

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES UNIFICADAS DOCTUM DE TEÓFILO OTONI**

FILIFE FERREIRA SOUZA FARIA

**OS TRANSGÊNEROS E AS REGRAS DE IDADE PARA AS APOSENTADORIAS
NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL APÓS DECISÃO EM RE 670.422
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ADI 4275**

TEÓFILO OTONI

2018

FILIFE FERREIRA SOUZA FARIA
FACULDADES UNIFICADAS DOCTUM DE TEÓFILO OTONI

**OS TRANSGÊNEROS E AS REGRAS DE IDADE PARA AS APOSENTADORIAS
NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL APÓS DECISÃO EM RE 670.422
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ADIN Nº 4275**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado a Faculdade Doctum de
Teófilo Otoni, como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil e
Direito Previdenciário.

Prof. Orientador: Professora Vanusa
Chaves.

TEÓFILO OTONI

2018

RESUMO

A questão do transgênero tem ganhado cada vez mais visibilidade no mundo, ademais, sabe-se que há relatos de ocorrências advindas desde os tempos mais remotos, contudo, atualmente, com a propagação das informações e o mundo conectado pode-se ter uma visão mais clara acerca do que é e das necessidades dos indivíduos que se enquadram na denominação. Isso traz a necessidades de políticas públicas que possibilitem a inclusão social destas pessoas de forma plena nos postos de trabalho e nos demais seguimentos sociais, isso chama a atenção para um ponto importante a ser observado, no que diz respeito à legislação e o seu alcance em relação aos transgêneros, e se acentua mais ainda quando observada a questão da previdência social e o seus reflexos em relação aos transgêneros já que àquela prescinde de regras para a concessão dos benefícios, e a legislação é omissa em relação ao transgênero. Assim, há um impasse em relação ao sexo biológico e o gênero aceito, que poderá refletir nos critérios de concessão. Posto isso, o presente estudo visa discutir a questão, buscando compreender os impactos desta omissão legislativa, ainda mais após a ADI 4275, a partir da qual possibilitou-se a mudança de pré-nome e gênero em cartório apenas com a auto declaração do indivíduo, sem prescindir de decisão judicial. O trabalho foi feito com base em pesquisa bibliográfica, a partir de análise de livros, artigos, legislações e demais publicações pertinentes ao tema.

Palavras-chave: Transgênero. Previdência. Direito.

ABSTRACT

The issue of transgender has been gaining more and more visibility in the world, in addition, it is known that there are reports of occurrences from the earliest times, however, currently, with the spread of information and the connected world, one can have a more clear about what it is and the needs of the individuals who fall within the denomination. This entails the need for policies and practices that may allow the social inclusion of these people in the environments in which they are eventually left aside, this calls attention to an important point to be observed, with regard to legislation and its scope in transgender, and it is even more pronounced when the issue of social security and its reflexes regarding transgender people is observed, since it lacks rules for the granting of benefits, and the legislation is silent regarding transgender, so there is a impasse with respect to biological sex and the gender accepted, which will reflect in the criteria of concession. Given this, the present study aims to discuss the issue, seeking to understand the impacts of this legislative omission, even more after the decision of the Major Court, from which it was possible to change pre-name and gender in notary only with the auto statement of the individual, without dispensing with a judicial decision. The work was done based on bibliographical research made from an analysis of books, articles, legislation and other publications pertinent to the theme.

Keywords: Transgender. Previdência. Right.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 TRANSGENERIDADE, CONCEITO E DEFINIÇÃO	Erro! Indicador não definido.
2.1 Sexo e Transexualidade	Erro! Indicador não definido.
2.1.1 Transgênero e cisgênero	Erro! Indicador não definido.
3 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O DIREITO DO TRANSGÊNERO	15
3.1 Princípios norteadores	16
3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	16
3.1.2 Princípio da igualdade e direito à diferença	17
3.1.3 Princípio da autodeterminação	18
3.2 A pessoa natural e os direitos da personalidade	19
3.3 Direito ao corpo	19
3.4 Direito ao nome	20
3.4.1 Do direito a alteração de nome pelo transexual	21
4 A PREVIDÊNCIA SOCIAL - CONCEITOS	27
4.1.1 Princípio da solidariedade	27
4.1.2 Princípio da universalidade de cobertura e do atendimento	28
4.1.3 Princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais	29
4.1.4 Princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços	30
4.1.5 Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios.....	30
4.1 Aposentadoria por idade	31
4.2 Aposentadoria por tempo de contribuição	31
4.3 A previdência social e a questão dos transgêneros	32
6.3.1 Aposentadoria do transgênero e a falta de previsão normativa	32
4.4 Precedente internacional	34

5 REPERCUSSÃO NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO DOS TRANSGÊNEROS.....	36
5.1 RE 670.422	37
5.2 ADIN nº 4275	37
6 CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS.....	43

1 INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado vem discutir uma questão de grande relevância tanto ao ordenamento jurídico quanto aos seus reflexos na sociedade em geral, em especial à comunidade transexual.

A previdência social quando da concessão de seus benefícios possui certas regras e requisitos que devem ser preenchidos pelos que pretendem obter a concessão destes. Em relação à aposentadoria esta pode se dar, além das demais regras, por idade, critério este que faz uma distinção entre uma certa idade para homens e outra para mulheres, assim, atingindo este limite, tendo contribuído nos termos da Lei o indivíduo se encontrará apto a se aposentar.

Contudo, o que trás a discussão aqui diz respeito à questão do transgênero e a concessão da aposentadoria diante do Re 670.422 julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual possibilitou a alteração no registro civil de pré-nome e gênero sem a necessidade de cirurgia ao transexual, bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275, a partir da qual os transexuais não prescindem mais de decisão do judiciário para efetuar a mesma alteração, assim, bastando uma ida ao cartório para efetuar a solicitação da alteração.

A discussão apresentada gira em torno desta mudança e os seus reflexos nas regras de aposentadoria por idade, uma vez que o indivíduo contribuiu por um longo período constando como do gênero masculino e então efetuou a alteração para o gênero feminino, assim, suscitasse o questionamento sobre como seria o entendimento acerca dos critérios para aposentadoria deste indivíduo. Assim, o trabalho a seguir irá abordar a aposentadoria do indivíduo transexual trazendo inicialmente a definição do termo transgênero e as suas particularidades, seguindo o texto, será abordada as questões civis de alteração de nome e gênero, bem como as questões constitucionais que permeiam a questão.

Adiante o texto irá abordar a previdência propriamente dita, bem como suas implicações nos direitos dos transgêneros, tratando também da ausência de normatividade legal pertinente e o entendimento doutrinário a respeito

2. TRANSGENERIDADE, CONCEITO E DEFINIÇÃO

O termo “transgênero”, também chamado de transgeneridade ou transexualidade, teve seu primeiro momento entre as décadas de 1940 a 1950, advindo do estudo de médicos endocrinologistas que buscavam entender a questão das pessoas que alegavam “presas a um corpo que não lhes pertencia”.¹

A pessoa transexual tem como característica principal o fato de não se sentirem em conformidade com o sexo que lhes foi designado no nascimento, assim, a pessoa sente que não pertence ao corpo, ao sexo biológico com o qual nasceu.²

O transgênero tem a convicção inalterável de pertencer ao sexo oposto de seu registro de nascimento, assim, ele discorda veementemente dos órgãos sexuais externos, bem como as condutas externas impostas pela sociedade para aquele determinado gênero, assim, em sua maioria, deseja se ver livre deste estereótipo, seja por meio de tratamento hormonal ou cirúrgico.³

Assim, uma pessoa que nasceu com o sexo biológico masculino, mas se sente como do sexo feminino é uma pessoa transexual, no caso, uma mulher transexual.

Em uma abordagem médica, o professor de Medicina Legal, Genival Veloso de França (2011, p. 278), define “o transexualismo como a falta de identidade entre o fenótipo que o indivíduo apresenta e seu sexo psíquico”.

Hercules (2005, p. 547) define em uma abordagem médica que:

transexualismo é o incontido desejo de viver e ser aceito como pessoa do sexo oposto, acompanhado de um sentimento esmagador de mal-estar e na adaptação ao próprio sexo somático e o convencimento de estar no corpo errado.

Importante ressaltar que o termo transexualismo até pouco tempo constava no Código de Doenças, na categoria de Distúrbios Sexuais, tendo sido alterado para uma nova categoria figurando agora na categoria de saúde sexual, o que exclui a idéia de algo tratável ou curável.

¹ CHAVES, 2017.

² DIAS, 2014.

³ BARBOSA, 2012.

2.1 Sexo e Transexualidade

Chaves (2017, p. 24) traz o entendimento de que o sexo tem destaque ímpar e serve como fundamento lógico e racional para atribuir à dissonância a característica de distúrbio mental, pois a realidade seria o corpo físico, e não uma imagem criada ou desenvolvida pela mente, que considera uma anomalia a imagem reflexa no espelho.

O sexo genético é dividido em sexo cromossômico e sexo cromatínico. O sexo cromossômico é composto por quarenta e seis cromossomos (vinte e três oriundos da mulher e outros vinte e três do homem) e apenas dois cromossomos, deste total, determinantes da sexualidade do indivíduo. O cromossomo X ou Y é herdado do homem por meio do espermatozoide e o cromossomo X, apenas o X, por meio do óvulo da mulher.⁴

Seguindo o entendimento, o sexo cromatínico, ou sexo nuclear, é representado pela presença de um corpúsculo cromatínico nas pessoas do sexo feminino, raramente encontrada em pessoas do sexo masculino, descoberto por Murrey Barr em 1949, ficando conhecido como corpúsculo de Barr.⁵

Salazano (1983, p. 6), lembra que podem ocorrer diversas alterações cromossomo no desenvolvimento humano, podendo levar a diversas alterações congênicas no feto, podendo ocasionar então diversas patologias que envolvem a questão sexual e todas elas merecem um cuidado especial tanto em políticas públicas como em outras regulamentações, principalmente, por envolver o conceito de sexo jurídico.

De maneira geral, o sexo pode ser compreendido em diversas formas diferentes e múltiplas. Chaves (2017, 65-66) aponta para os diversos estudos que tratam do dimorfismo sexual, de onde, segundo entendimento médico, “*o cérebro humano apresenta características específicas quando são comparados homens e mulheres*”.

Débora Chaves:

O mais interessante é a confirmação científica de que o cérebro de um transexual H -> M (corpo biológico de homem com identidade de gênero de mulher) apresenta características específicas do cérebro de um sujeito XX, e vice-versa, apontando que, apesar da realidade biológica da pessoa,

⁴ PENNA, 2014.

⁵ DEL CAMPO, 2007.

seu cérebro pode se desenvolver em sentido oposto. (CHAVES, 2017, p. 28).

Essa controversa entre os aspectos biológicos e psicológicos do sexo é o que caracteriza o distúrbio de identidade de gênero. (FRANÇA, 2011, p. 278). Em um entendimento jurídico, o sexo é o que consta do registro civil da pessoa, e a sua modificação no registro civil pode gerar repercussão em várias áreas no mundo jurídico, o que pressupõe a necessidade de um olhar mais profundo acerca da questão.⁶

Não obstante esta questão, a Constituição Federal garante o direito a readequação do sexo civil do transexual ao sexo psíquico, apenas a integridade física, mas também a emocional/psíquica, visto permitir a autodeterminação como expressão da liberdade sexual.⁷

2.1.1 Transgênero e Cisgênero

Medicinalmente falando o sistema binário de sexos é definido em cariótipos XX (fêmea/mulher) e XY (macho/homem), essa definição é o que abarca a o entendimento da transgeneridade como desordem psiquiátrica.

Ferreira (1986) define no ponto de vista gramatical, em seu sentido estrito como: "categoria que indica, por meio de desinências, uma divisão dos nomes baseada em critérios tais como sexo e associações psicológicas" (p.844). Neste sentido, o autor aponta o Gênero masculino, o feminino e o neutro.⁸

Acerca desta definição, Maria Berenice Dias aduz que:

[...] Gênero é uma construção social que atribui uma série de características para diferenciar homens e mulheres em razão de seu sexo biológico. Homens usam azul, jogam futebol, não choram e precisam ser competitivos e fortes. A eles está mais do que liberado - é até incentivado - o pleno exercício da sexualidade. Mulheres se vestem de cor de rosa, precisam ser frágeis e dóceis. Seus qualificativos estão ligados à abstinência sexual e a virgindade ainda é sinônimo de pureza e castidade. Identidade de gênero está ligada ao gênero com o qual a pessoa se reconhece: como homem, como mulher, como ambos ou como nenhum. A identidade de gênero independe dos órgãos genitais e de qualquer outra característica anatômica, já que a anatomia não define gênero. (DIAS, M., 2014, p. 42/44).

⁶ MARX NETO, 2013.

⁷ ROSENVALD, 2015.

⁸ FERREIRA, 1986, p. 844.

Bento (2014) defende que o gênero sozinho não explica nada, é uma categoria vazia que precisa ser conjugada com outras categorias para viabilizar a compreensão da integralidade do ser humano.

As definições de Identidade e Identidade de gênero foram trazidas pela primeira vez em 1964, pelo psicanalista Robert Stoller, quando este apresentou ao Congresso Internacional de Psicanálise, “a diferença entre os conceitos elaborados a partir de acompanhamento clínico de meninos entre quatro e cinco anos de idade diagnosticados como transexuais”.⁹

Stoller trouxe a definição de identidade de gênero como sendo:

[...] à mescla de masculinidade e feminilidade em um indivíduo, significando que tanto masculinidade como a feminilidade são encontradas em todas as pessoas, mas em formas e graus diferentes. Isso não é igual à qualidade de ser homem ou mulher, que tem uma conotação com a biologia; identidade de gênero encerra um comportamento psicologicamente motivado. Embora a masculinidade combine com a qualidade de ser homem e a feminilidade com a qualidade de ser mulher, sexo e identidade de gênero não estão, de maneira direta, relacionados. [...] Identidade de gênero é uma convicção. Além do fundamento biológico, a pessoa obtém essa convicção a partir das atitudes dos pais, especialmente na infância (STOLLER, 1993, p. 28).

Outro estudioso, Zygmunt Bauman (2008, p. 78) por sua vez trouxe a ideia de que a identidade de gênero seja algo flexível, podendo variar ao longo dos anos, a partir das influências sociais. Para ele, a mentalidade contemporânea não abarca lugar para um sistema rígido de identidade de gênero a partir do qual o indivíduo não tem o direito de se autodeterminar.

Neste mesmo esteio, Leandro Reinaldo, em seu livro “Identidade e Redesignação de Gênero: Aspectos da Personalidade, da Família e da Responsabilidade Civil” classificou que a identidade de gênero:

está atrelada ao conceito de pertencimento de cada um, na sua sensação ou percepção pessoal quanto a qual seja o seu gênero (masculino ou feminino), independentemente de sua constituição física ou genética”, sobressaindo o entendimento atual de que “não existe determinismo biológico quando se fala da construção da identidade sexual, vez que esta se molda além do plano do meramente físico ou anatômico, sendo sexo e gênero elementos distintos, havendo este último de prevalecer sobre aquele no que se refere à formação da identidade da pessoa. (CUNHA, 2015, p. 19).

⁹ PORCHAT, 2014.

Deste modo, a identidade é a articulação entre igualdade e a diferença. A identidade é um movimento., podendo ser entendida como algo que está diretamente ligado ao contínuo processo, de socialização que se dá pela análise dos indivíduos dentro dos sistemas de ação nos quais os sujeitos estão inseridos.¹⁰ Assim a identidade parte de um processo de construção ativa.

Zygmunt Bauman (2014) define identidade como autodeterminação, ou seja, o eu postulado. Seria o mesmo que dizer que a identidade se refere as comunidades como sendo as entidades que as definem.

A concepção de identidade como uma invenção cíclica, uma descoberta, um objetivo, uma construção constante que abrange o indivíduo como um todo, inclusive na autodeterminação de gênero, liberta cada qual a ter sua própria identidade e faz cada de cada indivíduo ser único e se expressar nas mais diversas formas ressaltadas pelo Estado Democrático de Direito.

Amussen (1985) traz a identidade de gênero como a forma de distinções entre os sexos, assim, os seres considerados biologicamente machos e fêmeas, são concebidos como homens e mulheres, seres sociais.

Torrão Filho (2005) acerca desta questão chama a atenção para o quão complicado é diferencia machos e fêmeas, visto que, desde os tempos primordiais, essa concepção impõe uma diferenciação que acaba por abarcar uma espécie de hierarquia onde o masculino se impõe ao feminino de modo superior. Segundo o autor, isso acaba por gerar a grande dificuldade da concepção de direitos aos que não se enquadrem nesta concepção.

Assim, a identidade de gênero define qualidades, virtudes e papéis de acordo com as raízes biológicas, dá sentido à diferença dos sexos que são definidos biologicamente pelo Genótipo XX e XY.

Como já foi abordada a concepção binária dos sexos divide os indivíduos em dois grupos, sendo machos ou fêmeas, a partir desta concepção, espera-se de ambas as figuras determinados comportamentos que regem as relações sociais, constituindo assim uma referência, a regra dos protótipos de masculinidade e de feminilidade.¹¹

A identidade de gênero, formada a partir de um complexo de interferências

¹⁰ CIAMPA, 1984.

¹¹ COSTA, 2015, p. 17.

históricas, biológicas, culturais, religiosas e sociais que o sujeito lida desde a descoberta da vida até a sua morte pode ser modificada no decorrer do tempo, é uma opção concedida legalmente no ordenamento jurídico pátrio.

A partir destas concepções iniciais pode-se chegar ao entendimento de que sexo é uma construção biológica, da natureza; gênero, uma construção cultural e identidade de gênero, uma construção psicológica.

3 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O DIREITO DO TRANSGÊNERO

A tutela do transgênero no Brasil padece de regulamentação jurídica específica, motivo pelo qual a conjugação de regras genéricas e princípios atinentes à pessoa torna-se o meio legal para garantir-lhe o mínimo de proteção.

Sendo essa a realidade brasileira sobre o tema, algumas normas destacam-se: como as que asseguram os direitos fundamentais à saúde física e mental, à autodeterminação e os direitos ao corpo, a identidade e ao nome, previstos na Constituição da República de 1988¹² e no Código Civil de 2002¹³.

Existem outras normas infraconstitucionais, a exemplo disso a Resolução n. 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina (CFM)¹⁴ e também normas internacionais que geram efeitos no Brasil e tutelam alguns direitos pertinentes a dignidade da pessoa humana, incluindo o direito ao respeito pela identidade de cada um.

Para além dessas normas, há projetos de lei que visam normatizar de modo bastante específico, os direitos e garantias dos transexuais apresentadas ao poder Legislativo federal desde 1995, mas que devido alguns entraves não foram aprovados e, portanto, não estão em vigor.

Por ser considerado como um instrumento jurídico de alto patamar normativo, a CR/1988 é a matriz de toda ordem jurídica de um Estado, e o fato de não haver regramento específico para tutelar o gozo de direitos em compatibilidade com o gênero com o qual se identifica, não impede que o Direito Constitucional, “representado como o tronco do qual derivam todos os demais ramos da grande árvore que é a ordem jurídica”, alcance essas pessoas diminuindo a vulnerabilidade jurídica e social que estão expostas.¹⁵

Nesse sentido, o texto constitucional eleva ao mais alto patamar a dignidade da pessoa e exalta essa prerrogativa como sendo fundamental a existência humana. Tal postura deixa evidente que o Estado deve assumir e “promover condições para que a dignidade seja uma garantia efetiva, protegendo-a ao máximo de eventuais lesões, considerando que pode vir a ser realmente violada.”¹⁶

¹² BRASIL, 1988.

¹³ BRASIL, 2002.

¹⁴ BRASIL, CFM, 2002.

¹⁵ ALEXANDRINO, 2012, p. 3.

¹⁶ SARLET, 2007, p. 43.

Ademais, a Constituição como lei maior é também permeada de princípios que ditam o direcionamento legal, os quais serão abordados a seguir.

3.1 Princípios norteadores

Alexy (2011) que diz que os princípios são mandamentos de otimização na medida em que os princípios podem ser vistos em grau variados.

O autor quando fala em mandamentos de otimização na medida em que os princípios podem ser satisfeitos em graus variados, assevera que estes podem ser interpretados como sendo uma das possibilidades fáticas e jurídicas, uma vez que as regras são determinações no âmbito fático, real e os princípios possíveis na ordem jurídica.

Importa dizer assim que tais princípios regem as normas as quais são direcionadas ao caso concreto.

3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹⁷, ao investigar acerca do significado da categoria Dignidade, alerta inicialmente para o fato de que o conceito de Dignidade não deve ser relativizado, ou seja, variável segundo o sentido de bem e mal ou de acordo com o momento histórico vivido. Lembra, ainda, que o valor da Dignidade da Pessoa Humana tem sido erigido à categoria de Princípio constitucional em várias legislações em todo o mundo em razão de que o ideal e o pensamento jurídico mundial têm evoluído de uma forma muito positiva.

O reconhecimento do valor da Dignidade da Pessoa Humana é fruto de uma evolução histórica pela qual passou a humanidade. Após algumas experiências muito negativas, tais como o totalitarismo assistido na Alemanha e na Itália, o mundo vem gradualmente admitindo na Pessoa Humana o centro e a razão de ser da própria vida, e, por esta razão, a vida de todos deve ser digna¹⁸. Dignidade é atributo de todas as Pessoas, em razão do simples fato de que todas possuem a mesma natureza e isso faz delas iguais entre si.

¹⁷ NUNES, 2002. p. 46-47

¹⁸ LAFER, 1999. p. 133.

Rizzatto Nunes¹⁹ coloca que a Dignidade nasce com a Pessoa. É-lhe inata, e inerente à sua essência. E acrescenta que a Pessoa Humana já nasce com integridade física e psíquica, mas que com o seu desenvolvimento aspectos de sua personalidade têm de ser respeitados, tais como seu pensamento, suas ações e seu comportamento, e isso implica no respeito à sua liberdade, imagem, intimidade e consciência (religiosa, espiritual, científica).

Pode-se compreender, portanto, que todas as esferas acima mencionadas da personalidade da Pessoa Humana compõem a sua Dignidade, e, por esta razão a categoria Dignidade da Pessoa Humana representa o respeito ao ser humano em um sentido amplo, que compreenda a Pessoa Humana por inteiro, como um ser dotado de vontade própria, consciência e liberdade de expressão.

3.1.2 Princípio da igualdade e direito à diferença

O princípio da igualdade pressupõe que todos os indivíduos devem ser vistos e tratados de forma igualitária em relação aos seus direitos. Assim, conforme o Caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (Brasil, 1988)

Contudo, essa igualdade deve ser compreendida no limite das diferenças de cada indivíduo, visto que cada ser humano é um ser único e individual, com necessidades individuais, daí fala-se do direito à diferença.

O direito à diferença, contudo, já pressupõe a existência de um padrão, pois ao se pressupor que algo é diferente, é necessário que se entenda o que é ser diferente. O Direito passa a reconhecer os movimentos étnicos e sociais, garantindo a participação na sociedade, porém lembrando-se da existência de um padrão.

José Luiz Quadros Magalhães (2013) faz importantes considerações ao compreender o direito à diferença e o direito à diversidade como infiltrações modernas, isto é, movimentos de resistência que visam contrariar a discriminação e a

¹⁹ NUNES, 2002, p. 49.

uniformização da construídas na Modernidade.

Considera ainda o autor que os movimentos atuais ao lutarem por reconhecimento buscam ser acolhidos pelo sistema. O que deveria ser um direito transforma-se em permissão, o que faz com que a luta seja contaminada pela própria estrutura fornecida pelo sistema. Logo, o direito à diferença não gera quebra de hegemonias, apenas reforça a idéia do diferente, do “outro”.

3.1.3 Princípio da autodeterminação

O ordenamento jurídico-constitucional arrola entre os direitos fundamentais do indivíduo a intimidade e a vida privada, assegurando a sua inviolabilidade. As posições protegidas por esses direitos, somadas à liberdade geral de ação (CF, art. 5º, caput e II), fazem parte do núcleo essencial da autonomia da pessoa, do seu poder de autodeterminação.

Essa construção tem como um dos pontos de partida o conceito de exclusividade, segundo o qual existe um espaço em que se faz possível ao indivíduo viver, em sua maior intensidade, aquilo que o diferencia dos demais, mediante a atuação de um direito de livre desenvolvimento da personalidade, num espaço de reserva não compartilhado com os demais, incutido na esfera da privacidade.

A autodeterminação sexual, que se encontra no centro de toda vida privada, pode ser compreendida como a possibilidade de cada indivíduo de viver livremente sua própria sexualidade, afirmando-a como signo distintivo próprio da identidade sexual, que engloba a livre escolha de seus parceiros e a oportunidade de manter com eles, de maneira consentida, relações sexuais.²⁰

Assim, entende-se que a autonomia sexual insere-se na esfera de intimidade e vida privada do indivíduo, que pode optar pela orientação sexual que lhe aprouver e, livremente, relacionar-se com quem bem desejar. Como esse direito se configura em nível normativo de princípio, seu atendimento deve ser efetivado, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, na maior medida.

²⁰ SAMPAIO, 2013, p. 277-278.

3.2 A pessoa natural e os direitos da personalidade

Os Direitos da Personalidade, também conhecidos como Direitos Individuais, Direitos Originários, Direitos Subjetivos e Direitos sobre a Própria Pessoa correspondem àqueles Direitos relacionados à Tutela da Pessoa Humana, indispensáveis à proteção da dignidade e integridade das pessoas.

Pertencentes ao rol dos Direitos Fundamentais são oriundos do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. São considerados absolutos, imutáveis, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, inatos e de efeito *erga omnes*. São, ainda, Direitos não patrimoniais, porém, se lesados, gera-se Direito à Indenização pelo Dano.

De acordo com o artigo 2º do Código Civil Brasileiro, “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”²¹ Assim, o ser humano, titular de Direitos e Obrigações, ao nascer com vida, contrai capacidade civil e, portanto personalidade jurídica.

Ressalta Venosa que, “a personalidade não é exatamente um direito, mas um conceito básico sobre o qual se apoiam os direitos, pois o simples fato de ser pessoa é suficiente para que o indivíduo possua personalidade e desta forma todos os direitos que dela emanam.”²²

Assim, o estudo passa agora a discutir acerca de tais direitos no esteio da questão transexual, quais sejam o Direito ao Corpo e o Direito ao Nome.

3.3 Direito ao corpo

Para a completa harmonização entre corpo e mente, no transexual, é necessária a cirurgia de adequação sexual. A determinação do sexo não é apenas baseada na genitália, sendo que o sexo da pessoa equivale a um conjunto dos fatores biológicos, psíquicos e sociais, segundo a psicanálise o “ser homem” ou “ser mulher” é determinação psíquica de cada indivíduo.

²¹ BRASIL, 2002.

²² VENOSA, 2010. p. 169.

Segundo Maria Helena Diniz²³ pondera uma subjetividade destes direitos, com a possibilidade das pessoas protegerem o que é próprio, sua vida, sua integridade física. Segundo o Artigo 13 do Código Civil de 2002, “salvo por exigência médica, o indivíduo não pode dispor do próprio corpo, quando isso importar em diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes”²⁴

A cirurgia de adequação sexual, segundo o Artigo 6º da resolução 1955/10 do Conselho Federal de Medicina, só pode ser feita com o consentimento livre e esclarecido, ainda cita-se o Artigo 4º da mesma resolução, em sua redação:

Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo aos critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:

- 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;
- 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
- 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.(CFM. Res.1955/2010)

O sentimento certo de pertencer ao sexo oposto permeia o transexual desde os primeiros sinais, e tem caráter progressivo, impulsionando a recusa dos seus órgãos genitais e o sexo designado na sua certidão de nascimento, o indivíduo não quer apenas mudar o sexo, a modificação é imposta de forma irresistível ao indivíduo devido a condição psíquica, sendo a principal solicitação a adequação da sua aparência com o verdadeiro sexo, sendo o direito à integridade física ligado, por vezes, ao direito à saúde, o que torna o direito variante.

3.4 Direito ao nome

Os direitos da personalidade têm por finalidade proteger e promover a pessoa humana, uma vez que dotada de dignidade. Nesse caminho, um dos aspectos fulcrais que se apresenta refere-se à identidade pessoal, que tem como uma de suas expressões o direito ao nome.

O nome, segundo explica Venosa (2010), é uma das manifestações mais expressivas da personalidade, pois é uma forma de individualização da pessoa na

²³ DINIZ, 2002.

²⁴ BRASIL, 2002.

sociedade, que se perpetua mesmo após a morte. É através dele, destaca o autor, que aquela fica conhecida no seio da família e da comunidade em que vive.

Sendo assim, conforme enuncia Brandelli (2012, p.34), o direito ao nome é um direito inato à existência humana, pois possibilita à pessoa distinguir-se das demais. Por meio dele, é possível que alguém se refira a outrem de maneira única e inconfundível.

Moraes (2000, p.52) em relação ao nome e o seu significado:

A relevância do nome, então, não se reduz, como outrora, à designação como pertencente a determinada família. O nome hoje, conforme a doutrina de Cornu, tende a se “integrar à pessoa até se tornar o sustentáculo dos outros elementos, o anteparo da identidade da pessoa, a sede do seu amor-próprio”. Neste sentido, uma nova luz foi trazida pela Psicanálise, ao estabelecer que o nome é suporte não só da identidade social mas também da identidade subjetiva (...).”

Kumpel (2011) assevera que o nome é direito personalíssimo que tem a função de individuar e identificar a pessoa, garantindo-lhe lastro histórico, cultural, familiar e social e tornando-a um indivíduo uno e senhor de suas próprias relações jurídicas. Essa é uma questão extremamente importante para o governo, porém consiste, principalmente, uma expressão que aponta aspectos morais e físicos, ou seja, “um conjunto de potencialidades do ser humano”.

Em consonância com este entendimento, o Código Civil brasileiro de 2002 prevê, no artigo 16, em sua primeira parte, que “*toda pessoa tem direito ao nome*”.²⁵ Encerra-o como um direito da personalidade e, por conseguinte, sucedâneo necessário da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações entre os indivíduos.

3.4.1 Do direito a alteração de nome pelo transexual

O nome é o meio que possibilita a identificação do indivíduo diante dos demais, assim, o nome carrega toda a carga de vida da pessoa, seja por uma boa ação, seja por uma dívida, é a forma do indivíduo se mostrar na sociedade.

Silvio Venosa atribui ao nome o seguinte conceito:

O nome é uma forma de individualização do ser humano na sociedade, mesmo após a morte. Sua utilidade é tão notória que há a exigência para

²⁵ BRASIL, 2002.

que sejam atribuídos nomes a firmas, navios, aeronaves, ruas, praças, acidentes geográficos, cidades etc. O nome, afinal, é o substantivo que distingue as coisas que nos cercam, e o nome da pessoa a distingue das demais, juntamente com outros atributos da personalidade dentro da sociedade. É pelo nome que a pessoa fica conhecida no seio da família e da comunidade em que vive. Trata-se da manifestação mais expressiva da personalidade. (2005, p. 211).

Código Civil traz a proteção ao nome com um direito que pertence à personalidade, e por consequência, o mesmo código veda a publicidade sem autorização ainda que sem intenção difamatória conforme transcrição:²⁶

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. (BRASIL, 2002)

Durante algum tempo o indivíduo transexual teve grande dificuldade quanto à alteração do nome e do sexo no Registro Civil. O único meio possível era via autorização judicial, onde o magistrado decidia de acordo com caso em questão e inicialmente a autorização só abarcava aquelas que já houvessem feito a cirurgia de redesignação sexual.

Um ponto interessante a ser lembrado é que o judiciário quando da decisão em relação a alteração no registro, sempre teve como base o princípio da dignidade da pessoa humana, prezando assim pelos direitos fundamentais básicos de todo ser humano.

Importando dizer então que ainda que não houvesse previsão legal, o julgador sempre buscou a interpretação do conteúdo constitucional prezando pelo respeito, inclusão, igualdade e dignidade do indivíduo transexual, buscando a não discriminação.

Adriana Maluf assevera que:

[...] atender ao princípio da isonomia, previsto nos artigos 1º, III, IV e 3º, III, IV da CF, que proíbe qualquer prática discriminatória para a dignidade da pessoa humana, para os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, acesso ou manutenção do trabalho por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. (MALUF, 2003, p.66)

²⁶ BRASIL, 2002.

Interessante ao estudo, até para melhor compreensão das mudanças legais, observar algumas decisões anteriores acerca da alteração de nome e gênero, assim, segue colacionado alguns julgados pertinentes.

O primeiro julgado advém de decisão do Superior Tribunal de Justiça no RE: 1008398, onde a corte entendeu pela retificação do nome, bem como da mudança de sexo para feminino após a cirurgia de redesignação prevalecendo o princípio da dignidade da pessoa humana.

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. - A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo. - Conservar o sexo masculino no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente. - Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado

seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido. - Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73. - Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto à adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar. - Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna. - De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar imperfeições como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado. Recurso especial provido". (STJ - REsp: 1008398 SP 2007/0273360-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/10/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 18/11/2009.²⁷

Um verdadeiro Estado Democrático de Direito respeita e cumpre todos os direitos que são inerentes aos cidadãos. Os indivíduos transexuais, apenas querem ver os seus direitos respeitados, inclusive o direito de poder ter uma nova identidade sexual, qual seja do masculino para o feminino, ou vice-versa, sendo assim, o direito à intimidade estaria sendo violado.²⁸

Em outras ocasiões os julgadores penderam pelo menos entendimento, a exemplo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais também entendeu pela mudança

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp: 1008398 SP 2007/0273360-5, Relator: Ministra Nancy Andrihi. DJe 18/11/2009. Disponível em:< <https://www.jusbrasil.com.br/>> Acesso em:15 de novembro de 2018.

²⁸ VIEIRA, 2002.

após cirurgia de redesignação, conforme se vê:

Ementa: Embargos infringentes. Transexual. Retificação de registro. Nome e sexo. Negar, nos dias atuais, não o avanço do falso modernismo que sempre não convém, mas a existência de um transtorno sexual reconhecido pela medicina universal, seria pouco científico. Embargos acolhidos para negar provimento à apelação, permitindo, assim, a retificação de registro quanto ao nome e sexo do embargante. Revelando sua transexualidade e não homossexualidade, o embargante nunca manteve relação sexual e qualquer apetite por uma mulher. Só relacionou-se com homens e há 10 (dez) anos convive com um. Para regularizar sua situação, procurou por 4 (quatro) anos tratamento psicológico, psicoterápico e psiquiátrico. Após muitos estudos e exames, conseguiu o seu intento, qual seja, a autorização cirúrgica para a mudança do sexo. Para essa cirurgia, foram tomados todos os cuidados determinados pelo Conselho Federal de Medicina. Afinal, em 28.02.2001, foi realizada a cirurgia de alteração de sexo, com sucesso. Segundo se enxerga dos autos, os problemas emocionais e psicológicos do embargante foram solucionados: tornou-se uma pessoa realizada e se identificou com sua personalidade feminina, passando a ter relações sexuais normais, completas e com prazer. Agora, para completar sua felicidade e acabar com as inconveniências de ter nome e documentos masculinos e ser mulher, deve, como pede, ter o prenome Bruna e o sexo feminino constar no seu registro civil. Tudo está devidamente comprovado nos autos. Negar, nos dias atuais, não o avanço do falso modernismo que sempre não convém, mas a existência de um transtorno sexual reconhecido pela medicina universal, seria pouco científico. (TJMG, EI 1.0000.00.296076-3/001, 4ª CCTJMG, Rel. Des. Carreira Machado, J. 22.04.2004, Publ. 08.06.2004)²⁹

Até agora os julgados apenas constavam o entendimento favorável quando da cirurgia de redesignação, contudo, a evolução da sociedade trouxe ao judiciário a inovação quando o Tribunal de Justiça do Sergipe, em 2012, autorizou a mudança do nome de um transexual sem a realização da cirurgia transgenitalização, provendo parcialmente o apelo:

Apelação Cível - Retificação de Registro - Transexual não submetido a cirurgia de alteração de sexo - Modificação do prenome - Possibilidade - Autor submetido a situações vexatórias e constrangedoras todas as vezes em que necessita se apresentar com o nome constante em seu Registro de Nascimento - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana - Alteração do gênero biológico constante em seu registro de masculino para transexual sem ablação de genitália - Impossibilidade - Sentença reformada - Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ-SE, Relator: DESA. MARIA APARECIDA SANTOS GAMA DA SILVA, Data de Julgamento: 09/07/2012, 1ª.CÂMARA CÍVEL)³⁰

²⁹ Brasil. Tribunal de Justiça de MG. EI 1.0000.00.296076-3/001, 4ª CCTJMG, Rel. Des. Carreira Machado, J. 22.04.2004, Publ. 08.06.2004. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/> Acesso em: 15 de novembro de 2018.

³⁰ BRASIL. TJ-SE. Apelação Cível. Relator: DESA. MARIA APARECIDA SANTOS GAMA DA SILVA, Data de Julgamento: 09/07/2012, 1ª.CÂMARA CÍVEL. 2012. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/> Acesso em: 15 de novembro de 2018.

Seguindo o mesmo entendimento o Triunal de Justiça do Rio Grande do Sul também entendeu pela autorização da mudança independentemente da cirurgia de redesignação, assim, conforme julgado colacionado:

APELAÇÃO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. TRAVESTISMO. ALTERAÇÃO DE PRENOME INDEPENDENTEMENTE DA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E À DIGNIDADE. A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração. A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social. DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70030504070, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 29/10/2009)³¹

Observa-se a partir destes entendimentos a intenção do legislador em buscar garantir aos transexuais os direitos inerentes à personalidade, bem como o respeito aos princípios constitucionais inerentes.

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível Nº 70030504070, Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova, Julgado em 29/10/2009. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/> > Acesso em: 15 de novembro de 2018.

4 A PREVIDÊNCIA SOCIAL - CONCEITOS

A “Previdência Pública” ou “Previdência Social” é, conforme nos aponta o site da Previdência Social do Brasil, um seguro aos seus contribuintes, pela perda da capacidade laboral.

A Previdência Social é o seguro social para a pessoa que contribui. É uma instituição pública que tem como objetivo reconhecer e conceder direitos aos seus segurados. A renda transferida pela Previdência Social é utilizada para substituir a renda do trabalhador contribuinte, quando ele perde a capacidade de trabalho, seja pela doença, invalidez, idade avançada, morte e desemprego involuntário, ou mesmo a maternidade e a reclusão. (Previdência Social, 2010)

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) tem suas políticas elaboradas pelo Ministério da Previdência Social (MPS) e executadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal a ele vinculada. Este Regime possui caráter contributivo e de filiação obrigatória. Dentre os contribuintes, encontram-se os empregadores, empregados assalariados, domésticos, autônomos, contribuintes individuais e trabalhadores rurais.

A Previdência oferece quatro tipos de aposentadoria para os seus segurados. A aposentadoria por idade, a aposentadoria por tempo de contribuição, a aposentadoria por invalidez, e a aposentadoria especial³²

4.1 Princípios da Seguridade Social

Assim como os demais ramos do Direito, a ceara previdenciária também tem sua aplicabilidade embasa em certos princípios que servem de suporte à esta.

Conforme assevera Ronald Dworkin (2007), os ramos e as teorias jurídicas não prescindem de outras bases além das puras regras trazidas pela legislação diante da sua fragilidade, sendo pois fundamental a inserção dos princípios como fontes do direito para servir de guia para caminhos distintos.

³² BRASIL. GOV.BR. Previdência: confira os tipos de aposentadoria existentes no Brasil. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/05/confira-os-tipos-de-aposentadoria-existent-no-brasil>>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

Existem alguns princípios gerais mais aplicáveis à Seguridade Social como o princípio da igualdade, da legalidade e do direito adquirido, contudo, também a Carta Magna traz em seu artigo 194, parágrafo único, os principais princípios que regem a Seguridade Social, assim, conforme transcrição³³:

Art. 194. [...].

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

I - universalidade de 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;

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. (BRASIL, 1988)

Os referidos princípios figuram como normas constitucionais servindo de diretriz para a interpretação da lei. Não obstante os aí mencionados, importa lembrar que há, também, o princípio da Solidariedade, muito embora não conste expressamente do texto legal é visto como um postulado fundamental do Direito da Seguridade Social.

4.1.1 Princípio da solidariedade

O princípio da solidariedade, é um princípio implícito da carta Magna, abstraído de ser seu art. 3º, inciso I, de onde se lê que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, por essa concepção é o mesmo considerado um postulado fundamental do Direito da Seguridade Social.³⁴

³³ MARTINS, 2011, p. 46.

³⁴ MARTINS, 2011.

Segundo entendimento de Martinez (2010, p. 121), “Solidariedade quer dizer cooperação da maioria em favor da minoria, em certos casos, da totalidade em direção à individualidade”.

Importa dizer então que há uma contribuição mútua e geral, onde todos contribuem para o sistema, assegurando benefícios para aqueles que necessitarem. Assim, quando um indivíduo estiver necessitado ele estará amparado pelo todo.

É de suma importância elucidar que as pessoas que tiverem melhores condições de contribuir deverão prover com uma parcela maior o financiamento da Seguridade Social. Por outro lado, os que tiverem menores condições financeiras deverão ter uma participação menor no custeio do sistema, sem, no entanto, deixarem de contribuir.³⁵

4.1.2 Princípio da universalidade de cobertura e do atendimento

Segundo este princípio a cobertura do sistema da Seguridade Social comporta a todos àqueles residentes no país, assim, todos poderão fazer jus aos benefícios, desde que atendidos os requisitos para tal.³⁶

Portanto, com fundamento neste princípio, todas as pessoas residentes no país têm direito aos benefícios previstos em lei, desde que a elas estendidos, sem distinção de nenhuma natureza.

O princípio da universalidade se baseia ainda em duas questões, sendo a universalidade de cobertura que figura no polo objetivo, relacionado as contingências que serão cobertas pelo sistema. E a universalidade de atendimento no polo subjetivo, assim, diz respeito às prestações que os cidadãos necessitam dentro dos termos da lei.³⁷

Em suma, a universalidade de cobertura trata da proteção dos riscos sociais, enquanto a universalidade de atendimento visa a proteção dos sujeitos.

³⁵ MARTINS, 2011.

³⁶ MARTINS, 2011.

³⁷ Idem.

4.1.3 Princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais

O princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais cuida da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços de todas as pessoas, exceto àqueles cobertos pelo regime próprio.³⁸

A uniformidade está aqui relacionada ao tratamento igualitário que deve ser dado aos trabalhadores urbanos e rurais, tendo como fundamento o art. 7º, da Carta Magna. Tendo como regra a isonomia de tratamento, ressalvando, porém, que, não obstante essa questão há ainda exceções previstas no texto constitucional.

Seguindo o entendimento a questão da equivalência cuida do aspecto pecuniário das prestações, estabelecendo a vedação de critérios diversificados para cálculo de benefícios, de maneira que todos devam ser calculados igualmente, ainda que em relação a valores diferentes³⁹

4.1.4 Princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços

O princípio da seletividade e distributividade está atrelado à seleção e distribuição das prestações, que são divididas em benefícios (pagamento em dinheiro) e serviços (bens imateriais disponíveis às pessoas), que serviram de cobertura para os riscos e contingências sociais que venham a acometer à população. Essa seleção tem como base as possibilidades econômico-financeiras do sistema, de acordo com os benefícios e serviços determinados por lei.

Martins (2011) traz o entendimento de que a seletividade é um contrapeso do princípio da universalidade, havendo assim a seleção dos riscos e prestações a serem cobertos assim como dos beneficiários a serem protegidos, buscando acobertar o maior número de pessoas possíveis.

³⁸ MARTINS, 2011.

³⁹ HORVATH JÚNIOR, 2010.

4.1.5 Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios

O princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios consubstancia-se na vedação à redução do valor nominal e a realização de descontos dos benefícios. Segundo o art. 201, §2º, da Constituição Federal os benefícios substitutivos do rendimento do trabalhador é não poderão ser inferiores a um salário mínimo, excluindo-se aí o referente a auxílio-acidente e salário-família.⁴⁰

Cretella Júnior citado por Mattos (2007) acerca deste princípio:

A irredutibilidade do valor dos benefícios é outro dos pilares orientadores do Poder Público, na organização da seguridade social. Assim, uma vez concedido, deverá o benefício manter-se inalterado, ou seja, conservando o poder aquisitivo inicial. Além disso, como medida complementar, para a referida manutenção, deverão ser outorgados reajustamentos periódicos do valor recebido, o que, nas épocas de inflação galopante, tem maior importância. Como manter o padrão de vida, já baixo, com benefícios corroídos pela constante desvalorização da moeda? Se prevalecesse a regra da redutibilidade dos benefícios, o quantum, já irrisório, perderia todo o significado, no campo da seguridade social, pois insuficiente para quem outorga a função social, que lhe é inerente.

Pode-se entender assim que a irredutibilidade dos benefícios é imprescindível, uma vez que mantêm o poder de compra diante da inflação, evitando perdas ao segurado.

Feitas tais considerações importa aqui discutir acerca das aposentadorias, sendo relevantes ao estudo a aposentaria por idade e por tempo de contribuição.

4.1 Aposentadoria por idade

A aposentadoria por idade é o benefício que visa garantir proteção previdenciária à velhice, sendo devida ao segurado que completar 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher, regulada pela Lei nº 8.213 e é observada no inciso I do art. 201 da Constituição.

Rocha e Baltazar Júnior⁴¹, asseveram que:

Para obter aposentadoria por idade, deverá o segurado comprovar a carência de 180 (cento e oitenta) contribuições ou 15 (quinze) anos (art. 25, II), observada a regra de transição do art. 142, cuja aplicação pode

⁴⁰ BRASIL, 1988.

⁴¹ ROCHA, Daniel Machado da; JÚNIOR, José Paulo Baltazar. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 2ª ed. revista atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ser conferida nos comentários a este dispositivo. Além disso, o requisito específico é a idade de 65 (sessenta e cinco) anos para o homem e de 60 (sessenta anos) para mulher (CF, art. 202, II, alterado pela EC nº 20/98) e LBPS, art. 48).

Esses limites são reduzidos para 60 e 55 anos de idade para os trabalhadores rurais homens e mulheres, respectivamente, conforme previsão constitucional (art. 201, parágrafo 7º, inciso II, na redação atual).

A renda mensal da aposentadoria por idade corresponde a uma parcela básica de 70% do salário-de-benefício, mais 1% por grupo de doze contribuições, até o máximo de 100% (art. 51 da Lei 8.213/91).

4.2 Aposentadoria por tempo de contribuição

A aposentadoria por tempo de contribuição é um benefício previdenciário devido aos segurados que, independentemente de idade mínima, satisfaçam os requisitos de carência e tempo de contribuição, possuindo previsão no art. 201, § 7º, da Constituição Federal de 1988, no art. 52 e seguintes da Lei nº 8.213/91, e também no art. 56 e seguintes do Decreto nº 3.048/99.

Conforme Kertzman⁴²:

É o benefício devido aos segurados que tiverem contribuído durante 35 anos, se homem, ou 30, se mulher. Esses limites serão reduzidos em cinco anos para o professor que comprove, exclusivamente, tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental.

Este modelo de aposentadoria é um benefício opcional existente na Previdência Social, que é oferecido para os segurados que preferem não esperar a idade prevista em Lei, para conseguir se aposentar pelo INSS. Assim, a também chamada aposentadoria por tempo de serviço é liberada assim que o beneficiado em questão já trabalhou todo o período exigido por lei.

4.3 A previdência social e a questão dos transgêneros

Muito embora a CR/1988 tenha estabelecido um novo patamar de tratamento para homens e mulheres, dispondo no art. 5º que estes são iguais em direitos e

⁴² KERTZMAN, Ivan. **Para aprender Direito**, São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2005

obrigações, ainda subsistem no ordenamento jurídico infraconstitucional marcas da desigualdade de gênero, pois, apesar do ideal de igualdade preconizado pela Constituição, há dificuldades reais de torná-lo efetivo quando o assunto envolve transgênero.

A intervenção do Estado, nestes casos, na obrigatoriedade de filiação dos trabalhadores para ter acesso as políticas sociais estabelecidas pelo modelo de Estado contemporâneo, está diretamente ligada a dignidade da pessoa humana, daí a importância de destacar os fundamentos da previdência social e relaciona-los com a questão da aposentadoria dos transexuais.

A dignidade não se resume a um ato, mas ao conjunto de atos que levam ao bem-estar e a satisfação de cada um em ser feliz da maneira como é, e não é outra a função do poder estatal, senão a de assegurar o bem comum da sociedade a que serve.⁴³

Os fenômenos que levaram a existir uma preocupação maior do Estado em relação ao campo previdenciário como Direito Social, no sentido de assegurar direitos mínimos na relação de trabalho ou de garantir o sustento, temporária ou permanentemente, quando diminuída ou eliminada a capacidade para promover a si mesmo e a seus familiares, encontram-se respaldados nos Direitos Fundamentais, conforme sintetiza Alexandre de Moraes:

Os Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social. (MORAES, 2004, p. 203).

É por isso que a Previdência Social estabelece, mediante normas ditadas pelo Estado, a obrigatoriedade de filiação dos trabalhadores a um regime de previdência social, pois através desta inserção é possível verificar qual a melhor forma de intervir e auxiliar nas necessidades de cada contribuinte.

Para prestar a assistência devida, alguns fundamentos basilares como a solidariedade social, a compulsoriedade da filiação a um regime, a proteção aos previdentes, bem como a redistribuição da renda levando em consideração o risco social de cada indivíduo e a fruição da previdência como sendo segurança social,

⁴³ CASTRO; LAZZARI, 2015, p. 19.

são fatores importantes para garantir a dignidade independente do gênero que se reconhece.⁴⁴

Poder-se-ia dizer que o Estado, na sua função primordial de promover o bem-estar de todos (art. 3º, IV, da CF), deve velar pela segurança física e moral do indivíduo. (BRASIL, 1988).

Ao impor que a sociedade participe do regime de seguro social, por meio de aportes que garantam recursos financeiros à aplicação da política social, não há falar em discriminação de gênero, tampouco deixar desguarnecido aqueles que contribuíram ou contribuem para a manutenção do sistema previdenciário.

O Estado Social, com seus princípios de legalidade e igualdade perante a lei, e a inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito; deve buscar sempre políticas nas áreas de interesse da população menos favorecida, no escopo de erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades sociais.

A noção fundamental de que a previdência social é um direito subjetivo do indivíduo, exercitado em face da sociedade a que pertence, personificada na figura do Estado-Providência, impõem o dever de participação de todos os contribuintes no regime de seguro social, caso deseje desfrutar das benesses desse sistema.⁴⁵

6.3.1 Aposentadoria do transgênero e a falta de previsão normativa

No sentido do que já foi apresentado, ainda que a legislação tenha se manifestado em relação à adequação da realidade quando a mente ao corpo e o reconhecimento da existência fática daquele indivíduo, quando da autorização para que este altere seu nome para um exteriorize a sua realidade, a legislação previdenciária ainda se mostra omissa, o que é de fato um problema diante da realidade apresentada, quando se imagina a dissonância e complicação quando do requerimento do benefício pelo indivíduo transexual, entrando aí diversos impasses que carecem de observação para serem dirimidos.

⁴⁴ CASTRO; LAZZARI, 2015, p. 19-28.

⁴⁵ CASTRO; LAZZARI, 2015, p. 29.

Segundo o professor Wagner Balera⁴⁶ em entrevista ao portal da Band, o mesmo afirma que “a legislação previdenciária brasileira deveria garantir a transexuais o direito de acesso a benefícios com a identidade assumida após a mudança de gênero, mas é omissa e não cumpre o seu dever.”.

O que se tem é que diante da realidade fática e iminente, a negligência do Estado é visível frente à necessidade de garantia do acesso ao benefício previdenciário em sua plenitude, uma vez que se o esteio desta concepção está previsto nos princípios basilares, é ultrajante imaginar que essa questão ainda careça de resolução. Ainda mais quando colocada a realidade do indivíduo transexual que se verá diante de duas questões, uma onde este assume sua identidade e se vê sem a possibilidade do benefício, e outra onde este se nega para prover sua subsistência. Ideia que ainda assim não comporta uma solução moral, uma vez que o benefício deveria ser concedido conforme o gênero do solicitante no momento do pedido.

A realidade atual ainda traz outra questão, uma vez que na falta de previsão o indivíduo irá buscar as vias judiciais e mesmo assim sem o mínimo de certeza de que irá ali obter alguma solução para o caso.

O professor Balera⁴⁷ defende o princípio da boa-fé e não aplicação de regra de mitigação e sim a regra mais favorável. Ou seja, o benefício deveria ser concedido com base no gênero do solicitante no momento do pedido, contudo essa opção encontra barreiras quanto a falta de legislação ou precedentes legais.⁴⁸

Segundo o cientista político Frederico de Almeida⁴⁹ entende que deveria ser utilizada a regra do fator previdenciário (art. 32 § 11 do Dec.3048/99), pois, se uma pessoa ao alterar seu sexo, em tese, estaria ao abrigo da legislação deste novo sexo (Homem se aposenta aos 35 anos de contribuição e mulher aos 30 anos). Entende então haver uma necessidade de mitigação do direito, nem questões como vantagem ou desvantagens, a exemplo de alguém de troque de sexo para se aposentar mais cedo.

Assim, conforme exemplifica, o homem com 25 anos de Tempo de Contribuição, precisaria contribuir mais (10 anos) para completar os (35 anos). Ao

⁴⁶ BALERA, Wagner. Especialista: Previdência é omissa com transexuais. In: Portal Band. Jun. 2015. Disponível em: <<http://noticias.band.uol.com.br/economia/noticia/100000757140/previdencia-e-omissa-com-transexuais-diz-especialista.html>> Acesso em: 15 de novembro de 2018.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ FERNANDES, 2015.

⁴⁹ SUSTENTAÇÃO, 2017.

tornar-se trans, feminino, precisaria de somente mais 05 anos. Tem-se aí uma realidade injusta. Agora, aplicando-se a regra de três: (10 anos) faltantes divididos por (35 anos); encontra-se a taxa de 28,57%. Aplicando-se a mesma taxa para o sexo feminino, implica que o tempo devido passa a ser 28,57% vezes (30 anos) igual a 8,5710 anos de contribuição, que somados aos 25 anos já vertidos, perfaz um total de 33,5710 anos, 33 anos e 06 meses.

Seguindo esta formula estaria sendo resguardado o equilíbrio financeiro e atuarial, bem como não haveria que se falar em questões como vantagem em trocar de sexo para poder se aposentar mais cedo, da mesma forma estaria sendo respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.4 Precedente internacional

A legislação pátria atual vem seguindo o reflexo do que já é entendido em alguns países, como exemplo no ano de 2016, no Reino Unido, os juízes da Suprema Corte entenderam pela concessão de aposentadoria uma pessoa transexual que nasceu homem, mudou de sexo e tornou-se mulher, mas nunca alterou o sexo no registro civil.

No caso em questão, a mulher trans nasceu homem e se casou com outra mulher. Depois de alguns anos, se submeteu a uma cirurgia de mudança de sexo, mas não quis alterar o gênero no registro civil. Aos 60 anos, essa mulher tentou se aposentar, mas seu pedido foi negado com o argumento de que, como ainda estava registrada como homem, teria de esperar mais cinco anos para ter direito à aposentadoria. O caso foi parar na Corte Europeia de Direitos Humanos, conforme explica Tárzis Nametala Sarlo Jorge, que condenou a Inglaterra a conceder a aposentadoria para a mulher trans seguindo o critério de idade previsto para as mulheres.⁵⁰

⁵⁰ IBDFAM. A transexualidade e a questão das aposentadorias. 2018. Disponível em:< <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6711/A+transexualidade+e+a+quest%C3%A3o+das+aposentadorias>>. Acesso em: 13 de novembro de 2018.

5 REPERCUSSÃO NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO DOS TRANSGÊNEROS

5.1 Recurso Extraordinário 670.422

Atualmente o entendimento das Cortes Superiores tem se mostrado totalmente favorável à alteração de nome e gênero mesmo sem cirurgia de redesignação. Assim foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quando do julgado do RE nº 670.422, onde a 4ª Turma concluiu que a identidade psicossocial prevalece em relação à identidade biológica, não sendo a intervenção médica nos órgãos sexuais um requisito para a alteração de gênero em documentos públicos, conforme julgado colacionado:

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI RECTE.(S) :S T C ADV.(A/S) :MARIA BERENICE DIAS RECDO.(A/S) :OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE, ENTRE OUTROS, E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Teori Zavascki. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Teori Zavascki.

De certo este foi um grande avanço quando a alteração do Registro Civil aos transexuais, onde se viu a busca pela proteção aos princípios básicos do direito, seguido pela ADIN nº 4275, conforme se verá abaixo.

5.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275/DF foi proposta pela Procuradoria Geral da República, em 21 de julho de 2009, visando atribuir interpretação conforme à Constituição ao art. 58 da Lei 6.015/1973, na redação dada pela Lei 9.708/98, reconhecendo o direito dos transexuais a substituir o prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização, buscando interpretação conforme a Constituição ao Direito dos transexuais, bem como conforme

as disposições constates do Pacto de São José da Costa Rica.

No julgamento, o Supremo Tribunal Federal ampliou o alcance da ADI reconhecendo aos transgêneros (transexuais e travestis) o direito de alterar o prenome e sexo no registro civil, não exigindo o cumprimento de qualquer requisito objetivo nem subjetivo, conforme julgado colacionado abaixo, ao qual é mostra-se interessante a leitura completa.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL V O T O O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A questão constitucional em jogo envolve definir a interpretação do artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 consentânea com a Carta Federal, relativamente à possibilidade de transexual alterar o registro civil de nome e gênero. Eis o teor do preceito: Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. Rejeito a preliminar, suscitada pela Advocacia-Geral da União, de inadmissibilidade da ação direta. O artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 permite a técnica de interpretação conforme à Carta Federal. Embora lacônico, o dispositivo encerra situação excepcional na qual autorizada a substituição do prenome por apelido público notório. O exame do alcance desta última expressão revela a polissemia da norma, sobretudo a partir das balizas do Texto Maior. A ressaltar essa óptica, o preceito tem sido utilizado por magistrados para afastar o direito à mudança do prenome e gênero averbados relativamente a transexual, consoante revelam as decisões judiciais anexadas à petição inicial (folha 31). A controvérsia submetida ao Supremo consiste em definir se, ante a norma, é possível a modificação de prenome e gênero de transexual no registro civil, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, estabelecendo-se a interpretação do artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 em harmonia com o Diploma Maior. A adequada solução da questão pressupõe a fixação de premissas corretas no tocante à terminologia própria, sob pena de confundir expressões e vocábulos. A transexualidade, versada nesta ação, não é o mesmo que a homossexualidade – na qual delimitada a orientação sexual –, tampouco alcança travestis – uma vez ausente a repulsa pela genitália do sexo biológico. Segundo as palavras de Maria Berenice Dias²: 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. O tema é sensível e envolve valores constitucionais de importância maior. Cabe indagar: mostra-se legítimo recusar a transexuais o direito à alteração do prenome e gênero no registro civil? A resposta é desenganadamente negativa. É tempo de a coletividade atentar para a insuficiência de critérios morfológicos para afirmação da identidade de gênero, considerada a dignidade da pessoa humana. Descabe

potencializar o inaceitável estranhamento relativo a situações divergentes do padrão imposto pela sociedade para marginalizar cidadãos, negando-lhes o exercício de direitos fundamentais. A tutela estatal deve levar em conta a complexidade ínsita à psique humana, presente a pluralidade dos aspectos genésicos conformadores da consciência. É inaceitável, no Estado Democrático de Direito, inviabilizar a alguém a escolha do caminho a ser percorrido, obstando-lhe o protagonismo, pleno e feliz, da própria jornada. A dignidade da pessoa humana, princípio desprezado em tempos tão estranhos, deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-se à sociedade como de fato se enxerga. Solução diversa apenas reforça o estigma que conduz muitos cidadãos transgêneros à depressão, à prostituição e ao suicídio. É o que revela estudo conduzido pelas professoras Lílina Lopes Pedral Sampaio e Maria Thereza Ávila Dantas Coelho³: [...] As formas de lidar com as mais diversas situações são explicadas por Flávio como “um meio de ir levando essa coisa, mas que dói, dói. Eu não quero o meu nome como ele é; eu quero um nome masculino, que me represente no masculino” (Flávio). Essa situação se amplia com a dificuldade de ingresso e permanência no mercado de trabalho, mesmo para os que concluíram a formação universitária, como é o caso de mais uma dessas pessoas. Muitas vezes, a assunção da transexualidade implica o abandono do trabalho. Os homens contam que, como forma de sobrevivência, partem para o trabalho autônomo, quando conseguem, ou então se submetem a trabalhar para casas de prostituição, não se prostituindo, mas fazendo a propaganda do lugar. Trabalhar em borracharia é mais uma opção apresentada por Flávio, mas, segundo ele, extremamente difícil, por conta do machismo. Quando não conseguem nenhum trabalho, a alternativa que muitas vezes resta é o tráfico de drogas, o que, segundo Flávio, não é raro acontecer. [...] Surge relevante a autonomia da vontade, na vivência desimpedida do autodescobrimento, condição de plenitude do ser humano. É dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro, na seara do pluralismo, sem admitir o crivo da maioria sobre escolhas exclusivamente morais, sobretudo quando decorrem de inafastáveis circunstâncias próprias à constituição somática da pessoa. Cabe a cada qual trilhar a respectiva jornada, arcando com a responsabilidade imposta pela própria consciência, na busca pelos objetivos que se propôs a cumprir. Conseqüência lógica desse raciocínio é a autorização da mudança no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização. Observem a organicidade do Direito. A alteração no assentamento decorre da dignidade da pessoa humana, presente incompatibilidade da morfologia sexual com a identidade de gênero. Legitima-se a modificação para permitir que a pessoa possa viver plenamente em sociedade, tal como se percebe. Como se vê, os fundamentos para autorização da mudança do registro civil pressupõem não a submissão a procedimento cirúrgico, o qual altera apenas o aspecto anatômico, mas, sim, a condição de transexual. A disforia e o sofrimento dela decorrentes justificam a troca do prenome, com ou sem cirurgia. A ressaltar essa óptica, Maria Berenice Dias anota que, “atualmente, muitos transexuais não desejam realizar a cirurgia, ainda que não sintam prazer sexual não sentem repulsa por seus órgãos genitais”⁴. Impossível, juridicamente, é impor a mutilação àqueles que, tão somente, buscam a plena fruição de direitos fundamentais, a integral proteção assegurada pela dignidade da pessoa humana.

Contudo, a modificação do registro civil constitui situação excepcional no ordenamento jurídico. O critério morfológico, embora carente de mitigação, ainda é parâmetro relevante para a identificação de cidadãos. Nos casos em que não realizada a cirurgia de transgenitalização, a alteração do assentamento deve ser precedida da verificação de critérios técnicos aptos a comprovar a transexualidade. Mostra-se adequado observar o que preconizado na Resolução nº 1.955, de 3 de setembro de 2010, do Conselho Federal de Medicina. A norma dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização, estabelecendo os requisitos a serem atendidos pelo paciente a fim de redefinir, com segurança, os caracteres sexuais. Eis o teor dos dispositivos pertinentes:

RESOLVE: [...] Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: 1) Desconforto com o sexo anatômico natural; 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4) Ausência de transtornos mentais. Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto: 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo; 2) Maior de 21 (vinte e um) anos; 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia. Essas condições devem ser transpostas, no que couber, aos casos de modificação do registro civil sem a realização de cirurgia. Decisão com essa relevância pressupõe estar a pessoa em faixa etária condizente com o grau de amadurecimento necessário, bem assim diagnóstico de equipe médica especializada, em lapso temporal a revelar a definitividade da mudança. A alteração do assentamento de pessoa não submetida à transgenitalização deve ser condicionada ao preenchimento dos seguintes requisitos: (i) idade mínima de 21 anos – cumpre esclarecer, neste ponto, não estar em jogo a maioridade civil, alcançada, nos termos do Código Civil de 2002, aos 18 anos, mas, sim, a maturidade adequada para a tomada de decisão; e (ii) diagnóstico médico de transexualismo, consoante os critérios do artigo 3º da Resolução nº 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, por equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto. Vale notar que esses pressupostos devem ser aferidos em procedimento de jurisdição voluntária, com a participação do Ministério Público, observados os artigos 98 e 99 da Lei nº 6.015/1973. No campo da forma e da publicidade da mudança do registro civil, cabe acolher o pedido da Advocacia-Geral da União. A adequação do nome à identidade psicossocial de gênero não elimina o caminho trilhado até aquele momento pelo transexual. Trata-se da mesma pessoa, sendo responsável por atos praticados na situação anterior. Inexiste direito absoluto, de modo que a modificação de prenome e sexo no registro civil, embora relativa à esfera íntima, não pode ser justificativa para descontinuidade das informações registradas. É necessário resguardar o interesse público de sanar divergências ou dúvidas relativas ao estado da pessoa, consubstanciado no princípio da veracidade do registro. Isso não significa expor a constrangimentos ou preconceito. Qualquer discriminação por parte de terceiros, decorrente da condição de transgênero, será resolvida no campo da responsabilidade civil. O acesso de terceiros de boa-fé ao teor da averbação atinente à alteração do nome e do sexo deve ser, contudo, condicionado a autorização judicial, conferida em procedimento de jurisdição voluntária no qual demonstrado justo motivo para o levantamento do sigilo sobre o conteúdo da informação. Julgo parcialmente procedente o pedido para assentar, como interpretação do artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 compatível com a Constituição Federal, a possibilidade de mudança de prenome e gênero no registro civil, mediante averbação no registro original, condicionandose a modificação, no caso de cidadão não submetido à cirurgia de transgenitalização, aos seguintes requisitos: (i) idade mínima de 21 anos; e (ii) diagnóstico médico de transexualismo, presentes os critérios do artigo 3º da Resolução nº 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, por equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto. Tenho como inconstitucional interpretação do artigo que encerre a necessidade de cirurgia para ter-se a alteração do registro quer em relação ao nome, quer no tocante ao sexo. É como voto.⁵¹

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio Reqte. 2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 17

Nos termos deste julgamento, não é mais necessário obter nenhum laudo profissional bem como a abertura de processo judicial para que seja deferida a retificação do nome e gênero em cartório.

6 CONCLUSÃO

A partir do que foi observado em relação à questão dos transgêneros, apesar de o legislador estar buscando caminhos para a inserção e inclusão destes dentro do ordenamento jurídico e conseqüentemente em relação à sociedade em geral, ainda há muito que se falar sobre. Exemplo disso é a questão da aposentadoria, tema em que a lei ainda se mostra omissa, o que acaba por dar margem a interpretações e divergências doutrinárias e legais.

Contudo, a partir do entendimento acerca dos direitos pertinentes ao ser humano, à liberdade e igualdade, bem como a isonomia legal, é imprescindível que quando da interpretação da norma ou quando do julgamento legal o julgador esteja atento aos preceitos mínimos legais, em especial aos princípios constitucionais pertinentes, princípios estes que devem ser vir de norte para toda e qualquer relação jurídica.

Deste modo, pode-se entender que quando da aplicação das regras referentes ao RGPS em relação ao indivíduo transgênero, e mais ainda no que diz respeito à aposentadoria por idade e o impasse quando da divergência em relação ao gênero, a legislação deve ser aplicada de modo a garantir ao indivíduo o seu direito, com base no respeito à sua identidade apresentada. Assim, o benefício deveria ser concedido a partir do critério da boa-fé, uma vez que deve-se também cuidar para evitar possíveis fraudes ao sistema, porém também levando em consideração o gênero apresentado no momento do pedido do benefício, o que significa dizer que um transexual que nasceu como mulher e à época do benefício se apresenta como homem, deve ser tratado como tal, assim, utilizando-se as regras de cálculo referentes ao gênero masculino.

Por certo que o tema ainda será de grande discussão na celeuma jurídica, bem como no mundo acadêmico, ficando este trabalho como breve pesquisa, sem ter assim, o intento de esgotar o tema apresentado, mas somente engrandecer o estudo acerca do tema.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. *Especialista: Previdência é omissa com transexuais*. In: Portal Band. Jun. 2015. Disponível em: <<http://noticias.band.uol.com.br/economia/noticia/100000757140/previdencia-e-omissa-com-transexuais-diz-especialista.html>> Acesso em: 15 de novembro de 2018.

BRANDELLI, Leonardo. *Nome Civil da pessoa natural*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 25 mar. 2014

_____. *Conselho Federal de Medicina*. Resolução nº 1.955, de 12 de agosto de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a resolução CFM nº 1.1.652/02. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm> Acesso em: 25 mar. 2014.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 26 mar. 2014.

_____. GOV.BR. *Previdência: confira os tipos de aposentadoria existentes no Brasil*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/05/confira-os-tipos-de-aposentadoria-existent-no-brasil>>. Acesso em: 10 de novembro de 2018

_____. *Lei nº. 6.015 de 31 de dezembro de 1973*: dispõe sobre os registros públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm> Acesso em: 26 mar. 2014

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça - REsp: 1008398 SP 2007/0273360-5*, Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJe 18/11/2009. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/>> Acesso em: 15 de novembro de 2018.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275*, Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio Repte. 2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 17 de novembro de 2018.

BRASIL. *Tribunal de Justiça de MG*. EI 1.0000.00.296076-3/001, 4ª CCTJMG, Rel. Des. Carreira Machado, J. 22.04.2004, Publ. 08.06.2004. Disponível em: <

<https://www.jusbrasil.com.br/>> Acesso em:15 de novembro de 2018.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do-SE*. Apelação Cível. Relator: DESA. MARIA APARECIDA SANTOS GAMA DA SILVA, Data de Julgamento: 09/07/2012, 1ª.CÂMARA CÍVEL. 2012. Disponível em:< <https://www.jusbrasil.com.br/>> Acesso

BRASIL. *Tribunal de Justiça do RS*. Apelação Cível Nº 70030504070, Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova, Julgado em 29/10/2009. Disponível em:< <https://www.jusbrasil.com.br/>> Acesso em:15 de novembro de 2018

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

DE CASTRO, Carlos Alberto Pereira, LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. Rio de Janeiro, Forense, 2015

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNANDES, Daniel. *Especialista: Previdência é omissa com transexuais*. Band, São Paulo, 18 jun. 2015. Disponível em:<<http://noticias.band.uol.com.br/noticias/100000757140/especialista-previdencia-e-omissa-com-transexuais.html>>. Acesso em: 27 maio 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2ª ed. 18. Impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FOUCAULT, Michael. *A verdade e as formas jurídicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Parte geral. 12ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

HESPANHA, Antonio Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

HORVATH Júnior, Miguel. *Direito Previdenciário*. 6.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 8ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

IBDFAM. *A transexualidade e a questão das aposentadorias*. 2018. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6711/A+transexualidade+e+a+quest%C3%A3o+das+aposentadorias>>. Acesso em: 13 de novembro de 2018.

KUMPEL, Vitor Frederico. *A imutabilidade do nome civil*. Revista Âmbito-Jurídico, n. 87, ano XIV, abr 2011.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: companhia das Letras, 1999. p. 133.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estado Plurinacional e Direito Internacional*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Infiltrações (direito à diferença e direito à diversidade)*. Publicado em 16 de novembro de 2016. Disponível em: <http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2013/11/1378-ensaios-jose-luiz-quadros.html>, acesso em 19 de maio de 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *O direito da personalidade no novo código civil e os elementos genéticos para identidade da pessoa humana*. In *Novo Código Civil: Questões Controvertidas*. Série Grandes Temas de Direito Privado, vol. 1. São Paulo: Método, 2003, p. 66.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos de Direito da Seguridade Social*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 31ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2010.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Do valor real de benefício previdenciário*.

Boletim Jurídico, Uberaba, MG, ano 1, n° 1. Disponível em: <<http://boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=164>> Acesso em: 18 nov. 2007.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*: Décima sexta edição. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin: *Sobre o nome da pessoa humana*. Revista da EMERJ, v.3, n.12, 2000. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerjonline/edicoes/revista12/revista12_48.pdf>. Acesso em: 03/03/2018.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. 2002.

RIO Grande do Sul. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=7003050470&tb=geral&btnG=buscar>> Acesso em 1 abr. 2014 São Paulo. Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>> Acesso em: 1 abr. 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Comentário ao artigo 5º, X*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 276- 285.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A gramática do tempo: pra uma nova cultura política*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SUSTENTAÇÃO da primeira advogada transexual no STF é significativa, histórica e emocionante. *Justificando: mentes inquietas pensam Direito*, São Paulo, 8 jun. 2017. Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/06/08/sustentacao-da-primeira-advogada-transexual-no-stf-e-significativa-historica-e-emocionante/>>. Acesso em: 27 maio 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 169

_____. *Curso de direito civil brasileiro: de acordo com o novo código civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)*. v.1. 18. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2002

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 10ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169-202.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Aspectos psicológicos, médicos e jurídicos do transexualismo*. Psicólogo Informação, ano 4, n. 4, jan./dez. 2004.

_____. *Nome e sexo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WALLERSTEIN, Immanuel Maurice. *O Universalismo europeu: a retórica do poder*. São Paulo: Boitempo, 2007.