

A (IN) SUFICIÊNCIA LEGISLATIVA PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA PARA PESSOAS TRANSEXUAIS

LEGISLATIVE (IN) SUFFICIENCY FOR RETIREMENT BY TRANSEXUAL PEOPLE

LA (IN) SUFICIENCIA PARA OTORGAR BENEFICIOS DE JUBILACIÓN A PERSONAS TRANSEXUALES

Victor Gabriel Salazar de Sousa*

Helton Carlos Praia de Lima**

* Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, Manaus (AM), Brasil.

** Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor de Direito na Graduação e Pós-Graduação do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Advogado, Brasil.

Autor correspondente:

Victor Gabriel Salazar de Souza
E-mail: victorsaalazar@gmail.com

SUMÁRIO: *Introdução. 2 Transexualidade; 2.1 Contexto Social; 2.2 Relevância da transexualidade na jurisprudência. 3. Estrutura legislativa quanto à Previdência Social e a aplicação da aposentadoria por idade; 3.1 Previdência Social; 3.2 Aposentadorias; 3.2.1 Aposentadoria por idade; 3.2.2 Aposentadoria da pessoa com deficiência. 4 Aposentadoria dos Transexuais; 4.1 Teoria formalista; 4.2 Teoria materialista; 4.3 Teoria constitucionalista. 5 Considerações Finais. Referências.*

RESUMO: O objetivo desta pesquisa foi o de conhecer a sistemática legislativa e jurisprudencial quanto aos requisitos aplicados aos indivíduos transexuais diante da diferenciação usada para o gênero feminino e masculino na concessão de aposentadoria por idade, conforme a Emenda Constitucional 103/2019, nova reforma da previdência social brasileira. A metodologia aplicada foi a do método hipotético-dedutivo; quanto aos meios a pesquisa foi a bibliográfica com exame na lei, decisões administrativas, jurisprudência e doutrina especializada inerentes ao tema; quanto aos fins a pesquisa foi qualitativa. Conclui-se que é necessário dar atenção ao problema apresentando, pois o sistema previdenciário se mantém insuficiente para retirar o estigma da omissão legislativa para que pessoas transexuais tenham direitos garantidos, sem preconceito, maior visibilidade e representatividade nas questões sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Contribuições Sociais; Direito Previdenciário; Transexualidade.

ABSTRACT: Current research analyzes the legislation and jurisprudential system with regard to requirements applied to transsexual people due to the differentiation in female and male genders for the concession of retirement, following the Constitution Amendment 103/2019, within the Brazilian retirement law reform. Research was undertaken through hypothetical and deductive methodology and bibliographic research on the law, administrative decisions, jurisprudence and specialized doctrine on the theme. Results show the need to give greater attention to the theme since the previdenciary system is insufficient to take off the stigma of law omissions so that transsexual people could have their rights guaranteed, without bias, with greater visibility and representativity in social issues.

KEY WORDS: Social contributions; Previdenciary rights; Transsexuality.

RESUMEN: El objetivo de esta investigación fue comprender el sistema legislativo y jurisprudencial con respecto a los requisitos aplicados a las personas transexuales en vista de la diferenciación utilizada para mujeres y hombres en la concesión de la jubilación por edad, de acuerdo con la Enmienda Constitucional 103/2019, nueva reforma de la seguridad social brasileña. La metodología aplicada en esta investigación fue el método hipotético-deductivo; En cuanto a los medios, la investigación fue la bibliografía con examen de la ley, decisiones administrativas, jurisprudencia y doctrina especializada inherente al tema; en cuanto a los fines, la investigación fue cualitativa. La conclusión es que es necesario prestar atención al problema presentando, ya que el sistema de seguridad social sigue siendo insuficiente para eliminar el estigma de la omisión legislativa para que las personas transexuales tengan derechos garantizados, sin perjuicio, una mayor visibilidad y representatividad en los problemas sociales.

PALABRAS-CLAVE: Contribuciones Sociales; Ley de Seguridad Social; Transexualidad.

INTRODUÇÃO

Em 2019, foi promulgada a Emenda Constitucional 103/2019 que modificou substancialmente o sistema de Previdência Social brasileiro, estabeleceu regras mais árduas para os benefícios previdenciários e extinguiu outros, como foi o caso da aposentadoria por tempo de contribuição.

A inovação legislativa restou por um aperfeiçoamento do modelo previdenciário em que se objetivou a redução do déficit nas contas do aparelho governamental e reafirmou requisitos diferenciadores entre gênero feminino e masculino para a concessão de aposentadorias, inalterados desde a criação da Constituição Federal brasileira de 1988.

Dessa forma, permanece-se o formato que visa o protecionismo e a prevenção de riscos sociais, de modo que, após sucessivas reformas previdenciárias, perdurou a insuficiência do Direito Previdenciário (e do sistema jurídico em geral) capaz de superar a problemática sobre qual requisito aplicar ao indivíduo transexual que transita de um gênero ao outro.

Além da discriminação social, violência e falta de oportunidade no mercado de trabalho, a baixa expectativa de vida, soma-se aos índices negativos para que a falta de judicialização, capaz de nortear a omissão legislativa, seja inexistente nos dias de hoje, bem como não há interesse parlamentar para o desenvolvimento dessa problemática.

Assim, os objetivos desta pesquisa são: analisar o arcabouço jurídico sobre a finalidade social da legislação previdenciária e verificar a analogia, no tocante à legislação, para assegurar aos transexuais, o direito à aposentadoria.

Essa pesquisa se justifica pela ausência de norma previdenciária que acompanhe o contexto social da comunidade trans capaz de superar as condições subumanas e resultantes de uma limitação de maior participação no sistema contributivo de proteção social.

Desse modo, mediante a escolha do tema, de sua limitação e da justificativa, a problemática que orienta o trabalho é: Diante da ausência de legislação clara e específica, de que forma assegurar aos transexuais o direito à aposentadoria, mantendo-lhes a dignidade como pessoa humana?

A metodologia a ser utilizada nessa pesquisa será a do método hipotético-dedutivo e, quanto aos meios, a pesquisa será bibliográfica, com uso da legislação, doutrina e jurisprudência acerca do tema. Quanto aos fins, a pesquisa será qualitativa, contendo alguns dados quantitativos, para melhor elucidar os fatos.

Primeiramente, far-se-á a conceituação da transexualidade para que se possa compreender de forma dinâmica como o instituto reverbera em contexto social até seus respectivos efeitos e impactos jurídicos.

Após, se discorrerá sobre a estrutura da Previdência Social, onde se permite analisar o modelo desde sua criação até a disposição legislativa que se encontra vigente e a forma que se exige o preenchimento de requisitos constantes no recém alterado art. 201 § 7º, I e II da Constituição Federal brasileira de 1988 e Lei n. 8.213/1991, que trata dos planos de benefícios da previdência social. E, finalmente, abordar-se-á sobre situações hipotéticas, desenvolvidas por teorias doutrinárias capazes de criar um raciocínio lógico e fundamentado sobre possíveis soluções do embaraço legislativo, de modo que o sistema previdenciário e texto constitucional possam ser harmonizados para garantir a inclusão social almejada.

2 TRANSEXUALIDADE

O reconhecido atualmente Movimento LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros) vem ganhando espaço nas políticas públicas pela importância que se tornou o debate social de modo a concretizar o preceito constitucional do tratamento igualitário a todos os cidadãos.

A transexualidade, por sua vez, embora não seja termo novo inserido na sociedade, é, ainda, palavra que permeia diferentes áreas deparada com certa complexidade nas suas respectivas aplicações.

A não identificação com o sexo biológico é capaz de caracterizar uma pessoa transexual e, segundo a perspectiva de Dias:

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 ou cirurgicamente - o corpo ao gênero almejado.¹

Porém, aquele indivíduo que desejasse se manifestar de forma oposta ao sexo com que nasceu, caracterizava o “transexualismo” como transtorno mental, conforme a 10ª Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde (OMS), vigente desde 1990, tendo a condição sido atualizada no catálogo em 2018 que, atualmente, entende pela classificação como “incongruência de gênero”, de modo que a condição não seja mais vista como doença.²

Diante do impacto na área da saúde, os países devem acompanhar o novo quadro, sendo publicada no Brasil a resolução do CFM - Conselho Federal de Medicina nº 2.265/2019 que dispõe sobre características de identificação de transexuais, travestis e outras expressões identitárias:

[...] *omissis*

§ 2º Consideram-se homens transexuais aqueles nascidos com o sexo feminino que se identificam como homem.

§ 3º Consideram-se mulheres transexuais aquelas nascidas com o sexo masculino que se identificam como mulher.³

A identidade de gênero, por sua vez, se refere a como o indivíduo se identifica socialmente, seja no gênero feminino ou gênero masculino, enquanto identidade sexual se refere à atração física, seja por pessoas de sexo diferente (heterossexual) ou pessoas do mesmo sexo (homossexual). Segundo Rocha e Pozzetti:

Para a biologia, o que determina o sexo de um ser humano são seus órgãos reprodutores. Entretanto, isso não define o comportamento masculino ou feminino de alguém. O sexo é um critério biológico, enquanto o gênero é um critério social. O primeiro refere-se às células reprodutivas de alguém, enquanto que o segundo refere-se à forma de expressão social da pessoa.⁴

O que se registra é que o sistema binário fora construído culturalmente no histórico da sociedade, mas o sexo cromossômico não basta por si só para caracterizar o gênero, pois este pode se manifestar de modo como o indivíduo queira se manifestar socialmente, devendo ser normalizado para convivência harmônica, ao contrário do que ocorre em que se há exclusão social do grupo que foge do padrão imposto.

2.1 CONTEXTO SOCIAL

Hodiernamente, pode-se perceber a crescente cultura da prática de debate quanto a assuntos interligados ao grupo LGBT que demonstram avanços significantes, como o reconhecimento de uniões homossexuais, reconhecimento jurídico de redesignação sexual, entre outros conquistados por uma comunidade marcada pela marginalização social.

¹ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e os direitos LGBTI. 6. ed. reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 269.

² Dados extraídos do *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision*. Disponível em: <https://icd.who.int/browse10/2016/en>. Acesso em: 21 out. 2020.

³ CFM. Resolução nº 2.265/2019. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010. Brasília, 2019.

⁴ ROCHA, Nicolle Patrice Pereira; POZZETTI, Valmir César. O Meio Ambiente do Trabalho dos Transgêneros. Anais do SICASA e ANPPAS Amazônia. Anais. Manaus: UFAM/ANPPAS, 2016, p. 3.

O marco histórico de grande repercussão se dá com episódios ocorridos no *Stonewall Inn*⁵ em que a visibilidade mundial ganhou destaque para desencadear discussões de extrema relevância social.

A reverberação da luta da comunidade não poderia ser diferente no Brasil em que a politização do ativismo LGBT ganhou espaço na década de 1970, conforme Simões e Facchini:

Considerando tais características de aglutinar pessoas dispostas a declarar sua homossexualidade em público e que se apresentavam como parte de uma minoria oprimida em busca de alianças políticas para reverter essa situação de preconceito e discriminação, podemos dizer que o movimento político em defesa da homossexualidade no Brasil já completou trinta anos. O marco consagrado nessa historiografia particular é a formação do grupo Somos, em São Paulo, em 1978, na mesma época em que era lançado o *Lampião*, jornal em formato tablóide que se voltava para um enfoque acentuadamente social e político da homossexualidade, assim como de outros temas políticos afins e até então considerados “minoritários”, como o feminismo e o movimento negro.⁶

Várias conquistas foram alcançadas graças à superação de tabus e preconceitos dos líderes políticos que enfrentaram o debate que, inclusive, replicaram ideologias inclusivas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Constituição Cidadã, estabelecidas no seu art. 3º, IV, objetivando “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.⁷

Embora promulgada em 1988, a efetividade de direitos fundamentais de um grupo distanciado socialmente tornou-se um pouco tardia, de maneira que a isonomia entre cidadãos tivesse que encarar positivamente para repudiar alguns comportamentos, como por exemplo a Lei nº 10.948/01, que tenta proteger as pessoas contra qualquer tipo de manifestação discriminatória em razão da sua orientação sexual.⁸

Tratando-se de pessoas transexuais, o processo de inclusão demonstra-se ainda mais vagaroso, possuindo espaços menores na norma jurídica pátria manifestando a realidade desigual, como pode-se citar o decreto nº 8.727/16 quanto ao uso do nome social no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, publicado apenas em 2016.

Tais avanços são significantes para concretizar preceitos constitucionais, porém há certa resistência coletiva quanto à prática desses dispositivos ao passo que simultaneamente são produzidas manifestações contrárias a esses comportamentos. A título de exemplo, pode-se citar a Lei Municipal de Manaus nº 439, declarada inconstitucional em 2019 pelo Tribunal de Justiça do Amazonas, que destacava:

Art. 1º Fica proibida a inserção, na grade curricular das escolas do município de Manaus, a orientação política pedagógica aplicada à implantação e ao desenvolvimento de atividades pedagógicas que visem à reprodução do conceito de ideologia de gênero.

Art. 2º Considera-se, para efeito desta Lei, como ideologia de gênero a ideologia segundo a qual os dois sexos, masculino e feminino, são considerados construções culturais e sociais.⁹

⁵ No dia 28 de junho de 1969, em Manhattan, Nova York, policiais invadiram o Bar *Stonewall*, um conhecido reduto que aceitava a presença do público homossexual. Em resposta e em repúdio ao excesso policial, uma série de manifestações e passeatas foi realizada. A partir disso, foi atribuído ao dia 28 de junho o “Dia do Orgulho Gay” posteriormente transformado em “Dia do Orgulho LGBT” (LIMA, 2019, p. 64).

⁶ SIMÕES, Júlio; FACCHINI, Regina. Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009, p. 13.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília: Palácio do Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

⁸ SÃO PAULO (Estado). Lei nº 10.948, de 05 de novembro de 2001. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10948-05.11.2001.html>. Acesso em: 06 jul. 2020.

⁹ MANAUS. Lei nº 439, de 03 de março de 2017. Proíbe, na grade curricular das escolas do município de Manaus, as atividades pedagógicas que visem a reprodução do conceito de ideologia de gênero. Manaus, 2017.

As condutas corroboram a dificuldade que se dá na receptividade de regras com essa temática no Brasil. De acordo com a ONG Internacional *Transgender Europe*¹⁰ (TGEU), que monitora os assassinatos de Travestis e Transexuais pelo mundo, entre 01/10/2016 e 30/09/2017, foram assassinadas 171 pessoas trans no Brasil, seguidos de 56 mortes no México, 25 no EUA, 10 na Colômbia e 7 na Argentina e El Salvador no mesmo período.

Os índices alarmantes atestam-se pelos dados apresentados pela maior instituição representativa de pessoas trans e travestis, a Associação Nacional de Travestis e Transexuais - ANTRA, através de um *Dossiê dos Assassinatos e da Violência contra Travestis e Transexuais Brasileiras em 2019*, que o Brasil não só teve destaque infame pontual, mas mantém o *ranking* mundial pelos últimos 10 anos.¹¹

A violência marcante traz como consequência uma expectativa de vida dos trans abaixo da média brasileira, em torno de 35 anos de idade, enquanto a média do brasileiro em geral é de 75 anos.¹²

O destaque negativo reproduz não só a ínfima representação política como o baixo índice de judicialização para deslinde de controvérsias da temática. Assim corroboram-se aos dados da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública - ENASP¹³ que informa que nos inquéritos de homicídios no Brasil, entre os concluídos, cerca de 19%, apenas, tornam-se denúncias à Justiça.

O quadro de violência ainda possui inoportuno encontro com a dificuldade de acesso à educação e falta de oportunidade de emprego. Em 2017, a Base Nacional Comum Curricular - BNCC¹⁴, documento normativo elaborado pelo Ministério da Educação (MEC) que objetiva determinar um patamar de aprendizagem a que todos os alunos têm direito, retirou do texto final todas as menções à identidade sexual e identidade de gênero, de modo que legitima o retrocesso não inclusivo e práticas de *bullying* impactantes na vida profissional do grupo transexual.

O fato corrobora-se aos dados do Projeto Além do Arco-Íris/AfroReggae que indicam que 56% da população trans não completaram o ensino fundamental, 72% não possuem o ensino médio e, como índice indigno ao grupo, apenas 0,02% estão na universidade¹⁵. A grave consequência torna inviável o mercado de trabalho, já melindrado pelas altas taxas de desemprego do país, de modo que a marginalização perdure na vida profissional desses indivíduos. A ANTRA indica que

90% da população de Travestis e Transexuais utilizam a prostituição como fonte de renda, e possibilidade de subsistência, devido a baixa escolaridade provocada pelo processo de exclusão escolar, gerando uma maior dificuldade de inserção no mercado formal de trabalho e deficiência na qualificação profissional causada pela exclusão social.¹⁶

Vale ressaltar que as políticas públicas reforçam o local de margem da sociedade de pessoas transexuais, ao passo que a contagem dessa população não encontra-se mapeada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ensejando a Defensoria Pública da União - DPU a ajuizar Ação Civil Pública para inclusão da comunidade na estatística no Censo de 2020.¹⁷

¹⁰ TRANSGENDER EUROPE. Transrespect versus Transphobia World Wide. Trans Murder Monitoring annual report 2016. [s. l.], v. 14, out. 2016. Disponível em: <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf>. Acesso em: 9 mai. 2020.

¹¹ ANTRA. Mapa dos assassinatos de travestis e transexuais no Brasil em 2017. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2020.

¹² ALVES, Isabela. Expectativa de vida de transexuais e travestis no Brasil é de 35 anos. 2018. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-travestis-no-brasil-e-de-35-anos/>. Acesso em: 22 jul. 2020.

¹³ Dados extraídos do Diagnóstico de investigação de homicídios no Brasil. Disponível em: https://www.cntp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf. Acesso em: 22 jul. 2020.

¹⁴ MEC. Base Nacional Curricular Comum. Disponível em: http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/pdf/1_BNCC-Final_Introducao.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020.

¹⁵ BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naidier Bonfim (org.). Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais no Brasil em 2019. Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil (ANTRA). Instituto Brasileiro Trans de Educação (IBTE), 2020, p. 32.

¹⁶ Id, 2020, p. 19.

¹⁷ DPU pede inclusão de transexuais no Censo 2020. Disponível em: <https://dpu.jusbrasil.com.br/noticias/615418800/dpupede-inclusao-de-transexuais-no-censo-2020>. Acesso em: 22 jul. 2020.

Destarte, embora tutelados por uma Constituição Federal que preza pela igualdade entre cidadãos e busca priorizar a cidadania, a visibilidade dessa problemática merece ser ampliada e desconstruir uma cultura engessada com o binarismo de gênero e sexo, a fim de que a tolerância seja harmônica com o Estado Democrático deparada com a realidade que vive a diversidade.

Nesse sentido é o entendimento de Pedra:

Em países periféricos como o Brasil, a existência de uma 'classe de pessoas excluídas e desclassificadas' que, na dimensão do respeito social objetivo compartilhado socialmente, adquirem um 'status sub-humano', comparável ao que se atribui a um animal doméstico. No mesmo sentido, Jesus (2016, p. 546) reforça que a cidadania se baseia em crenças compartilhadas que 'justificam a deslegitimação da humanidade' de alguns grupos que, na medida em que não têm acesso equânime a determinados direitos que são a todos igualmente assegurados, são tratados e reconhecidos como diferentes.¹⁸

O debate reforça a necessidade de menção dessa temática e constrói pensamento lógico social que deve ser contínua para que a desconstrução de antigos julgamentos sejam feitos e o estigma do destaque negativo nacional seja ultrapassado.

2.2 RELEVÂNCIA DA TRANSEXUALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA

Os direitos fundamentais da pessoa humana e de todos os cidadãos brasileiros, incluindo as pessoas trans, estão resguardados na Constituição Federal de 1988:

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

[...] *omissis*

III - a dignidade da pessoa humana;

[...] *omissis*

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

[...] *omissis*

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...] *omissis*¹⁹

Princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e da igualdade são basilares de direitos, pois deles decorrem todos os outros para a construção de um mínimo existencial de cada indivíduo. Como mencionado em subtópico anterior, debates sobre problemas sociais e o ativismo político dão ensejo a certas normas jurídicas para efetivação de mandamentos constitucionais básicos.

Ocorre que essas não são ferramentas únicas para que se atinja tal objetivo, pois da judicialização de controvérsias jurídicas surgem concretizações de direitos e, embora ao juiz não caiba a função de legislar, adequa a lei de acordo com determinada realidade social.

Nesse sentido, é pertinente a colocação de Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder

¹⁸ PEDRA, Caio Benevides. Acesso a cidadania por travestis e transexuais no Brasil: panorama da atuação do Estado no enfrentamento das exclusões. Dissertação. Mestrado em Administração Pública da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, da Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2018, p. 38. Disponível em: <http://tede.fjp.mg.gov.br/handle/tede/381#preview-link0>. Acesso em: 07 abr. 2020.

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Palácio do Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

Executivo [...]. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.²⁰

De tal premissa, motivou a comunidade trans a conquistar o resultado da decisão do Tribunal Superior Eleitoral, em 2018, para que as cotas de candidatos dos partidos políticos fossem de gênero, e não de sexo biológico, de maneira que pessoas trans se candidatassem de acordo com os gêneros que se identificavam.²¹

Ainda; no mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, em julgamento histórico, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, que a mudança de sexo poderia ser realizada no registro civil por transgêneros independentemente de autorização judicial, procedimento hormonal ou cirúrgico, bastando a identidade de gênero por autopercepção. Segundo o voto do Ministro Edson Fachin, depreende-se o que segue:

Sendo, pois, constitutivos da dignidade humana, “o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, incluindo a proteção contra a violência, a tortura e maus tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à vivência, ao acesso a seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação”, como também registrou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por isso, “o Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas”. Tal reconhecimento traz implicações diretas para o caso dos autos. Se o Estado deve assegurar que os indivíduos possam viver com a mesma dignidade, deve também assegurar-lhes o direito ao nome, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, à liberdade e à vida privada.²²

Decisões com esse tipo de repercussão geram consequências e progressos positivos, pois há no Poder Judiciário a esperança da aplicação do direito ao caso concreto, trazendo consigo a justiça social.

A submissão de um litígio a um órgão julgador permite que discussões por leis ineficazes ou omissas se adequem a melhor realidade social e sirvam de norte para aplicação de direitos.

De certa forma, as leis precisam acompanhar a modernidade social que demonstram-se complexas, possuindo inevitáveis conflitos, levando tribunais, segundo Soczek, a se pronunciarem sobre uma variedade

[...] de situações, não raras vezes marcadas pela diversidade de possibilidades de enfoque de um determinado problema social, cuja resolução pela ordem jurídica não é tarefa simples, pois a legislação vigente não alcança a amplitude de relações sociais e suas consequências, ou seja, diversas situações que ainda se encontram à margem da lei. É nesse contexto que, a partir do final do século XX acentuou-se a consciência do ser humano como um ser em contínua situação de risco e, portanto, em condição de vulnerabilidade.²³

Ao mesmo passo, a falta de apreciação de certa demanda, cumulada com a falta de ativismo político e debate social resultam num quadro inerte de evolução, a qual partes prejudicadas pelo sistema legislativo permaneçam na estagnação de desigualdade ao ponto que se deparam com leis omissas.

Nesse sentido, deparando-se com a ausência de direcionamento jurisprudencial e ausência de lei específica, trata-se do objeto de problemática principal desse artigo, qual seja: como aplicar os requisitos de diferenciação de gênero exigidos na aposentadoria por idade e tempo de contribuição para pessoas transexuais? Para que se analise o comportamento do sistema previdenciário e lei vigente quanto a aplicação nesses casos, o assunto será amplamente abordado no tópico que segue.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 03.

²¹ Cotas de candidatos em partidos são de gênero, e não de sexo, define TSE. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-01/cotas-candidatos-sao-genero-nao-sexo-define-tse>. Acesso em: 23 jul. 2020.

²² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4275. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoMMA.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

²³ SOCZEK, Daniel. Vulnerabilidade social e Novos direitos: reflexões e perspectivas. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 1, 2008, p. 19.

3 ESTRUTURA LEGISLATIVA QUANTO À PREVIDÊNCIA SOCIAL E A APLICAÇÃO DE APOSENTADORIAS POR IDADE

Partindo-se do princípio em que para se demonstrar benefícios previdenciários em questão, necessita-se conceituar a gênese constitucional, seus princípios e leis decorrentes, tendo a Seguridade Social como ponto basilar, assim organizada e delineada no art. 194 da Constituição Federal de 1988 que dispõe que: “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”.²⁴

Por interpretação literária, nota-se a Seguridade Social composta por Assistência à Saúde, Assistência Social e Previdência Social, pilares construídos pelo legislador que objetivou o bem-estar social, corroborando o entendimento de Ibrahim:

A Seguridade Social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo partes dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna²⁵.

Em torno dessa sistemática protetional do Estado, é necessário compreender a importância da proteção social, em especial referente à Previdência Social e sua aplicação legislativa de aposentadoria por idade, assim como seus requisitos binários de gênero para gozo do direito.

3.1 PREVIDÊNCIA SOCIAL

A base inicial da Previdência Social se dá com a Lei Eloy Chaves em 1923, que criou Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs) para trabalhadores ferroviários, assegurando-lhes aposentadoria, assistência médica e pensão a seus dependentes em caso de morte do segurado.

Por sucessivos decretos, as Caixas de Aposentadorias e Pensões, como instituição previdenciária de administração de empregados e empregadores, foram se estendendo a outras categorias funcionais assalariadas, passando a serem conhecidas como Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs) por cada classe.²⁶

Somente em 1960, com a criação do Ministério do Trabalho e Previdência Social e a promulgação da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) houve a sistematização das normas vigentes àquela época, originando, ainda, critérios diferenciados para homens e mulheres quanto à aposentadoria. Também, em 1967, as IAPs foram unificadas para que desse lugar ao Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) que posteriormente se reuniu ao Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS), e, em 1990, para dar lugar ao hoje conhecido Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).²⁷

De forma a acompanhar as consecutivas mudanças, a Constituição Cidadã não somente tratou de organizar os institutos sob a tutela da Seguridade Social como ampliou a Previdência Social, estendendo o rol de benefícios e dando destaque positivo a segurados especiais (rurais), assim como pessoas com deficiência e trabalhadores em condições insalubres.

Dessa forma, dispõe o art. 201 da CF/88:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e

²⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Palácio do Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

²⁵ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 04.

²⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 99.

²⁷ Ibid. passim.

atenderá, na forma da lei, a:

- I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada;
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV - salário família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observando o disposto no § 2º.²⁸

Embora a Previdência Social possua três regimes, quais sejam, Regime Geral de Previdência Social (RGPS), Regime de Previdência Complementar de caráter privado e Regimes Próprios de Previdência Social, a análise presente consiste em benefícios provenientes do RGPS e seus obstáculos. Concisamente, acentuam Castro e Lazzari:

O Regime Geral de Previdência Social - RGPS, nos termos da Constituição atual (art. 201), não abriga a totalidade da população economicamente ativa, mas somente aqueles que, mediante contribuição e nos termos da lei, fizerem jus aos benefícios, não sendo abrangidos por outros regimes específicos de seguro social.²⁹

Nesse regime, a Previdência Social brasileira focou-se a ter como objeto da relação protetiva o risco social. Dentre os riscos, a idade avançada se destaca no artigo 201 da CF/88. O núcleo mínimo de proteção permanece até hoje inalterado. As sucessivas reformas previdenciárias buscavam, dentre os diversos contextos histórico-sociais, combinar expansão protetiva com austeridade dos gastos públicos. Contudo, em nenhum momento; houve a preocupação legislativa para incluir transexuais na cobertura protetiva.

Segundo dados do *Pensios at Glance 2015* sobre aposentadorias ao redor do mundo, produzido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Brasil é um dos países que possui maior diferença de idade nas aposentadorias entre homens e mulheres. Dentre 102 países analisados pela rede Pension Watch, constatou-se que 82 exigem a mesma idade para aposentadoria, sem distinção de gênero, de modo que atestasse a tendência internacional de alterar os sistemas previdenciários para diminuir ou eliminar diferenças de gênero.³⁰

No âmbito infraconstitucional, a fim de efetivar as garantias dada aos cidadãos, a Lei Orgânica da Seguridade Social (Lei nº 8.212/91)³¹ e a lei que dispõe acerca dos Planos de Benefícios (Lei nº 8.213/91)³² ratificam o sistema binário de gênero sem expandir a proteção diferenciada a pessoas transexuais. Vale ressaltar, ainda, que a recente Emenda Constitucional 103/2019 não se diferenciou quanto a esse aspecto.

3.2 APOSENTADORIAS

É importante frisar que a Previdência Social engloba mais aposentadorias do que as mencionadas no presente artigo, quais sejam, a aposentadoria por invalidez ou aposentadoria especial, porém estas não impõem requisitos diferenciadores entre os gêneros feminino e masculino, segundo as normas vigentes, de maneira que a análise resta sobre a dúvida de aplicação quando há transição de um gênero para o outro.

²⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Palácio do Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

²⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 106.

³⁰ Como homens e mulheres se aposentam em outros países?. Disponível em: <https://apublica.org/2017/03/truco-como-homens-e-mulheres-se-aposentam-em-outros-paises/>. Acesso em: 23 jul. 2020.

³¹ BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília: Palácio do Planalto, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

³² BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília: Palácio do Planalto, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

3.2.1 Aposentadoria por idade

A aposentadoria por idade é o benefício que visa assistir o indivíduo quanto ao risco da idade avançada. Essa modalidade de amparo previdenciário era apresentada de forma separada (aposentadoria por idade e aposentadoria por tempo de contribuição) e, após a EC 103/2019, é executada de modo único. Para a concessão desse benefício, devem estar presentes os requisitos de caráter etário e carência.³³

O caráter etário é definido pela idade em que se exige 65 anos de idade para homens e 62 anos de idade para mulheres, quando trabalhadores urbanos, e 60 anos de idade para homens e 55 anos de idade para mulher, quando trabalhadores rurais em regime de economia familiar. Dessa forma dispõe o recém alterado art. 201, § 7º, I e II da Constituição Federal:

Art. 201. [...] § 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedidas as seguintes condições:
I - 65 anos de idade, se homem, e 62 anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição;
II - 60 anos de idade, se homem, e 55 anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.³⁴

O período de carência, por sua vez, nos termos da Lei n. 8.213/1991, em seu art. 24 “[...] é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências”.³⁵ Pela nova regra da EC 103/2019, são exigidas 240 contribuições de trabalhadores urbanos homens e 180 contribuições de trabalhadoras urbanas mulheres para o cumprimento do requisito, enquanto do trabalhador rural exige-se a comprovação do exercício de atividade rural por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência, mesmo que de forma descontínua, de acordo com o art. 143 da Lei n. 8.213/1991.

Sinteticamente, afirma-se que o período de contribuição tornou-se critério quantitativo para obtenção do valor do benefício, no qual, ao cumprir a carência mínima, o valor da aposentadoria corresponderá a 60% da média aritmética de 100% do período contributivo, sendo acrescentado 2% ao ano após excedida a carência. Ou seja, para o homem que cumpriu carência com 20 anos de contribuição (240 contribuições mensais) será acrescentado 2% aos 60% ao ano até que sua Renda Mensal Inicial (RMI) atinja em mais 20 anos, enquanto para mulher o mesmo período para fins de cálculo de RMI após cumprido período de carência de 15 anos (180 contribuições mensais). Dessa forma, pode-se extrair do art. 26, §2º da EC 103/2019:

Art. 26 [...] § 2º O valor do benefício de aposentadoria corresponderá a 60% (sessenta por cento) da média aritmética definida na forma prevista no caput e no § 1º, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição nos casos:
[...] *omissis*.³⁶

Acrescenta-se, ainda, que em alguns benefícios previdenciários exige-se que o segurado mantenha-se na condição de contribuinte ou que recentemente tenha contribuído, também chamado de “qualidade de segurado”.

³³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 992.

³⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Palácio do Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

³⁵ BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília: Palácio do Planalto, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

³⁶ BRASIL. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 22 jul. 2020.

Não é o caso dessa aposentadoria, uma vez que a exigência é tão somente o preenchimento de idade mínima e carência mínima como requisitos.

3.2.2 Aposentadoria da pessoa com deficiência

As pessoas com deficiência também possuem a diferenciação por gênero, ao passo que para usufruírem do direito de aposentadoria por idade necessitam ter 60 anos de idade, se homem, e 55 anos de idade, se mulher, independente do grau de deficiência, cumulado com o preenchimento de 180 contribuições e existência de deficiência por 15 anos, nos moldes do art. 3º, IV da Lei Complementar nº 142/2013.³⁷

A aposentadoria por tempo de contribuição para pessoas com deficiência submete-se, além do período de carência de 180 contribuições, ao grau de deficiência do segurado. Dessa forma, para concessão do benefício, homens precisam contribuir 25 anos para deficiência grave, 29 anos para deficiência moderada e 33 anos para deficiência leve, enquanto mulheres precisam contribuir 20 anos para deficiência grave, 24 anos para deficiência moderada e 28 anos para deficiência leve, de acordo com o art. 3º, I, II e III da Lei Complementar nº 142/2013.³⁸

4 APOSENTADORIA DOS TRANSEXUAIS

Ao examinar a legislação vigente, percebe-se que, embora a estrutura legislativa de aposentadorias tenha se remodelado ao longo dos anos, a inércia quanto a aplicação dos benefícios a pessoas transexuais manteve-se a mesma que a dos primórdios da própria criação do dispositivo.

A supramencionada ADI 4275³⁹ traz consigo efeitos em que, ao trocar a documentação pessoal por meio de simples procedimento cartorial, o indivíduo que sempre foi reconhecido por um gênero ao se identificar documentalmente pelo sexo oposto, enfrenta, conseqüentemente, obstáculos legislativos quanto ao preenchimento de requisitos de aposentadoria de acordo com o sistema binário de gênero adotado pela Previdência Social brasileira.

Cumula-se, também, que recentemente não existem projetos de lei em trâmite quanto a temática para que, ao menos, se tenha uma construção de debate parlamentar. A escassez não se torna integral, pois há singularidade de decisão administrativa. É o caso da servidora do Ministério Público de São Paulo, mulher trans, que após trabalhar por 32 anos, 6 meses 4 dias no órgão, tornou-se a primeira transexual da instituição a receber o benefício, conforme o gênero que se encontrava⁴⁰.

Embora tratada no Regime Próprio de Previdência Social, não gerando nenhuma inovação, a decisão seguiu uma lógica jurídica e concepções de repercussão sobre o tema ao determinar que a segurada fazia jus ao benefício pelo gênero autodeclarado, o que é defendido por parcela dos previdenciários. O vácuo legislativo quanto a aplicação de requisitos exigidos para pessoas transexuais, sem dispositivo legal específico ou norte jurisprudencial, levou juristas ao progressivo debate doutrinário, ao passo que permitiu-se a criação de teorias, quais sejam formalista, materialista e constitucionalista, com suas devidas fundamentações, as quais merecem o devido aprofundamento.

4.1 TEORIA FORMALISTA

Na teoria formalista, contabilizam-se as contribuições realizadas pela pessoa transexual em cada gênero, de

³⁷ ALVES, Hélio Gustavo. A transexualidade e seus reflexos no direito previdenciário. Revista de previdência social, São Paulo, n. 448, mar. 2018, p. 200.

³⁸ *Loc. cit.*

³⁹ O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, entendeu ser possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

⁴⁰ GRAZINI, Mariana; CASTANHO, William. Procuradoria de SP tem 1ª aposentadoria de transexual. Folha de S. Paulo, São Paulo, 24 ago. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/08/procuradoria-de-sp-tem-1a-aposentadoria-de-transexual.shtml>. Acesso em: 23 jul. 2020.

acordo com o que consta no registro público no momento em que contribuiu. Ou seja, a simples “regra de três” seria capaz de converter o tempo contribuído como homem se fizer alteração de registro para mulher e vice-versa.

A fórmula é bem apresentada por Alves, aplicável à aposentadoria por idade e aposentadoria por tempo de contribuição antes da EC 103/2019.⁴¹

Com base no exemplo, pode-se entender da seguinte forma: levando em conta, exclusivamente, o critério etário exigido legalmente, supondo que uma pessoa com sexo biológico masculino contribua por 40 anos (sendo necessário o mínimo de 65 anos como homem), altere o gênero para feminino (sendo necessário o mínimo passando 62 anos como mulher), resta saber quanto proporcionalmente esse indivíduo contribuiu como mulher. Dessa forma ilustra-se:

$$\frac{40 \text{ anos de idade}}{65 \text{ anos de idade exigido (homem)}} = \frac{x}{62 \text{ anos de idade exigido (mulher)}}$$

$$65x = 2.480$$

$$x = \frac{2.480}{65}$$

$$x = 38,15 \text{ anos de idade (aproximadamente 38 anos e 2 meses)}$$

Dessa forma, o indivíduo hipotético teria contribuído 38 anos e 2 meses proporcionais como se estivesse desde o princípio sendo reconhecido pelo gênero feminino, restando-lhe 23 anos e 10 meses para atingir a idade mínima exigida em lei.

O mesmo entendimento se estenderia ao número de contribuições em que, a título de exemplo, se um indivíduo contribuir com 180 contribuições (ou 75% da contribuição) de acordo com seu sexo biológico masculino (sendo necessário o mínimo de 240 contribuições para preencher o requisito do período de carência), e após alterar o gênero para feminino (passando a ser exigidas 180 contribuições na condição de mulher), temos o seguinte:

Nº de contribuições

$$\frac{180 \text{ contribuições pagas}}{240 \text{ contribuições exigidas (homem)}} = \frac{x \text{ contribuições pagas}}{180 \text{ contribuições exigidas (mulher)}}$$

$$240x = 32.400$$

$$x = \frac{32.400}{240}$$

Logo, restariam à mulher trans, em caso hipotético, 45 contribuições, ou seja, 180 contribuições exigidas menos 135 contribuições pagas ($180 - 135 = 45$) para que se atingisse o período de carência necessário, de acordo com o tempo já contribuído proporcionalmente.

Essa vertente é defendida principalmente quanto ao critério de caráter financeiro e atuarial, pois a proposição tem como objetivo a manutenção do equilíbrio do sistema previdenciário.

Nesse sentido, expõem Pestana e Araújo:

O consenso político em torno da ideia da fórmula, mitigação do tempo de contribuição para os transexuais, mostra-se segura em dizer que não trará déficit orçamentário e nem precisará buscar outras fontes de custeio

⁴¹ ALVES, Hélio Gustavo. A transexualidade e seus reflexos no direito previdenciário. *Revista de previdência social*, São Paulo, n. 448, mar. 2018, p. 187.

para sustentar os novos “entrantes” no bolo previdenciário. Ao contrário, pela parcela não substancial da população o binômio custeio x arrecadação tende a ser nulo ou superavitário, haja vista o número de trans do sexo masculino para o feminino ser maior que o seu inverso, gerando um tempo de pedágio análogo aos já consagrados em outros benefícios descritos no presente trabalho.⁴²

Embora defendida pelo mínimo de impacto financeiro, as críticas, em geral, voltam-se para a situação do homem trans que, ao fazer alteração de registro, teria de suportar condições mais severas para o preenchimento de requisitos, pois este, quanto à exigência de idade, passaria de 62 anos de idade mínima para 65 anos para preenchimento de requisito etário, e deveria deixar de contribuir apenas 180 contribuições para contribuir 240 contribuições, segundo a nova regra da EC 103/2019, dando embasamento para teorias que colidem com a ideologia formalista.

4.2 TEORIA MATERIALISTA

A teoria materialista, em embate direto com a teoria formalista, objetiva tutelar à pessoa o direito de aposentadoria conforme o gênero autodeterminado, independente de quando se deu a alteração documental.

Tal linha de raciocínio jurídico fora demonstrada pelo Ministro Luiz Fux, em voto proferido nos autos da ADI nº 4.275, ainda que esse não tenha sido o objeto:

A existência de regimes jurídicos diferentes para homens e mulheres em algumas searas (previdenciária, prisional, desportiva, assistencial etc) demanda uma análise mais sensível do intérprete. No entanto, como não há um terceiro regime jurídico, a menção à transexualidade não contribui para dirimir tais questões. Salvo nos casos em que a diferenciação se funda em aspectos genéticos ou reprodutivos, parece razoável sugerir que o regime jurídico acompanhará a identidade de gênero agora já refletida no registro civil. Em outras palavras, é razoável supor que o transexual masculino provavelmente não gozará de licença maternidade, somente se aposentará após cumpridos os limites de 65 anos e 35 de contribuição e realizará serviço militar obrigatório. Essas e outras situações serão dirimidas oportunamente, sem que a averbação do termo ‘transexual’ no registro civil contribua para esclarecer qual o regime aplicável.⁴³

Essa abordagem, embora reconheça o gênero como o sexo biológico, também enfrenta controvérsias, pois além de impor medidas mais severas a homens trans, poderia reduzir 5 anos de contribuição de grande parcela de segurados transexuais, visto que a tendência de homens que se tornam mulheres é três vezes maior do que mulheres que se tornam homens, segundo dados da publicação “*Prevalence of Transsexualism in the Netherlands*”, o que poderia, por consequência, causar um desequilíbrio do sistema previdenciário brasileiro.⁴⁴

4.3 TEORIA CONSTITUCIONALISTA

No que se refere à teoria constitucionalista de resolução da controvérsia, entende-se que a aplicação de requisitos de aposentadorias deveria ser dada ao indivíduo trans na forma mais moderada que a legislação apresenta, seja para o homem transexual ou para mulher transexual.

A adoção de um critério mais benéfico deve-se ao contexto social e condições subumanas vivenciadas pela comunidade trans e consequências negativas, pois, como abordado anteriormente quanto ao contexto social, a baixa

⁴² PESTANA, Fernando Nunes; ARAUJO, Litiane Motta Marins. A invisibilidade da pessoa transgênera na previdência social. Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social, Salvador, v. 4, n. 1, p. 56-75, jul. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/4258>. Acesso em: 13 jul. 2020.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/DF (0005730-88.2009.1.00.0000). Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 1º mar. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em: 07 abr. 2019.

⁴⁴ EKLUND, Per; GOOREN, Louis; BEZEMER, P. Prevalence of Transsexualism in the Netherlands. British Journal of Psychiatry, v. 152, n. 5, p. 638-640. DOI 10.1192/bjp.152.5.638, 1988.

expectativa de vida de 35 anos⁴⁵, os altos índices de violência⁴⁶, dificuldade de acesso à educação⁴⁷ e dificuldade de inserção no mercado trabalho⁴⁸, de maneira que o preenchimento de condições necessárias para concessão de benefícios fosse dada de modo diferenciado.

A diferenciação de requisitos é existente mesmo no sistema binário da estrutura legislativa, ao passo que são exigidas menos contribuições e idade para mulher em relação ao homem, como exposto em tópico anterior. A razão desse abrandamento leva em consideração fatores biológicos e socioculturais. Os fatores biológicos; referem-se à reprodução, em que a mulher possui condições fisiológicas de passar por gestação e amamentação, demandando cuidados médicos.⁴⁹

Já os fatores socioculturais podem ser notados no contexto fático do mercado de trabalho, pois mesmo após significantes avanços da inserção no meio, condiciona-se ao papel feminino às atividades domésticas, resultando em dupla atividade laboral, em que a mulher, historicamente, ficou limitada nas demais atividades laborais.⁵⁰

Nessa perspectiva, Martinez expõe o seguinte:

Em poucas palavras, tem-se entendido que a maioria das mulheres padece da maternidade, menstruação, menopausa, fragilidade muscular e dupla atividade laboral, como causas que restringiriam o pleno exercício da atividade trabalhista.

Sem falar no preconceito profissional no mercado de trabalho devido ao sexo, com raízes históricas, preconceituosas, misóginas e, às vezes, racistas.⁵¹

A tese encontra fundamento na interpretação do texto constitucional e o encontro dos direitos fundamentais com a realidade social, fazendo com que a igualdade do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, não seja meramente formal, mas moldada às condições socioculturais, em específico, de um grupo em estado de maior vulnerabilidade, de modo que se possa igualar as desigualdades.

O simples exercício de hermenêutica dos preceitos fundamentais tutelados constitucionalmente com a justiça social é abordado por Barroso:

Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição. Um exemplo: depois de alguma hesitação, a jurisprudência vem reconhecendo direitos previdenciários a parceiros que vivem em união estável homoafetiva (i.e, entre pessoas do mesmo sexo). Mesmo na ausência de norma expressa nesse sentido, essa é a inteligência que melhor realiza a vontade constitucional, por impedir a desequiparação de pessoas em razão de sua orientação sexual.⁵²

⁴⁵ Expectativa de vida de transexuais e travestis no Brasil é de 35 anos. 2018. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-travestis-no-brasil-e-de-35-anos/>. Acesso em: 22 jul. 2020.

⁴⁶ O projeto de pesquisa *Trans Murder Monitoring* (TMM) monitora, coleta e analisa sistematicamente relatórios de homicídios de pessoas trans e com diversidade de gênero em todo o mundo. Entre 1 de janeiro de 2008 e 30 de setembro de 2019, foram assassinadas 3314 pessoas trans ao redor do mundo, sendo 2608 casos na América Latina e 61% delas profissionais do sexo. Desde o início do levantamento, o Brasil tem sido o país que mais reporta assassinatos de pessoas trans no mundo (ANTRA, 2020, p. 54).

⁴⁷ Devido à exclusão familiar, estima-se que 13 anos de idade seja a média em que Travestis e Mulheres Transexuais são expulsas de casa pelos pais (ANTRA) e que cerca de 0,02% estão na universidade, 72% não possuem o ensino médio e 56% o ensino fundamental (Dados do Projeto Além do Arco-Íris/AfroReggae). (ANTRA, 2020, p. 32).

⁴⁸ [...] se mantém atual a estimativa de que apenas 4% da população trans feminina se encontram em empregos formais, com possibilidade de promoção e progressão de carreira de acordo com dados levantados pela ANTRA. De igual modo, vemos que apenas 6% estão em atividades informais e subempregos. Mantém-se aquele que é o dado mais preocupante: 90% da população de Travestis e Mulheres Transexuais utilizam a prostituição como fonte de renda (ANTRA, 2020, p. 31).

⁴⁹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. Texto para discussão nº 867. Mulher e previdência social: o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2101>. Acesso em: 20 abr. 2020.

⁵⁰ Como muitas mulheres não conseguem permanecer no mercado formal de trabalho por tanto tempo, elas representam menos de 40% do total desse tipo de aposentadoria e estão concentradas na faixa de renda de até dois salários mínimos (R\$ 1,9 mil) (RESENDE *et al.*, 2019).

⁵¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Aposentadorias dos Transexuais: aspectos em que a legislação previdenciária pode avançar. In: MAUSS, Adriano; MOTTA, Marianna Martini (coord.). Direito Previdenciário e a População LGBTI. Curitiba: Juruá, 2018, p. 177.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 336.

O argumento defendido poderia inclusive ser harmonizado com entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) que, no julgamento do RE 630.501/RS, sob regime de repercussão geral, concluiu que, se atendidos os requisitos, o segurado tem direito adquirido ao melhor benefício⁵³.

Enfatiza-se que a Seguridade e a Previdência Social pautam-se em princípios protetivos e bem-estar social, conforme o texto da Constituição Federal, e, visando a proteção de riscos sociais, a preterição do contexto da análise dos próprios segurados tornaria a prática do instituto um objeto incongruente com a teoria.

Por fim, a teoria, igualmente às outras, não é imune a críticas. Mesmo que por derradeiro a tese tenha objetivo protetivo, a reconhecibilidade das identidades trans, ou seja, o desejo do indivíduo ser visto socialmente pelo sexo oposto, pode ser desprezada ao momento que se impõe tratamento diferenciado ao grupo, ocasionando discriminação talvez não desejada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática que movimentou essa pesquisa foi a de se verificar de que forma o direito brasileiro poderá assegurar aos transexuais o direito de aposentadoria, diante da ausência legislativa. Os objetivos da pesquisa foram cumpridos à medida em que se analisou a doutrina, a legislação e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que determina o direito dos transexuais de se aposentarem, trazendo consigo os direitos adquiridos pelo nome anterior, mesmo sem que haja mudança de sexo através de cirurgia corretiva, apenas com a mudança do nome civil.

Ao passo que essa seja uma temática de embaraço jurídico, esta nasce de um contexto social duramente enfrentado por pessoas trans em que a marginalização desse grupo é notável e resultante de agravantes como a violência, barreiras no acesso à educação, dificuldade de ingresso no mercado de trabalho e, até mesmo, falta de mapeamento oficial da comunidade transexual para efetivação de políticas públicas.

Nortes jurisprudenciais são necessários quanto à resolução de problemas legislativos que necessitam se moldar aos anseios da sociedade. Do mesmo modo que a ADI 4275 reconheceu o direito de alteração de gênero em registro civil para pessoas trans, independente de autorização judicial, o embaraço poderia ter solução, mas encontra-se escasso quanto ao tema.

A análise legislativa, no presente artigo, fora exposta com a apresentação da estrutura da Previdência Social e, em específico, dos requisitos necessários para concessão de benefícios debatidos, de acordo com o texto constitucional, Lei nº 8.213/91 e alteração da EC 103/2019, para demonstração de como os segurados estão reféns ao binarismo quanto aos sexos/gêneros.

Buscando uma resposta para este questionamento, o terceiro tópico se debruçou sobre os debates doutrinários que se formaram ao longo dos anos, originando três teorias a fim de solucionar o óbice, quais sejam: formalista, materialista e constitucionalista.

A teoria formalista se caracteriza pela realização de simples fórmula de “regra de três”, a fim de quantificar quanto seria a contribuição de um gênero se estivesse contribuindo no gênero oposto de forma proporcional, visando, principalmente, a estabilidade financeira do sistema, segundo adeptos desse argumento. Por sua vez, a teoria materialista baseia-se tão somente no gênero em que a pessoa se autodeterminar e encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, constante no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Por fim, a teoria constitucionalista recorre ao método de interpretação hermenêutica, na aplicação dos direitos fundamentais constantes no corpo do texto constitucional, bem como presentes no objetivo protetivo e de bem-estar social da Previdência Social, para que se exijam requisitos na forma mais branda da legislação, por se tratar de um grupo que arca com dificuldades sociais, atestada pela baixa expectativa de vida e merecedora de tratamento diferenciado.

Não se buscou indicar qual solução seria a mais adequada, mas apontar que, embora não haja atividade ou

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.501-RS. Recorrente: Aloysio Kalil. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relatora Mina. Ellen Gracie. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 14 jul. 2020.

repercussão parlamentar para a solução do problema, a doutrina continua o debate para que o movimento torne-se visível e questões como preconceito, tradicionalismo e índices negativos sejam superados para que prospere o respeito e a inclusão de grupos que lutam pela diversidade.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Hélio Gustavo. A transexualidade e seus reflexos no direito previdenciário. **Revista de previdência social**, São Paulo, n. 448, mar. 2018.
- ANTRA. **Mapa dos assassinatos de travestis e transexuais no Brasil em 2017**. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2012. Disponível em: https://www.periodicos.capes.gov.br/?option=com_pmetabusc&mn. Acesso em: 08 jul. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. (org.). **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais no Brasil em 2019**. Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil (ANTRA). Instituto Brasileiro Trans de Educação (IBTE), 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Palácio do Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília: Palácio do Planalto, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília: Palácio do Planalto, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 630.501-RS**. Recorrente: Aloysio Kalil. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relatora Mina. Ellen Gracie. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 14 jul. 2020.
- BRASIL. **Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016**. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília: Palácio do Planalto, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm. Acesso em: 06 jul. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/DF (0005730-88.2009.1.00.0000)**. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 1º mar. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em: 07 abr. 2019.
- BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- CFM. **Resolução nº 2.265/2019**. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou

transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010. Brasília, 2019.

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

EKLUND, Per; GOOREN, Louis; BEZEMER, P. Prevalence of Transsexualism in the Netherlands. **British Journal of Psychiatry**, v. 152, n. 5, p. 638-640, 1988. DOI 10.1192/bjp.152.5.638.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. **Mulher e previdência social: o Brasil e o mundo**. Rio de Janeiro, 2002. (Texto para discussão nº 867). Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2101>. Acesso em: 20 abr. 2020.

LIMA, Ana Cláudia Teixeira de. **O câncer gay e o orgulho gay: a experiência da AIDS para o movimento LGBT da cidade do Rio de Janeiro (1986-1995)**. Dissertação (Mestrado em História das Ciências e da Saúde) - Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro, p. 64. 2019.

MANAUS. **Lei nº 439, de 03 de março de 2017**. Proíbe, na grade curricular das escolas do Município de Manaus, as atividades pedagógicas que visem a reprodução do conceito de ideologia de gênero. Manaus, 2017.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Aposentadorias dos Transexuais: aspectos em que a legislação previdenciária pode avançar. In: MAUSS, Adriano; MOTTA, Marianna Martini (coord.). **Direito Previdenciário e a População LGBTI**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 17-36.

26

PEDRA, Caio Benevides. **Acesso a cidadania por travestis e transexuais no Brasil: panorama da atuação do Estado no enfrentamento das exclusões**. Dissertação. Mestrado em Administração Pública da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, da Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <http://tede.fjp.mg.gov.br/handle/tede/381#preview-link0>. Acesso em: 07 abr. 2020.

PESTANA, Fernando Nunes; ARAUJO, Litiane Motta Marins. A invisibilidade da pessoa transgênero na previdência social. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 56-75, jul. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/4258>. Acesso em: 13 jul. 2020.

RESENDE, Thiago *et al.* **Reforma deve prever alívio em regras de aposentadoria para mulheres e pensão**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/07/reforma-deve-prever-alivio-em-regras-de-aposentadoria-para-mulheres-e-pensao.shtml#:~:text=Pelo%20INSS%2C%20h%C3%A1%20duas%20formas%20de%20aposentadoria%20para%20trabalhadores%20urbanos.&text=Como%20muitas%20mulheres%20n%C3%A3o%20conseguem,%24%201%2C9%20mil>. Acesso em: 23 jul. 2020.

ROCHA, Nicolle Patrice Pereira; POZZETTI, Valmir César. O meio ambiente do trabalho dos transgêneros. In: SICASA e ANPPAS Amazônia. Anais [...]. Manaus: UFAM/ANPPAS, 2016. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/ivsicasa/33467-o-meio-ambiente-do-trabalho-dos-transgeneros/>. Acesso em: 06 jul. 2020.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 10.948, de 05 de novembro de 2001**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10948-05.11.2001.html>. Acesso em: 06 jul. 2020.

SIMÕES, Júlio; FACCHINI, Regina. **Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009.

SOCZEK, Daniel. Vulnerabilidade social e novos direitos: reflexões e perspectivas. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 19-30, jan./jun. 2008.

Recebido em: 05/08/2020

Aceito em: 21/12/2020