ao transexual. Por se tratar de um novo ramo do direito previdenciário, as dúvidas acerca da matéria são inúmeras e pertinentes. Uma delas é quanto à concessão da aposentadoria para o transexual masculino, uma vez que não existe procedimento cirúrgico capaz de prover alterações físicas no sujeito que biologicamente nasce mulher mas considera-se homem. A fim de embasar tal tese, é cabível a citação de um julgado o qual confere direito ao nome social para o sujeito que assumiu outro gênero que não o seu, porém não foi submetido à cirurgia:

MBD N° 70013909874 2005/CÍVEL 1



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO NOME E AVERBAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO.

O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, atua como uma qualidade inerente, e qualquer ser humano, relacionando-se indissociável, de todo intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome.

Por maioria, proveram em parte. APELAÇÃO CÍVEL SÉTIMA CÂMARA CÍVEL Nº 70013909874 COMARCA DE PORTO ALEGRE A.A.M. APELANTE A JUSTICA APELADA

A partir do aresto, entende-se, por analogia, a necessidade da garantia do direito ao nome social para o sujeito não submetido à cirurgia. Ora, se a ele cabe a prerrogativa do uso do nome social (e posteriormente a alteração civil), o exemplo é basilar para a tese de que deve a previdência conferir àquele que biologicamente é mulher, mas assumiu a identidade masculina a aposentadoria a partir do gênero por ele adotado. Em suma, o tempo de trabalho, bem com de contribuição certamente será maior.

A concessão de aposentadoria nas modalidades *por tempo de contribuição* e *por idade* devem ser revistas pela previdência quando o segurado for transexual. A priori, é preciso reconhecer a identidade pela qual o segurado optou e isolar o gênero do nascimento, sem esquecer do elemento segurança jurídica. A fim de garantir o exercício dos direitos humanos, é necessário garantir o direito à escolha do gênero e dar subsídios para que o sujeito possa, por intermédio cirúrgico, viver em plenitude consigo e usufruir das garantias a ele destinadas.

O sujeito que se submeteu ao procedimento cirúrgico obrigatoriamente deve recorrer à justiça para solicitar a mudança de sua nova qualificação civil por diversas questões, entre elas a segurança jurídica. Logo, aquele cidadão passa a ter não somente identidade feminina, mas também os direitos civis inerentes ao gênero. Assim, compreendemos suficientes os respaldos jurídicos para atribuir qualquer efeito legal que caiba ao sexo feminino.

Porém, há dúvidas quanto à concessão do benefício ao travesti, haja vista a insegurança jurídica pela condição do sujeito que se assume mulher, mas biologicamente é um homem. Como alicerce para desconstruir tal tese, recorre-se novamente ao entendimento dos tribunais:

Cabe transcrever, para o presente caso, os argumentos exarados pela Desembargadora Maria Berenice Dias no acórdão n.º 70013909874, onde trata do conceito de sexo, trazendo que este não pode ser identificado apenas pelo aspecto anatômico. Vejamos:

"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 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 (DIAS, 2006, p. 120)

Ainda com base na jurisprudência, cabe citar:

A autonomia da vontade é a faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências. Isso significa basicamente o reconhecimento de um direito individual de fazer tudo aquilo que se tem vontade, desde que não prejudique os interesses de outras pessoas. Para ser mais claro: cada um deve ser senhor de si, agindo como um ser responsável por suas próprias escolhas, especialmente por aquelas que não interferem na liberdade alheia. (LIMA, 2008, s.p.)

Em nome dos princípios constitucionais, é possível entender que ao travesti compete à aposentadoria com base nas prerrogativas garantidas à mulher se houver comprovação de que num período considerável de sua vida, o sujeito viveu e portou-se como tal; no entanto, optou por não se mutilar (uma vez que este também é um direito de qualquer cidadão).

Mesmo parecendo óbvio o direito à aposentadoria do transexual, há opiniões contrárias e o assunto assemelha-se à condição da mulher rural anteriormente à Constituição cidadã de 1988, quando a concessão da aposentadoria por idade rural era um direito reservado apenas ao homem, pois entendia a legislação vigente que o arrimo de família era o cônjuge varão. Os princípios da Constituição reconheceram a importância do labor feminino e entenderam que no meio rural não há como uma mulher ser apenas "do lar". Ela exerce, junto a seu parceiro, as atividades na lavoura que lhe cabem e por isso foi reconhecido a elas a aposentadoria por idade rural, como mostra, novamente, o entendimento dos tribunais:





Acórdão Classe: APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Processo: 2005.04.01.007503-1 UF: PR Data da Decisão: 23/06/2009 Orgão Julgador: QUINTA TURMA Inteiro Teor: Citação: Fonte D.E. 06/07/2009 Relator JOÃO BATISTA LAZZARI Revisor JOSÉ FRANCISCO ANDREOTTI SPIZZIRRI Decisão Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, não conhecer da remessa oficial, deferir a antecipação dos efeitos da tutela e negar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Ementa PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. REQUISITOS. ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. TEMPO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 8.213. RESIDÊNCIA NA CIDADE. EMPREGADOR RURAL II-B. ITR. ASSALARIADOS. QUALIFICAÇÃO COMO DOMÉSTICA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. 1. O tempo de serviço rural pode ser comprovado mediante a produção de prova material suficiente, ainda que inicial, complementada por prova testemunhal idônea. 2. Desimporta o fato de a legislação previdenciária anterior a 1991 admitir a contagem de tempo de servico rural, para fins de aposentadoria, apenas para o chefe ou arrimo de família. Uma vez que a Lei nº 8.213/91 prevê a possibilidade de reconhecimento de atividade rural, anteriormente à sua vigência, para qualquer trabalhador, é pelas suas regras que se deve dar o reconhecimento da atividade agrícola da autora. 4

Sabe-se que o direito é uma entidade viva e está em frequente mudança e adaptação. Resta, desta feita, compreender a necessidade de adequação às matérias que surgem no decorrer do desenvolvimento social. A Constituição que assegurou direitos às classes menos favorecidas é a mesma que deve compreender a condição do transexual e garantir os direitos do respectivo gênero por ele optado, pois o já citado artigo 5º preceitua o direito de todos à dignidade, além de salientar que todos são iguais perante a lei.

O comportamento social mediante situações novas é sempre caracterizado pela resistência. Cita-se, a título de exemplo, o divórcio. Os primeiros casos de divórcio eram vistos por parte da sociedade como uma afronta à moral e aos bons costumes, uma vez que envolvia não apenas a questão civil, mas também um forte apelo religioso, tal qual acontece com a identidade de gênero. Na esfera atual, casos de divórcios são cada vez mais comuns e praticamente não há resistência social acerca deles. O mesmo deve ocorrer com o transexual e com o tempo, entender que o gênero é determinado pelo sujeito no decorrer da vida passará a ser tido como normal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo havendo resistência por parte dos setores sociais cujo conservadorismo serve de tabula rasa para a expressão de preconceito, não pode o Estado fechar os olhos para o transexual. Conforme afirmado, à categoria coube (realidade ainda recorrente) viver às margens da sociedade por muitos anos. Logo, sobravam apenas profissões relacionadas à informalidade, como a

⁴ Grifo nosso

prostituição, por exemplo. No entanto, o reconhecimento da homossexualidade como uma condição normal do ser humano e não mais como uma doença foi um grande passo conquistado pelo movimento. Após, a colocação no mercado formal de trabalho de alguns – embora poucos – transexuais serve de porta de entrada para que a categoria ascenda socialmente de modo a conquistar e usufruir de seus direitos; a aposentadoria com base n identidade de gênero adotada no decorrer da existência é um deles.

REFERÊNCIAS

BERWANGNER, Jane Lucia Wilhelm; FOLMANN, Melissa. Revista Brasileira de Direito Previdenciário. Curitiba: Juruá, 2015.

BRASIL, S/N. Aposentadoria por idade. Disponível em: http://www.mtps.gov.br/servicos-do-ministerio/servicos-da-previdencia/aposentadorias/por-idade Acesso em 04 jun 2016.

BRASIL. **Constituição de 1988, artigo 5º**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 03 mai. 2016>

BRASIL. Aposentadoria por tempo de contribuição. **Ministério do Trabalho e Previdência Social**. Disponível em: http://www.mtps.gov.br/servicos-do-ministerio/servicos-da-previdencia/aposentadorias/por-tempo-de-contribuicao Acesso em 04 jun. 2016.

CARAZZAÍ, Estelita Hass. . Diretora transexual de colégio público diz ter de "matar um leão por segundo". **Folha de São Paulo**. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/05/1278202-diretora-transexual-de-colegio-publico-diz-ter-de-matar-um-leao-por-segundo.shtml> Acesso em 21 mai. 2016.

CARRANO, Paulo. Há 23 anos a homossexualidade deixava de ser considerada pela OMS uma doença mental!. **Revista em Diálogo**. Disponível em: http://www.emdialogo.uff.br/content/ha-23-anos-homossexualidade-deixava-de-ser-considerada-pela-oms-uma-doenca-mental. Acesso em 06/06/2016.

CARVALHO, Gabriel. Cearense é a primeira travesti a apresentar uma tese de doutorado no Brasil. **Uol educação**. Disponível em: < http://educacao.uol.com.br/noticias/2012/05/08/cearense-e-a-primeira-travesti-a-apresentar-uma-tese-de-doutorado-no-brasil.htm Acesso em 05 mai. 2016.



CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 17. Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

CUNHA, Tania Maria Rocha Cassiano. Inclusão do trabalhador rural na previdência social. **Instituto de Estudos Previdenciários**. Disponível em: http://www.ieprev.com.br/conteudo/id/12430/t/inclusao-do-trabalhador-rural-na-previdencia-social> Acesso em 31 mai. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual – Preconceito & a Justiça**. 3ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Direito homoafetivo. Consolidando conquistas. Disponível em: < http://www.direitohomoafetivo.com.br/pesquisa.php> Acesso em 08 jun. 2016.

FACCHINI, Regina. Histórico da luta de LGBT no Brasil. **Conselho Regional de Psicologia de São Paulo** Disponível em: http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos tematicos/11/frames/fr historico.aspx> Acesso em 09 mai. 2016.

FOLMANN, Melissa e SOARES, João Marcelino. Revisões de benefícios previdenciários. 2. Edição. Curitiba: Juruá, 2015.

LAPA, Nadia. O preconceito contra transexuais no mercado de trabalho. **Revista Carta Capital**. Disponível em: http://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-pra-que/o-preconceito-contra-transexuais-no-mercado-de-trabalho-2970.html Acesso em 16 mai. 2016.

LIMA, George Marmelstein. Existe um direito fundamental de dispor sobre o próprio corpo? Disponível em: https://direitosfundamentais.net/2008/11/03/existe-um-direito-fundamental-de-dispor-sobre-o-proprio-corpo/ Acesso em: 31 mai, 2016.

Portal Dourados Agora. **SUS realizou 57 cirurgias de troca de sexo em dois anos**. Disponível em: http://www.douradosagora.com.br/noticias/ciencia-e-saude/sus-realizou-57-cirurgias-de-troca-de-sexo-em-dois-anos> Acesso em 05 mai. 2016.

RIBEIRO, Leandro de Moura. A igualdade jurídica de homens e mulheres: Constituição e ações afirmativas. **Revista** Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n link=revista artigos leitura&artigo id=9390> Acesso em 10 mai. 2016.

RODRIGUES, Gustavo. . Nome Civil X Nome Social. **Revista Jusbrasil**.Disponível em: http://gustavorodriguesgr18.jusbrasil.com.br/artigos/111988247/nome-civil-x-nome-social Acesso em 01 jun. 2016.

SALES, Dimitri. Direito de travestis e transexuais. **Portal IG.** Disponível em: http://dimitri-sales.ig.com.br/index.php/2014/01/30/direitos-de-travestis-e-transexuais Acesso em 27 mai. 2016.

Vivendo a adolescência. . **O que é identidade de gênero?** . Disponível em: <<u>http://www.adolescencia.org.br/site-pt-br/identidade-de-genero</u>> Acesso em 05 mai. 2016.