

# **Juris Plenum Previdenciária**

Ano IV - número 13 - fevereiro de 2016

**Coordenadora da Revista**  
Cirlene Luiza Zimmermann - Procuradora Federal

## **Conselho Editorial**

**Fábio Zambitte Ibrahim** - Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela PUC/SP

**José Ricardo Caetano Costa** - Advogado Previdenciário. Coordenador e Pesquisador do Centro de Estudos e Pesquisas em Seguridade Social - CEPESS

**Miguel Horvath Jr.** - Doutor em Direito Previdenciário. Procurador Federal

**Roberto Luis Luchi Demo** - Juiz Federal no TRF da 1ª Região. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo IBEJ/PR

**Wladimir Novaez Martinez** - Advogado Especialista em Direito Previdenciário

**Editora Plenum Ltda.**  
Av. Itália, 460 - 1º andar  
CEP 95010-040 - Caxias do Sul/RS  
Fone: (54) 3733-7447  
plenum@plenum.com.br  
www.plenum.com.br

## TRANSEXUALIDADE E APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA\*

### TRANSSEXUALISM AND RETIREMENT IN THE GENERAL WELFARE OF SOCIAL SECURITY

VINÍCIUS PACHECO FLUMINHAN

Advogado. Professor Universitário. Doutorando em  
Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie.  
E-mail: [viniciusfluminhan@terra.com.br](mailto:viniciusfluminhan@terra.com.br)

SUMÁRIO: Introdução - 1. A diferença jurídica entre homens e mulheres no regime geral - 2. Que diferenças justificam o discrimen jurídico entre homens e mulheres? 2.1. Capacidade física; 2.2. Maternidade - 3. Transexualidade: conceito e controvérsias - 4. Como enquadrar o transexual nas regras da aposentadoria? 4.1. Capacidade física; 4.2. Maternidade; 4.3. Homem ou mulher desde quando? - Conclusão - Referências.

SUMMARY: Introduction - 1. The legal difference between men and women in the general welfare of social security - 2. What differences justify legal discrimination between men and women? 2.1. Physical condition; 2.2. Maternity - 3. Transsexualism: concept and controversy - 4. How to get the transsexual in the rules of retirement? - 4.1. Physical condition; 4.2. Maternity; 4.3. Man or woman since when? - Conclusion - References.

RESUMO: O presente artigo procurará, primeiramente, apontar as diferenças legais entre homem e mulher para três espécies de aposentadoria do regime geral de previdência. Em seguida, tentará resgatar as razões doutrinárias que levaram à adoção do discrimen entre os sexos e adequar a pertinência de tal discrimen frente ao transexual. Por fim, propõe uma solução para o enquadramento do transexual no contexto das aposentadorias.

PALAVRAS-CHAVE: regime geral; aposentadoria; transexualidade.

---

\* Data de recebimento do artigo: 30.07.2015.

Datas de pareceres de aprovação: 19.08.2015 e 04.09.2015.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 11.09.2015.

**ABSTRACT:** This article points out the legal differences between a man and a woman for three species of retirement pension under the welfare of social security. Then, attempt to rescue the doctrinal reasons which led to the adoption of the discrimination between the sexes and adjust the relevance of such discrimination in front of the tranny. Finally, it proposes a solution to the framing of the transsexual in the context of the retirements.

**KEYWORDS:** general welfare of social security; retirement; transsexualism.

## INTRODUÇÃO

Toda vez que o Direito não oferece respostas claras para fatos sociais novos, os juristas são desafiados a encontrar soluções que permitam conciliar as necessidades sociais com as possibilidades jurídicas em vigor. Tal tarefa torna-se ainda mais desafiadora quando o tema é multidisciplinar e repleto de controvérsias, também em outras áreas do conhecimento.

A cirurgia para alteração de genitália encontra-se inserida nos procedimentos cobertos pelo SUS desde 2008, mas para alguns especialistas a transexualidade pode ser configurada independentemente de cirurgias, para alteração anatômica. Em ambos os casos, o fenômeno provoca uma série de reflexões por suas consequências jurídicas, já que a legislação eventualmente adota tratamento normativo diferenciado para homens e mulheres. A título de exemplo, têm-se distinções no sistema penitenciário (art. 5º, XLVIII, CF), na regulação do trabalho (art. 384, CLT), na proteção penal (Lei nº 11.340/2006), nas licenças para pais e mães quando ganham filhos, e assim por diante. Portanto, em muitos casos o sexo é parâmetro para a aplicação distinta da lei.

No que tange à previdência social, as distinções também estão presentes porque as regras para a concessão de algumas aposentadorias no regime geral diferenciam-se pelo sexo. Desta forma, considerando a repercussão jurídica ligada à alteração do sexo, impõe-se saber como fica a subsunção deste fato às normas previdenciárias atinentes às aposentadorias.

Não tardará para que os primeiros casos cheguem aos balcões de atendimento do INSS. Por isso, é mister pensar a respeito. Se as regras para a aposentadoria fossem as mesmas para ambos os sexos, não haveria motivo para a reflexão proposta neste texto. Todavia, sendo elas diferentes, uma análise mais detida do tema torna-se necessária.

### 1. A DIFERENÇA JURÍDICA ENTRE HOMENS E MULHERES NO REGIME GERAL

No regime geral de previdência social três modalidades de aposentadoria seguem regras distintas em função do sexo.

Na aposentadoria por idade, embora o prazo de carência seja igual para homens e mulheres (15 anos de contribuição), as idades mínimas previstas no art. 48 da Lei nº 8.213/1991 combinado com art. 201, § 7º, II, da CF são de 60 (sessenta) anos para a mulher e 65 (sessenta e cinco) anos para o homem, reduzidas para o trabalhador rural a

55 (cinquenta e cinco) anos no caso da mulher, e 60 (sessenta) anos no caso do homem.

Na aposentadoria por tempo de contribuição, embora a carência também seja a mesma para ambos os sexos, o tempo de contribuição mínimo exigido é de 30 (trinta) anos para a mulher e de 35 (trinta e cinco) anos para homem, conforme se infere do art. 53 da Lei nº 8.213/1991 combinado com o art. 201, § 7º, I, da Constituição Federal.

Por fim, para a aposentadoria especial à pessoa portadora de deficiência há também exigência de idade mínima ou tempo de contribuição distintos em função do sexo. Nas modalidades previstas nos incisos I, II e III do art. 3º da Lei Complementar nº 141/2013 exige-se 20 (vinte), 24 (vinte e quatro) ou 28 (vinte e oito) anos de contribuição para mulheres, conforme o grau da deficiência, e para homens 25 (vinte e cinco), 29 (vinte e nove) ou 33 (trinta e três) anos de contribuição, conforme o grau da deficiência, enquanto na modalidade prevista no inciso IV há redução da idade mínima para 55 (cinquenta e cinco) anos no caso da mulher, e 60 (sessenta) anos no caso do homem.

Portanto, embora seja discutível a opção política que desigualava os critérios para a concessão de aposentadorias no regime geral (e a mesma opção política ocorre nos regimes próprios), o fato é que homens e mulheres recebem tratamento jurídico diferenciado no Brasil e este discrimen tem matriz constitucional.

Não se adentrará neste estudo o mérito da diferenciação entre homens e mulheres, a qual, diga-se de passagem, inexistiu em diversos países (França, Espanha, Portugal, EUA, Uruguai, Japão).<sup>1</sup> O propósito do texto é perquirir as razões que explicam a diferenciação previdenciária entre os sexos e, posteriormente, avaliar sua aplicabilidade na análise do direito dos transexuais.

## **2. QUE DIFERENÇAS JUSTIFICAM O DISCRÍMEN JURÍDICO ENTRE HOMENS E MULHERES?**

A doutrina elenca várias razões que justificariam a opção do legislador em estabelecer regras diferentes para a aposentadoria em função do sexo. Dentre elas duas se destacam: a diferença na capacidade física e a maternidade.

### **2.1. Capacidade física**

Segundo Wladimir Novaes Martinez, a atenção peculiar à figura feminina é nítida na própria origem dos primeiros sistemas previdenciários. Quando as primeiras normas trabalhistas e previdenciárias surgiram no século XIX, o ambiente de trabalho vivia a novidade das máquinas pesadas e do necessário esforço físico exigido para o seu manuseio.

Por consequência, dado que geralmente se observa uma diferença nas capacidades físicas do homem e da mulher, os primeiros sistemas de proteção previdenciária procuraram compensá-la mediante regras mais vantajosas para as mulheres.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> STEPHANES, Reinhold. *Reforma da previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998. p. 11.

<sup>2</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Tratado prático da pensão por morte*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 73.

Esta tese, no Brasil é confirmada por disposições da CLT como, por exemplo, os arts. 390 e 384. A despeito de uma possível ofensa ao princípio da igualdade entre os sexos, a constitucionalidade do art. 384 foi reconhecida recentemente pelo STF no RE 658.312 com a seguinte ementa:

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito do Trabalho e Constitucional. Recepção do art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho pela Constituição Federal de 1988. Constitucionalidade do intervalo de 15 minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária. Ausência de ofensa ao princípio da isonomia. Mantida a decisão do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso não provido.

1. O assunto corresponde ao Tema nº 528 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal na *internet*.

2. O princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual.

3. A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: I - em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho; II - considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher; e III - observou um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo pela mulher, de atividades no lar e no ambiente de trabalho - o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma.

4. Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que esse sirva como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças.

5. Recurso extraordinário não provido, com a fixação das teses jurídicas de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e de que a norma se aplica a todas as mulheres trabalhadoras.

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi publicada no Diário da Justiça em 10.02.2015, refletindo assim, uma hermenêutica contemporânea a respeito de uma velha norma jurídica. O reconhecimento da diferença orgânica entre o homem e a mulher, positivado na CLT há mais de 70 anos, ainda se faz presente no pensamento jurídico para fins de tratamento diferenciado, sendo digno de nota que o acórdão recebeu votos de duas ministras que compõem aquela Corte.

Portanto, tem-se atualmente uma posição oficial muito clara no STF quanto à desigualdade na resistência física da mulher e sua pertinência para fins de aplicação da CLT. Percebe-se assim, que a tese de Wladimir Novaes Martinez explica de forma coerente o tratamento jurídico diferenciado também na seara previdenciária como compensação pelo maior desgaste físico da mulher.

## 2.2. Maternidade

A maternidade, por outro lado, é um ônus para a carreira profissional da mulher. O fato do sistema previdenciário e trabalhista preverem o afastamento remunerado durante a gestação, inclusive protegendo o emprego com a estabilidade, não elide a presunção de que este intervalo na vida laboral da mulher possa gerar atrasos no desenvolvimento da sua carreira.

É bem verdade que a figura paterna pode eventualmente suportar ônus parecido,<sup>3</sup> mas não é de se presumir que esta situação seja a mais comum. A participação da mãe é muito mais notória nos primeiros meses de vida de uma criança, seja porque a gestação ocorre no ventre da mulher, seja pela recomendação médica de amamentação da criança. Não é por outro motivo que a legislação protege a maternidade com benefício previdenciário específico e estabilidade no emprego.

Há quem credite o tratamento diferenciado para a mulher na teoria da dupla jornada, segundo a qual as mulheres teriam presumidamente, uma acumulação dos encargos domésticos com as atividades profissionais,<sup>4</sup> e por isso, uma aposentadoria antecipada para compensar tal ônus. A maternidade inegavelmente encaixa-se neste contexto.

Todavia, a própria doutrina aponta para o anacronismo da dupla jornada frente às mudanças de comportamento da mulher na sociedade contemporânea e à exigência de um tratamento cada vez mais igualitário entre os sexos. Segundo Sérgio Pinto Martins,

o princípio da igualdade não é verificado no inciso II do § 7º do art. 201 da Constituição, quando menciona que os homens se aposentam com 65 anos de idade e as mulheres com 60 anos [...] Não mais se justificam essas distinções, já que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, principalmente diante do fato de que a mulher vive mais do que o homem.<sup>5</sup>

Em que pese a observação de Martins, a teoria da dupla jornada ainda merece ponderação e não pode ser integralmente negada *a priori*. Sua superação requer uma pesquisa profunda sobre todos os aspectos socioeconômicos no ambiente doméstico, a fim de se investigar se as mulheres compartilham (ou não) com os homens os afazeres domésticos e saber quem é geralmente o provedor do lar, tomando-se ainda, muita cautela com as diferenças regionais e culturais presentes no país.

É preciso também atentar para o fato de que pesquisas recentes do IBGE revelam um mercado de trabalho muito injusto com a mão de obra feminina:

Embora a taxa de formalização entre homens e mulheres seja bastante próxima, as mulheres recebem em média, menos que os homens em todas as formas de trabalho seja formal ou informal. No

<sup>3</sup> A exemplo das adoções feitas por pais solteiros e de pais que se tornam viúvos no contexto do parto.

<sup>4</sup> IBRAHIM, Fábio Zambite. *Curso de direito previdenciário*. 17. ed. Niterói: Impetus, 2012. p. 609.

<sup>5</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 70-71.

entanto, a relação de desigualdade de rendimentos entre homens e mulheres é maior nos trabalhos informais. Em 2013, o rendimento médio das mulheres em trabalhos informais era equivalente a 65% do rendimento médio dos homens nesses trabalhos. Nos trabalhos formais, essa relação era de 75% [...] As desigualdades de gênero no mercado de trabalho não se configuram apenas no rendimento, o acesso de mulheres a cargos gerenciais e de direção é reduzido comparativamente aos homens. Em 2013, a proporção de mulheres de 25 anos ou mais de idade nestes cargos era 5,1%, enquanto entre os homens a proporção era 6,4%.<sup>6</sup>

Embora não seja objetivo imediato do sistema previdenciário fazer política de equalização de gênero, os dados do IBGE mostram que a igualdade prevista no art. 5º, *caput*, da CF, ainda é uma falácia no mundo do trabalho.

Por isso, mesmo que a teoria da dupla jornada da mulher não se mostre inteiramente válida (o que se admite aqui apenas como hipótese), ainda assim restariam grandes dúvidas sobre o acerto de uma igualdade absoluta no tratamento jurídico previdenciário entre homens e mulheres.

Presente ou não a acumulação do trabalho com os afazeres domésticos (dupla jornada), é inegável que o ônus da maternidade justifica o discrimen para a aposentadoria. Afinal, se o mercado de trabalho já possui uma tendência de tratar a mulher de forma desigual, presume-se um quadro ainda pior no contexto da maternidade.

### 3. TRANSEXUALIDADE: CONCEITO E CONTROVÉRSIAS

A definição de transexualidade tem sido objeto de muita controvérsia entre especialistas da área médica, da psicologia, da sociologia, da antropologia, entre outras áreas do conhecimento. O viés patológico que a medicina impõe ao tema não é aceito de forma universal, e há forte indicação de que a transexualidade deixe de figurar como transtorno psíquico na próxima versão da Classificação Internacional de Doenças a ser elaborada pela Organização Mundial da Saúde.<sup>7</sup>

À parte a controvérsia acima (cujo aprofundamento transcende as competências do autor), o art. 4º da Resolução nº 1955/2010 do Conselho Federal de Medicina, refere-se ao transexual como pessoa portadora de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio. Portanto, embora a questão seja polêmica, o CFM considera a transexualidade uma patologia.

Segundo o entendimento da referida norma, a definição clínica do transexual deve obedecer ao menos os seguintes requisitos: (1) desconforto com o sexo anatômico natural; (2) desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e

<sup>6</sup> IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais* - uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, v. 34, 2014. p. 133-135.

<sup>7</sup> ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA. *Revista RADIS*, Rio de Janeiro: ENSP, n. 137, p. 6, fev. 2014. Disponível em: <[http://www6.ensp.fiocruz.br/radis/sites/default/files/radis\\_137.pdf](http://www6.ensp.fiocruz.br/radis/sites/default/files/radis_137.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2015.

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 outros transtornos mentais.

Deduz-se dos requisitos mínimos que o desejo expresso de alterar a anatomia do sexo integra o protocolo médico para a definição do transexual. Por conta disso, o processo de transgenitalização tem sido oferecido pelo SUS desde a edição da Portaria MS nº 1.707, de 18.08.2008, depois substituída pela Portaria MS nº 2.803, de 19.11.2013, e pressupõe recomendação feita por equipe multidisciplinar de profissionais da área da saúde.

Ocorre que o desejo expresso de realizar alterações anatômicas não encontra consenso para fins de definição do transexual. Nas palavras de Heloisa Helena Barboza:

Entende-se como transexual a pessoa que sente pertencer ao sexo oposto ao seu sexo biológico, e em razão disso passa a viver em função desse sentimento e a buscar todos os meios disponíveis para compatibilizar o seu corpo com o do sexo que entende ser o seu, o que pode incluir, além da ingestão de hormônios, cirurgias para a modificação da genitália.<sup>8</sup>

De acordo com a definição de Heloisa Barboza, as cirurgias para alteração do fenótipo não seriam *conditio sine qua non* para a mudança da identidade masculina para a feminina, ou vice-versa. Neste sentido, os especialistas têm colocado em discussão a própria categoria sexo por ser insuficiente na identificação de uma pessoa. De acordo com a referida autora,

na contemporaneidade, critica-se a categoria sexo, uma vez que as figuras do homem e da mulher são construções sociais e culturais de grande complexidade [...] Em lugar do sexo, adota-se a concepção de gênero, que permite reconhecer os procedimentos que são constitutivos do homem e da mulher, além dos limites biológico.<sup>9</sup>

Esse posicionamento sobre a questão encontra apoio nos estudos da socióloga Berenice Bento, que após ter realizado prolongadas e detidas investigações em comunidades transexuais, propõe a despatologização da experiência transexual e sugere que esta experiência deva ser abordada sob o paradigma das questões de gênero, ou seja, abandonando-se a referência biológica e levando-se em consideração apenas as *performances* dos sujeitos em suas práticas cotidianas.<sup>10</sup>

Nesta linha, a jurista Maria Berenice Dias aborda a transexualidade sem incluir o processo de transgenitalização como etapa absolutamente necessária para a identificação

<sup>8</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Disposição do próprio corpo em face da bioética: o caso dos transexuais. In: LIGIERA; GOZZO (Org.). *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 138.

<sup>9</sup> Id. *Ibid.*, p. 135.

<sup>10</sup> BENTO, Berenice. A reinvenção do corpo (Tese de Doutorado) apud PEREIRA, Carolina Grant. *Bioética e transexualidade: para além da patologização, uma questão de identidade de gênero*. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, jun. 2010. p. 843.



do gênero. Segundo ela, “a problemática da identidade sexual de alguém é muito mais ampla do que seu sexo morfológico, [...] a aparência externa não é a única circunstância para a atribuição do gênero, pois com o lado externo concorre o elemento psicológico”.<sup>11</sup>

Conforme se pode observar, além da despatologização da transexualidade, existe também uma forte tendência de não se atribuir as práticas do gênero - e conseqüentemente, a identidade - às mudanças anatômicas do sexo. Neste sentido, a designação do gênero masculino ou feminino não dependeria necessariamente, de uma alteração anatômica no corpo, mas sim das práticas que são culturalmente atribuídas a um gênero e outro.

Portanto, a pessoa transexual pode ser definida como aquela que sente pertencer ao sexo oposto ao seu sexo biológico, vive em função desse sentimento e busca todos os meios disponíveis para compatibilizar o seu corpo com o do sexo que entende ser o seu, submetendo-se ou não à cirurgia de transgenitalização, bastando a adoção permanente das práticas do gênero oposto.

#### 4. COMO ENQUADRAR O TRANSEXUAL NAS REGRAS DA APOSENTADORIA?

O quadro acima retratado desafia o jurista que estuda a legislação previdenciária. O fato de a maioria das aposentadorias apresentarem regras distintas para homens e mulheres exige uma reflexão acerca do modo de como se deve fazer o enquadramento normativo do transexual. O homem que se torna mulher deve obedecer a regra das mulheres? A mulher que se torna homem deve submeter-se à regra dos homens? Em ambos os casos, a partir de que momento?

Ao lado de tais perguntas há de se colocar outras ainda mais complexas. Se a cirurgia para alteração do fenótipo não é etapa necessária para a configuração do transexual, qual seria o critério objetivo para analisar o direito de aposentadoria de tais pessoas? A simples autodeclaração da sua identidade? A prova de sua *performance* social nas vésperas da aposentadoria?

Conforme aponta Frederico Batista de Oliveira, “o exercício da orientação sexual ou da identidade de gênero deve ser protegido como direito absoluto e inalienável que não esbarra nem causa dano a nenhum outro direito”.<sup>12</sup> Todavia, a liberdade de orientação sexual ou identidade de gênero esbarra em aspectos administrativos do Direito Previdenciário, em função de danos que possam ser causados para o sistema. A ausência de elementos objetivos de análise deixam o campo administrativo aberto para fraudes. Neste caso, *data venia*, o direito não pode ser visto como absoluto.

Não se trata aqui de negar à pessoa o direito de vivenciar diferentes gêneros com o seu corpo, nem de negar a ela a sua liberdade sexual. É necessário que se compreenda que embora esses direitos fundamentais mereçam todo o respeito da legislação existe

<sup>11</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 119.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Frederico Batista. Políticas públicas e diversidade sexual no Brasil. In: SMANIO; BERTOLIN (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo. Atlas, 2013. p. 477.

também uma preocupação operacional do sistema previdenciário relacionada à possibilidade de fraudes.

Se as regras para a aposentadoria fossem as mesmas para ambos os sexos, não haveria motivo para preocupação. Todavia, sendo elas diferentes, é mister investigar caso a caso se os critérios eleitos pelo legislador para o *discrimen* se fazem presentes no caso dos transexuais, até mesmo para evitar a quebra da isonomia com os demais segurados e seguradas do sistema.

Conforme já visto, a distinção na capacidade física e a maternidade estão na base da diferenciação para a aposentadoria. Assim, por uma questão metodológica, se a legislação adotou tais critérios para o *discrimen*, deve ser a partir deles também a reflexão sobre o enquadramento do transexual. A identificação de tais critérios, no entanto, é observada mais facilmente no caso da pessoa transexual que se submete a cirurgias para alteração da aparência anatômica.

#### 4.1. Capacidade física

Segundo a Resolução do CFM, o processo de transgenitalização pressupõe não só o desconforto com a anatomia do sexo natural e o desejo expresso de eliminá-lo para adquirir características do sexo oposto, mas também o acompanhamento por equipe multidisciplinar de saúde por um período de no mínimo, dois anos.

Além disso, o tratamento não é exaurido nos procedimentos cirúrgicos. Tanto o homem quanto a mulher que assumem o sexo oposto ao natural devem ingerir hormônios constantemente para realçar as características secundárias do sexo desejado, advindo daí alterações na voz, na quantidade de pelos e em outras características secundárias.

Uma das consequências do tratamento hormonal permanente é a alteração na capacidade muscular. A mulher que ingere testosterona aumenta sua musculatura e adquire maior força física, enquanto o homem ao ingerir estrogênio, diminui sua massa muscular e perde força física.<sup>13</sup>

Ora, se um dos critérios do legislador brasileiro para estabelecer as regras de aposentadoria para homem e mulher é a diferença na capacidade física, ele pode servir como diretriz hermenêutica para o enquadramento do transexual que efetivamente se submete a permanente tratamento hormonal.

É de se presumir que o indivíduo que passa por cirurgias de alteração anatômica realiza de forma constante o tratamento hormonal porque, à exceção dos raros casos de arrependimento, decidiu alterar definitivamente o sexo natural e juntamente com ele as características secundárias do sexo natural.

No caso da mulher, embora a mastectomia não seja irreversível, é de se presumir que enquanto a característica primária (ausência de mama) estiver presente, haverá com ela o tratamento para manter as características secundárias coerentes ao sexo desejado!

<sup>13</sup> MCDERMOTT, Michael. *Segredos - Endocrinologia*. Tradução Alexandre Vianna Aldighieri Soares et al. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 382.

Deste modo, se a mulher que se tornou homem ganha mais força física e o homem que se tornou mulher perde força física, as regras de aposentadoria pelo critério da força física devem acompanhar o novo sexo adquirido. Não é uma questão meramente anatômica que permeia a análise, mas sim o fato de que em razão do tratamento hormonal, um dos critérios do legislador brasileiro (força física) permite o enquadramento normativo do transexual de forma segura e coerente.

#### 4.2. Maternidade

Em relação ao ônus da maternidade pode-se, num primeiro olhar, recusar a tese de que a pessoa transexual que assume identidade feminina receba a mesma compensação jurídica que uma gestante. Todavia, a ausência da gestação não elide a possibilidade de que a pessoa transexual se torne mãe, uma vez que o Direito Brasileiro permite a adoção.

Conforme prevê o art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não há vedação para que a pessoa transexual adote, já que as restrições presentes neste dispositivo são de outra ordem. Assim, o homem que passou pelo processo transexualizador e assumiu a identidade feminina pode perfeitamente tornar-se mãe.

Por outro lado, a maternidade requer atenção imediata do adotante em relação ao adotado. Tanto é verdade que o art. 71-A da Lei nº 8.213/1991 foi recentemente alterado pela Lei nº 12.873/2013, justamente para conferir à mãe adotiva o mesmo tempo de afastamento da mãe biológica.

Ora, se a legislação permite a adoção e admite a existência de um ônus neste processo, a ponto de prever um benefício previdenciário específico para a maternidade e uma garantia de estabilidade no emprego, então o critério eleito pelo legislador para favorecer a mulher na aposentadoria aplica-se também à pessoa transexual que assume identidade feminina.

Portanto, se o homem adotou a identidade feminina e oficialmente obteve o reconhecimento jurídico dela - ainda que sem o procedimento de transgenitalização, como já surge em alguns julgados<sup>14</sup> - será mãe a partir do momento que obtiver a guarda de uma criança ou adolescente.

Por conseguinte, enfrentando o ônus da maternidade como qualquer outra mulher, estará preenchendo o outro critério eleito pelo legislador brasileiro (maternidade) como justificativa da aposentadoria antecipada para a mulher, não havendo motivo para que do ponto de vista previdenciário, o tratamento jurídico seja diferente daquele já emprestado ao indivíduo na seara civil.

#### 4.3. Homem ou mulher desde quando?

Parece-nos irrelevante o momento a partir do qual a mudança de identidade com a cirurgia de transgenitalização ocorreu.

<sup>14</sup>TJRJ, Apelação Cível nº 0013986-23.2013.8.19.0208; TJRS, Agravo de Instrumento nº 0238556-92.2014.8.21.7000.

te  
in  
r  
ti  
pi  
id  
si  
r  
a  
pi  
ni  
si  
si  
te  
ni  
C  
r  
d  
q  
vi  
fi  
te  
te  
si  
a  
a  
d  
vi  
d

O sentimento de pertencer ao sexo oposto e comportar-se de acordo com ele pode ter origem desde a infância, nada obstante a cirurgia ocorra na fase adulta. Assim, parece impróprio exigir-se eventualmente, uma contagem de tempo de contribuição e de idade mínima proporcional aos períodos pré e pós-cirurgia de transgenitalização.

A solução neste caso não pode ser cartesiana, se desde antes da cirurgia o sentimento e o comportamento eram do sexo oposto, até porque este hipotético cômputo proporcional de idade e tempo de contribuição seria apenas mais uma ofensa jurídica à identidade sexual de tais pessoas. Portanto, a adoção de uma mera regra de três deve ser descartada de plano, por absoluta falta de razoabilidade.

Se o homem se transformou em mulher, então o tempo de contribuição e/ou idade mínima exigida devem ser aqueles previstos para a mulher e vice-versa, até porque, como a transformação do sexo é feita após um longo e desgastante processo (envolvendo preconceitos, hostilização, procedimentos cirúrgicos de risco, dificuldade na alteração do nome, etc.) não há como presumir *male fide* da pessoa, com vistas a obter vantagens do sistema previdenciário.

Aliás, no caso da mulher que assume a identidade masculina, a presunção de má-fé seria até inócua, uma vez que o tempo de contribuição e a idade mínima para a aposentadoria do homem são maiores, ou seja, não haveria qualquer vantagem previdenciária neste caso.

## CONCLUSÃO

A legislação previdenciária distingue as regras para aposentadoria de homens e mulheres a partir de dois critérios muito claros e essenciais para a sua hermenêutica: a diferença na capacidade física dos sexos e o ônus da maternidade. É a partir desta *ratio* que se torna possível interpretar e aplicar a legislação para os transexuais.

O uso de hormônios para a alteração das características secundárias (voz, pelos, variações anatômicas leves, etc.) do transexual implica alterações na sua capacidade física, isto é, o homem que ingere estrogênio perde força física e a mulher que ingere testosterona ganha força física.

Em que pese não haver consenso quanto à necessidade de cirurgia de transgenitalização para a alteração jurídica da identidade da pessoa, é possível presumir de forma segura o uso habitual e permanente de hormônios, quando o transexual submete-se a alterações do fenótipo por meio de cirurgias.

Portanto, em princípio, os casos de transexualidade sem a adoção de cirurgias e sem a consequente ingestão de hormônios do sexo oposto não indicam, *a priori*, a possibilidade de alteração das regras para a aposentadoria. Não se trata de negar à pessoa o direito de vivenciar diferentes gêneros com o seu corpo, nem de negar a ela a sua liberdade sexual.

O que deve ser compreendido é que a análise para o enquadramento nas regras da aposentadoria precisa observar os critérios eleitos pelo legislador no *discrimen* entre

homem e mulher. Assim, não há como aplicar a legislação previdenciária segundo o sexo eventualmente escolhido. Existe uma preocupação operacional do sistema previdenciário relacionada à possibilidade de fraudes, e se os parâmetros de análise não forem objetivos, abre-se uma grande porta para fraudes.

Deste modo, o comportamento *crossdressing* ou *drag queen*, ou ainda, fetiches vinculados à alteração do gênero não permitem a aplicação de regras previdenciárias distintas daquelas previstas ao sexo biológico. A despeito das *performances* adotadas pela pessoa no seu cotidiano, não há como se vislumbrar a variação normativa quanto às regras para a aposentadoria se um dos critérios eleitos pelo legislador (capacidade física) estiver ausente.

Por outro lado, havendo a adoção oficial da identidade feminina, ainda que sem a cirurgia de transgenitalização (mormente se acompanhada da maternidade), é evidente que ao Direito Previdenciário não caberá contrapor a solução jurídica já consolidada pelo Direito de Família.

Assim, estando presentes de forma inequívoca e continuada as diferenças na capacidade física e/ou a maternidade, pode-se concluir que as regras para a aposentadoria no regime geral de previdência devem ser aquelas previstas para o gênero que foi adotado pelo segurado ou pela segurada.

## REFERÊNCIAS

- BARBOZA, Heloisa Helena. Disposição do próprio corpo em face da bioética: o caso dos transexuais. In: LIGIERA; GOZZO (Org.). *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA. *Revista RADIS*, Rio de Janeiro: ENSP, n. 137, fev. 2014. Disponível em: <[http://www6.ensp.fiocruz.br/radis/sites/default/files/radis\\_137.pdf](http://www6.ensp.fiocruz.br/radis/sites/default/files/radis_137.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2015.
- IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais* - uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, v. 34, 2014.
- IBRAHIM, Fábio Zambite. *Curso de direito previdenciário*. 17. ed. Niterói: Impetus, 2012.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Tratado prático da pensão por morte*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MCDERMOTT, Michael. *Segredos - Endocrinologia*. Tradução Alexandre Vianna Aldighieri Soares et al. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- OLIVEIRA, Frederico Batista. Políticas públicas e diversidade sexual no Brasil. In: SMANIO; BERTOLIN (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.
- STEPHANES, Reinhold. *Reforma da previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998.