

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO**

JOANA DE MELO TURRA VIEIRA

**UMA ANÁLISE DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE E SUAS
CONSEQUENCIAS AOS TRANSEXUAIS**

CRICIÚMA

2018

JOANA DE MELO TURRA VIEIRA

**UMA ANÁLISE DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE E SUAS
CONSEQUENCIAS AOS TRANSEXUAIS**

Trabalho de Conclusão do Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Esp. Marcirio Colle Bitencourt

CRICIÚMA

2018

JOANA DE MELO TURRA VIEIRA

**UMA ANÁLISE DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE E SUAS
CONSEQUENCIAS AOS TRANSEXUAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com linha de pesquisa em Direito Previdenciário.

Criciúma, 26 de junho de 2018

BANCA EXAMINADORA

Prof. Marcírio Colle Bitencourt – Esp. - (UNESC) Orientador

Prof. Fabrizio Guinzani – Msc. – (UNESC)

Prof. Renise Terezinha Melilo Zaniboni – Msc. – (UNESC)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus por todas as oportunidades que me foram concedidas, pelas portas abertas e por sempre guiar os meus caminhos.

Gostaria de agradecer meus pais, Joel e Eliane, pois sem eles nada disso seria possível. Eles são os meus guias, conselheiros, parceiros, meus amores. É a eles que eu devo tudo, são a minha inspiração, meus companheiros. Me apoiaram durante todos esses anos, sempre me incentivando e nunca me deixando desistir. Aguentaram meus choros, minhas reclamações, minhas rabugices e minhas ansiedades. Amo muito vocês.

Agradeço também aos meus irmãos Krigor e Felipe, por terem me suportado durante essa monografia. Aguentaram meus estresses e - nem sempre - me retrucaram de volta. Amo vocês também, muito.

Agradeço a minha avó Mônica por toda atenção e cuidados que sempre teve comigo, priorizando sempre os meus estudos e me incentivando a chegar nos meus objetivos. Gostaria de agradecer também aos meus avós Arino e Elzira, que, mesmo não tão próximos sempre me apoiaram e acreditaram em mim. Obrigada vocês três pelos pais maravilhosos que me deram! Amo vocês.

Gostaria de agradecer ao meu namorado, Mateus, por tanto vivido. Obrigada pelo amor, companhia, compreensão e apoio. Você é essencial para minha vida e, inclusive, para minha graduação. Você que também aguentou meus dramas, desesperos e choros durante essa trajetória e sempre teve paciência para lidar comigo. Obrigada por tudo que fez e faz por mim. Te amo.

Quero agradecer também aos amigos, que de longe ou de perto, fazem parte da minha vida e me ajudaram a chegar onde estou hoje.

Gostaria de agradecer em especial minha melhor amiga que eu amo muito, Maria Paula, que é uma das pessoas mais incríveis que eu conheço. Com um coração enorme, sempre me apoiou e acredita que eu sou capaz de tudo. Me encoraja, me anima, me diverte. Ri comigo, chora comigo. Obrigada, de coração.

Gostaria de agradecer também a todos que me ensinaram não só durante a graduação, mas durante a vida. Em especial ao professor e orientador Marcirio por toda atenção comigo, enfrentamos alguns problemas durante a monografia e ele sempre esteve ali para me ajudar, me corrigir, sempre pensando no melhor. Obrigada mesmo.

E, por fim, a todos aqueles que passaram na minha vida para acrescentar, me ajudar e ensinar: meu mais sincero agradecimento.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo.”

Albert Einstein

RESUMO

O presente trabalho visa pesquisar sobre a garantia dos princípios constitucionais aos transexuais em relação ao seu direito previdenciário e verificar a possibilidade de aplicação da concessão de pensão por morte de acordo com o sexo escolhido. Ainda, realiza uma breve síntese sobre a história da previdência social, em especial o benefício de pensão por morte, a história das constituições, os princípios da seguridade social aplicados ao direito previdenciário, os precedentes históricos dos transexuais assim como sua definição, seus preconceitos e conquistas, os princípios da dignidade humana, da legalidade e da felicidade, suas garantias aos transexuais e a abordagem de um caso específico. A metodologia utilizada foi o método dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, além de fontes gráficas e digitais.

Palavras chaves: Sistema Previdenciário. Transexualidade. Princípios. Pensão por Morte. Análise Jurisprudencial.

ABSTRACT

The purpose of this article is a research on the guarantee of the constitutional principles to transsexuals in relation to their social security right and verify the possibility of applying the grant of pension by death according to the chosen sex. It also gives a brief summary of the history of social security, the types of retirement, the history of constitutions, the principles of social security applied to social security law, historical precedents of transsexuals as well as their definition, their prejudices and achievements, the principles of human dignity, legality and happiness, their guarantees to transsexuals and the approach to a specific case. The methodology used was the deductive method, in theoretical and qualitative research with bibliographical and jurisprudential research, as well as graphic and digital sources.

Key words: Social Security. Transsexuality. Principles. Pension By Death. Jurisprudential Analysis.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANTRA	Associação Nacional de Travestis e Transexuais
Art.	Artigo
CAPs	Caixas de Aposentadorias e Pensões
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis de Trabalho
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
IAP	Institutos de Aposentadorias e Pensões
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
LGBTT	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
RPPS	Regime Próprio de Previdência Social
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TMM	Trans Muder Monitoring
TRANS	Transexuais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A HISTÓRIA DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL	14
2.1 REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS) E REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RPPS).....	16
2.2 CONCEITO DE SEGURIDADE SOCIAL E SUA DIVISÃO A PARTIR DA CF/88.....	19
2.3 PRINCÍPIO DA SEGURIDADE SOCIAL APLICADOS À PREVIDENCIAL SOCIAL.....	20
2.3.1 Universalidade da Cobertura e do Atendimento	21
2.3.2 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços ..	22
2.3.3 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais	22
2.3.4 Irredutibilidade do valor dos benefícios	23
2.3.5 Equidade na forma de participação no custeio	24
2.3.6 Diversidade da base de financiamento	25
2.3.7 Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados	25
3 O RESPEITO AOS TRANSEXUAIS E A SUA ABORDAGEM NO AMBIENTE NORMATIVO BRASILEIRO	27
3.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS DOS TRANSEXUAIS.....	27
3.2 A DIFERENÇA ENTRE GÊNERO E SEXO, TRANSEXUAL E TRÂNSGENERO.....	29
3.3 OS PRECONCEITOS VIVENCIADOS PELOS TRANSEXUAIS E O PROJETO DE TRANSCIDADANIA.....	31
4 A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE NO RPPS AOS TRANSEXUAIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	37
4.1 O BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE NO RGPS E RPPS	37
4.1.1. Pensão por morte no RGPS	37
4.1.2. Pensão por morte no RPPS	39

4.2 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA IGUALDADE E DA FELICIDADE	41
4.3 DOS REGISTRO CIVÍS.....	45
4.4 UMA ANÁLISE DO PROCESSO N° 0155101-65.2017.4.02.5101	46
5 CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	54
ANEXO (S)	60
ANEXO A – DECISÃO NA ÍNTEGRA	61

1 INTRODUÇÃO

Este estudo busca pesquisar sobre a garantia dos princípios constitucionais aos transexuais que realizaram ou não a cirurgia de transgenitalização, mas que possuem seu nome alterado no Registro Civil, em relação ao direito previdenciário e verificar a possibilidade da concessão ou cancelamento do benefício da pensão por morte de acordo com o sexo escolhido.

Busca também, especificamente, estudar o benefício da pensão por morte previsto no Regime Geral de Previdência Social e no Regime Próprio de Previdência Social, entender a diferença entre sexo, gênero, transexual e transgênero, visto que isso causa ainda muita confusão quanto aos seus significados e usado muitas vezes de maneira indevida.

No primeiro capítulo será tratado sobre a história da Seguridade Social no Brasil com uma breve síntese das Constituições Federais existentes no Brasil até hoje, explicará sobre o Regime Geral de Previdência Social, que está amparado na Lei 8.213/91, e sobre o Regime Próprio de Previdência Social, que está amparado na Lei 9.717/98, descreverá sobre o conceito de Seguridade Social e como ficou a sua divisão a partir da CF/88 e explanará brevemente sobre princípios da Seguridade Social aplicados à Previdência Social.

No segundo capítulo será contada a história dos transexuais no mundo através do livro de Benjamim (*The Transsexual Phenomenon*), uma vez que não existem dados históricos dos transexuais no Brasil com fontes seguras como o referido livro. Este capítulo ainda tratará da diferença entre gênero e sexo, transexual e transgênero, abordará os preconceitos vividos pelos transexuais durante a sua trajetória e também falará sobre o Projeto Reinserção Social Transcidadania da Prefeitura Municipal de São Paulo, visando sua inclusão na comunidade sem a visão preconceituosa da população.

Já no terceiro capítulo, será abordado sobre as peculiaridades do benefício de pensão por morte no RGPS e no RPPS, bem como os princípios constitucionais e fundamentais da dignidade da pessoa humana, da legalidade e o princípio da felicidade e suas consequências. Abordar-se-á sobre os Registro Cíveis e a alteração do registro de nascimento, ciente ser mais uma conquista dos transexuais. Como ilustração, trará um caso específico em relação ao benefício da pensão por morte que reafirmará os princípios citados e levantará a questão do benefício ser concedido de

acordo com o sexo escolhido pela pessoa e não o sexo em que biologicamente a acompanha.

Traz como objetivo geral indagar sobre a proteção dos princípios constitucionais aos transexuais que realizaram ou não a cirurgia de transgenitalização, bastando que tenham alterado o seu registro de nascimento, sobre o seu direito previdenciário e a verificação da possibilidade de ser aplicado o benefício de acordo com o seu sexo escolhido. Possui como objetivos específicos a análise da seguridade social; estudar o regime geral e o regime próprio de previdência social, em específico o benefício da pensão por morte de acordo com o sexo escolhido; explicar sobre o histórico dos transexuais e a diferenciação de sexo, gênero, transexual e transgênero; analisar os preconceitos vividos pelos transexuais e fazer a análise de um caso concreto, relacionando o mesmo com os princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade e da felicidade.

A metodologia utilizada na presente monografia foi o método dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, além de fontes gráficas e digitais.

A importância social da presente pesquisa está na averiguação de que existem inúmeras pessoas que buscam esses direitos, mesmo não tendo realizado a cirurgia de transgenitalização já tiveram seu registro de nascimento alterados ou já se submeteram a diversos procedimentos cirúrgicos e/ou tratamentos hormonais e não possuem uma garantia explícita dos direitos previdenciários.

2 A HISTÓRIA DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

Primeiramente, antes de ingressar no assunto do presente trabalho, é interessante observar o desenvolvimento histórico da seguridade e da previdência social, bem como o seu amparo nas Constituições Federais de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988.

A primeira Constituição Brasileira (de 1824) surgiu com base nos ideais do liberalismo clássico e tomou como inspiração a Revolução Francesa e a Revolução Americana. Com essa finalidade, encontra-se os traços sólidos da preocupação social, onde está gravado o primeiro rol de direitos e garantias individuais (SANTORO, 2001, p. 15).

É importante ressaltar que até final do século XIX a economia não tinha quase nenhum desenvolvimento, o sistema era basicamente o trabalho escravo, onde, então, não havia nenhuma preocupação com o direito dos trabalhadores e suas necessidades sociais, inclusive previdenciárias (SANTORO, 2001, p. 15/16).

Somente na Constituição de 1891 que foi incluído o benefício de aposentadoria por invalidez para os servidores públicos. Essa conquista acabou não sendo considerada um marco previdenciário, visto que foi devido apenas aos servidores públicos e em caso de invalidez permanente (KERTZMAN, 2015, p. 44).

Segundo Kertzman (2015, p. 46), “a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a estabelecer a tríplice forma de custeio, com contribuição do Governo, dos empregadores e dos trabalhadores”.

Santoro expõe também que foi essa Constituição Federal (1934) a primeira a tratar a previdência como uma proteção ao trabalhador:

A partir da Revolução de outubro de 1930, a proteção social adquiriu ritmo acelerado, havendo quem acredite que esse impulso foi maior do que seria conveniente, pois que, com a finalidade de obter apoio da massa trabalhadora, o novo governo tratou de antecipar-se às suas reivindicações, produzindo uma legislação social profundamente marcada pelo paternalismo. O impacto dessa nova ordem desencadeou reações, divergências e divisão no conjunto das forças político-ideológicas dominantes, o que levou a que a Carta Magna de 1934 tivesse vida muito curta, de apenas três anos. De qualquer sorte, foi nela que o Estado estabeleceu, definitivamente, o amparo previdenciário para o trabalhador, sob o título “DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL”, em seu art. 121, §1º, alínea h¹. (2001, p. 16).

¹ “Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições de trabalho na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

Já a Constituição de 1937 teve uma diretriz completamente diferente da Constituição de 1934, essa pregava o paternalismo e tinha como objetivo obter o apoio da massa trabalhadora, já a Constituição de 1937 pregava o autoritarismo, concedia ao Presidente da República o direito sobre decidir por todos, tomar as rédeas do país. Santoro (2001, p. 18) aponta que, tecnicamente, a carta de 1937 jamais chegou a vigorar, porque era condição de submissão ao plebiscito nacional que estava elencada no artigo 187, porém isto nunca aconteceu.

Foi na Constituição de 1946, que se usou pela primeira vez a expressão "previdência social". Ao usar esta expressão, dava-se como garantia ao contribuinte a defesa a doenças, invalidez, velhice e morte. Foi com esta carta que houve a primeira tentativa de sistematizar as normas da proteção social, se tornando então um marco importante (KERTZMAN, 2015, p. 46). Ao ser analisada a topografia, Santoro (2001, p. 19) afirma que diante de um equilíbrio entre as forças sociais, políticas e econômicas, a Constituição de 1946 é considerada a melhor da nossa história.

Sem trazer maiores modificações no regramento previdenciário, a CF de 1967 foi a primeira a ter previsão sobre o seguro-desemprego (IBRAHIM, 2012, p. 59). No mesmo ano (1967) entrou em vigor o Decreto-Lei 72/66, onde foram unificados os IAP's², que deram origem a criação do INPS, autarquia federal responsável pela administração dos benefícios previdenciários, resultante da fusão dos institutos de aposentadoria e pensões do setor privado então existentes, consolidando-se o sistema previdenciário brasileiro. Foi em 1967 também, que foi criado o auxílio-desemprego (KERTZMAN, 2015, p. 46), com forte presença do Estado e a sua preocupação quanto à manutenção dos princípios dos direitos e das garantias individuais (SANTORO, 2001, p. 20).

Foi com a Constituição de 1988 que se usou pela primeira vez o termo Seguridade Social, abrangendo as áreas de saúde, assistência social e previdência social (KERTZMAN, 2015, p. 46), que será melhor explicado adiante. À vista disso, as

§ 1º – A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

[...] h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurado o descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes do trabalho ou de morte" (BRASIL - A, 2018, on-line).

² Os antigos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs), autarquias por categorias profissionais criadas em 1930 pelo presidente Getúlio Vargas, substituíram as caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs), fundadas em 1923, foram fundidos e deram origem, em 1966, ao Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) (IBRAHIM, 2012, p. 59).

Cartas Magnas, quer tenham sido promulgadas ou outorgadas, se preocuparam tão somente com a Previdência Social, e acabaram deixando para a legislação tratar sobre os diversos segmentos da Previdência Privada. Isso foi corrigido somente, em parte, quando a Constituição de 1988 foi emendada, em 1998 (SANTORO, 2001, p. 21).

2.1 Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e Regime Próprio de Previdência Social (RPPS)

A previdência, no Brasil, é formada por dois regimes básicos com filiação obrigatória, sendo eles o Regime Geral de Previdência Social e o Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos e militares (GOES, 2011, p. 9).

O Regime Geral de Previdência Social está elencado no art. 201 da Constituição Federal³, possui caráter contributivo e sua filiação é obrigatória. É considerado o regime mais amplo da previdência, encarregado de proteger a maioria dos trabalhadores brasileiros que possuem registro na CLT (Consolidação das Leis de Trabalho), além dos empregados domésticos, rurais, trabalhadores autônomos entre outros (GOES, 2011, p. 9).

O citado regime é regulamentado pela Lei 8.213/91, nomeada de “Plano de Benefícios da Previdência Social”. Apesar de ter filiação obrigatória, permite que indivíduos que não estejam encaixados na categoria de segurados obrigatórios e não possuem um regime próprio de previdência consigam se inscrever como segurados facultativos, tornando-se também filiados. É o único regime brasileiro que permite que segurados facultativos façam a adesão, visto a observação do princípio da universalidade do atendimento, elencado no art. 194, I, da Constituição Federal (CASTRO; LAZZARI, 2006, p. 167).

Segundo Coimbra:

³ “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. [...] § 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo” (BRASIL - A, 2018, on-line),

A Lei nº 8.213, de 24.07.91, estabelece o Regime Geral de Previdência Social, o qual filia ao INSS os trabalhadores vinculados à iniciativa privada, classificados como empregados, autônomos, empresários, avulsos e especiais, segundo a forma pela qual exercem suas atividades (COIMBRA, 2001, p. 75).

Uma breve informação acerca dos beneficiários da previdência social, verifica-se que são divididos em segurados e dependentes. Segundo Martins (2005, p. 95), segurado é a pessoa física que tem por exercício a atividade com remuneração, ou ainda aqueles que se filiam facultativamente. Enquanto isso, os dependentes, no Regime Geral de Previdência Social estão divididos em três classes:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada (BRASIL - D, 2018, on-line).

Para definirmos o Regime Próprio de Previdência Social, utilizamos das palavras de Kertzrman:

Os Regimes Próprios de Previdência Social são regidos constitucionalmente pelo artigo 40⁴ da Constituição Federal de 1988 e são destinados a servidores

⁴ “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei; II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar; III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade

públicos de cargo efetivo das Unidades federativas que instituíram tal regime em prol de seus servidores (KERTZMAN, 2015, p. 531).

Os beneficiários do Regime Próprio estão assim divididos:

Os beneficiários de Regime Próprio de Previdência Social – RPPS são os magistrados, ministros e conselheiros dos Tribunais de Contas, membros do Ministério Público, militares e servidores públicos ocupantes de cargo efetivo de quaisquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações (GOES, 2011, p. 9).

O RPPS também possui caráter contributivo e solidário, “mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial” (KERTZMAN, 2015, p. 531).

Goes (2011, p. 12) afirma que, para ser visto como regime próprio, precisa garantir aos seus segurados pelo menos as aposentadorias e a pensão por morte, cabendo à União determinar as regras gerais sobre o assunto, e a cada órgão determinar as regras próprias para a concessão dos benefícios.

No citado diploma legal, há previsão do atendimento de alguns preceitos elementares, como a vinculação exclusiva das contribuições ao pagamento dos benefícios (art. 1º, III) e a cobertura exclusiva a servidores titulares de cargo efetivo (art. 1º, V) cabendo aos demais a vinculação obrigatória ao RGPS (IBRAHIM, 2012, p. 36).

Caso ocorra a extinção dos RPP's, os Entes Federativos terão a responsabilidade de assumir o pagamento dos benefícios concedidos ao longo da sua vigência, igualmente aqueles benefícios em que os requisitos indispensáveis para a sua concessão foram implementados antes da extinção do nome. (IBRAHIM, 2012, p. 37).

Existem hoje, no Brasil, quase dois mil Regimes Próprios de Previdência Social, na União, nos Estados e Distrito Federal, em todas as Capitais e em aproximadamente um terço dos Municípios (nestes incluídos aqueles mais populosos), que asseguram a proteção previdenciária a cerca de nove milhões de segurados, sendo seis milhões de servidores ativos e três milhões de aposentados e pensionistas (NOGUEIRA, 2012, p. 7).

e trinta de contribuição, se mulher; b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição” (BRASIL -A, 2018, on-line).

Ambos os regimes encontram-se no segmento da Seguridade Social, que será melhor equiparado abaixo.

2.2 Conceito de Seguridade Social e sua divisão a partir da CF/88

A CRFB/88, quando se trata da ordem social, traz em seu art. 193 que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem estar e a justiça sociais” (BRASIL –A, 2018, on-line). Os arts. 194 e seguintes dispõem sobre a atuação da Seguridade Social, que “[...] compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL -A, 2018, on-line).

Nas palavras de Castro e Lazzari, a respeito da Seguridade Social:

A Seguridade Social abrange tanto a Previdência Social como a Assistência Social (prestações pecuniárias ou serviços prestados a pessoas alijadas de qualquer atividade laborativa), e a Saúde Pública (fornecimento de assistência médico-hospitalar, tratamento e medicação), estes dois últimos sendo prestações do Estado devidas independentemente de contribuições (2006, p. 113).

Por não fazer parte do presente trabalho, traremos apenas um pequeno conceito de assistência social e saúde, dando um maior destaque à previdência social.

Sobre a assistência social, Martins aduz:

Assistência Social é um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer uma política social aos hipossuficientes, por meio de atividades particulares e estatais, visando à concessão de pequenos benefícios e serviços, independentemente de contribuição por parte do próprio interessado (2005, p. 147).

Em relação a saúde, Martins expõe:

Dispõe o art. 196 da CF que a saúde é um direito de todos e dever do Estado. A saúde é garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação. [...]. Verifica-se que a saúde é um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado, que, por contrapartida, tem o dever de prestá-lo. Está, assim, entre os direitos fundamentais do ser humano (2005, p. 155).

Conceituando previdência, o mesmo autor expressa:

Previdência vem de *pre videre*, ver com antecipação os riscos sociais e procurar compô-los. É a Previdência Social um conjunto de princípios, de normas e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e sua família, quando ocorrer certa contingência prevista em lei. (MARTINS, 2005, p. 91).

Como visto, o termo “Direito da Seguridade Social” e o “Direito Previdenciário” são ambos utilizados para referir-se ao mesmo conjunto normativo, no entanto, o termo “Seguridade Social” traz uma ideia de maior abrangência que o termo “previdência”, uma vez que “seguridade social” é o gênero, do qual são espécies, conforme previsto na Constituição Federal.

Como conceito de Direito Previdenciário, Castro e Lazzari expõem:

O Direito Previdenciário, ramo do Direito Público, tem por objeto estudar, analisar e interpretar os princípios e as normas constitucionais, legais e regulamentares que se referem ao custeio da Previdência Social – que, no caso do ordenamento estatal vigente, também serve como financiamento das demais vertentes da Seguridade Social, ou seja, Assistência Social e Saúde –, bem como os princípios e normas que tratam das prestações previdenciárias devidas a seus beneficiários (2006, p. 113).

Em suma, observa-se, no que tange à Previdência Social, que é um conjunto de direitos e de ações que buscam tutelar seus beneficiários de eventuais riscos sociais. Sendo assim, o ponto abaixo a ser analisado abordará os princípios existentes na seguridade social que se aplicam ao Direito Previdenciário.

2.3 Princípios da Seguridade Social aplicados à Previdência Social

Dentro da seguridade social existe o ramo autônomo do Direito, o Direito Previdenciário, que releva um conjunto de princípios amparados pela CRFB/88 em diversos artigos, mas a maioria deles são encontrados em seu artigo 194, parágrafo único e seus incisos⁵.

De acordo com as lições de Mello:

⁵ “Art. 194. [...] Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - Irredutibilidade do valor dos benefícios; 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 -A, 2018, on-line).

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (2005, p. 888 e 889).

Aqui, expõe-se os princípios considerados de maior relevância para o tema em questão, a se dizer: universalidade da cobertura e do atendimento; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados, a qual passaremos a expor.

2.3.1 Universalidade da cobertura e do atendimento

Este princípio em questão tem por objetivo atender todas os acontecimentos que por ventura colocarem as pessoas em necessidade.

Martins, por sua vez, ensina que:

A universalidade da cobertura deve ser entendida como as contingências que serão cobertas pelo sistema, como a impossibilidade de retornar ao trabalho, a idade avançada, a morte etc. Já a universalidade do atendimento refere-se às prestações que as pessoas necessitam, de acordo com previsão da lei, como ocorre em relação aos serviços (2005, p. 78).

O princípio da universalidade apresenta duas dimensões, a objetiva e a subjetiva. A primeira detém a finalidade de alcançar todas as ameaças sociais que possam, de algum modo, gerar estado de necessidade, que se trata como universalidade de cobertura, e no tocante a forma subjetiva, a intenção é procurar tutelar toda a pessoa pertencente ao sistema protetivo, que se trata da universalidade de atendimento (IBRAHIM, 2012, p. 66).

A universalidade é regra quando se trata da saúde e assistência social. Na previdência, referente ao regime contributivo, quem contribuiu conforme discrimina a

lei, terá direitos aos benefícios e às prestações, porém, se a lei não predisser tal benefício ou se este não for estendido a certa pessoa, não terá direito a tal vantagem (MARTINS, 2006, p. 53).

Tal princípio tem como objetivo, dentre outros, fazer com que a Seguridade Social seja acessível a todas as pessoas residentes no país, incluindo também estrangeiros que estejam morando aqui.

2.3.2 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços

O princípio da seletividade é de suma importância no ordenamento jurídico, visto que com o embasamento neste princípio o legislador irá encaminhar o benefício eficiente para o requerente. Nessa diretriz, os autores Castro e Lazzari trazem um breve conceito sobre seletividade e distributividade:

Não há um único benefício ou serviço, mas vários, que serão concedidos e mantidos de forma seletiva, conforme a necessidade da pessoa. Por distributividade, entende-se o caráter do regime por repartição, típico do sistema brasileiro, embora o princípio seja de seguridade, e não de previdência. O princípio da distributividade, inserido na ordem social, é de ser interpretado em seu sentido de distribuição de renda e bem-estar social, ou seja, pela concessão de benefícios e serviços visa-se ao bem-estar e à justiça social (art. 193 da Carta Magna) (2006, p. 152).

Alencar (2009, p. 46) ensina que, destarte, o princípio em questão abordado se mostra como contraponto em relação ao princípio da universalidade da cobertura e do atendimento tratado acima, dado que durante o tempo que não houver meios materiais de atender a toda a população de forma completa, os benefícios e serviços que trazem a garantia de cobertura com maior produtividade aos desejos atuais da sociedade devem ter prioridade.

O presente princípio opera na área do rol de prestações, quer dizer, na seleção dos benefícios a serem preservados pela Seguridade Social, enquanto, por ordem de distribuição, a atuação do sistema protege as pessoas com maiores necessidades, definindo um grau de proteção.

2.3.3 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais

Para Morales (2009, p. 60), este princípio significa “a concessão dos mesmo benefícios de igual valor econômico e de serviços da mesma qualidade” aos trabalhadores rurais, em comparação com os trabalhadores urbanos. No entendimento de Barros Júnior, o princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais:

São os pagamentos feitos aos segurados e aos seus dependentes. Serviços são bens imateriais, postos à disposição dos segurados ou dependentes. São exemplos: o serviço social e a reabilitação profissional. A uniformidade diz respeito aos aspectos objetivos, ou seja, descreve os eventos fáticos que deverão ser cobertos. A equivalência, por sua vez, vai tomar por base o aspecto pecuniário ou o atendimento dos serviços, que não serão necessariamente iguais, mas equivalentes, na medida do possível, dependendo de algumas variáveis legais (tempo de serviço, coeficiente de cálculo etc.) (BARROS JÚNIOR, 2012, p. 16).

Martins (2005, p. 30) levantou uma crítica significativa em relação a este princípio, explicando que no momento em que determina a uniformidade e equivalência de benefícios e serviços somente entre populações urbanas e rurais, ao invés de determinar uma uniformidade entre toda a população, incluindo os servidores civis, militares e congressistas, no entanto, estes possuem regime próprio onde cada benefício poderá ter regra diferenciada de acordo com cada regime.

2.3.4 Irredutibilidade do valor dos benefícios

No tocante ao princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios, significa que, após concedido pela Previdência Social não pode ter o seu valor nominal reduzido, segundo o doutrinador Martinez:

Eles não podem ser onerados em particular, com deduções previdenciárias (contribuição); e 2) deverem manter o poder aquisitivo do quantum original, apurado em certo momento, por meio do parâmetro definido segundo lei ordinária e em face das circunstâncias de cada momento histórico (2006, p. 49).

A CRFB/88, em seu artigo 201, § 4º, ao tratar sobre os benefícios concedidos pela previdência social, afirma que “é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei” (BRASIL - A, 2018, on-line), estando ainda positivado na lei 8.212/91, lei essa que

trata do Plano de Custeio, na lei 8.213/91, que trata do Plano de Benefícios e no Decreto 3.048/99, que regulamenta a Previdência Social.

Com as palavras de Castro e Lazzari, entende-se que este princípio é um:

Princípio equivalente ao da intangibilidade do salário dos empregados e dos vencimentos dos servidores, significa que o benefício legalmente concedido – Pela Previdência Social ou pela Assistência Social – não pode ter seu valor nominal reduzido, não podendo ser objeto de desconto – salvo os determinados por Lei ou ordem judicial -, nem de arresto, sequestro ou penhora (2006, p. 152).

Quando se fala no princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios, este princípio abrange dois lados, o da irredutibilidade nominal e a irredutibilidade real do valor. A irredutibilidade nominal é avaliada desde o momento da concessão do benefício, fazendo com que os salários sejam ajustados durante toda a sua manutenção, não permitindo que os beneficiários tenham seu salário reduzido por conta da inflação. Completando a irredutibilidade nominal, a irredutibilidade real faz com que aposentados e pensionistas tenham os seus benefícios reajustados, de forma que continuem com o mesmo poder de compra que detinham quando foram concedidos.

2.3.5 Equidade na forma de participação no custeio

O objetivo da Seguridade Social, neste princípio, é tratar de igual para igual. No caso, igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Isto, em primeiro momento, nos dá uma pequena confusão, porém ao analisar, se os desiguais forem tratados igualmente, estaria aprofundando ainda mais a desigualdade. Este princípio não é nada mais do que o desdobramento do princípio da igualdade.

No tocante ao custeio mencionado no princípio, significa dizer que a sua contribuição varia de acordo com a sua capacidade econômica. Ou seja, quem possui mais contribui mais, quem tem menos capacidade econômica contribui menos (GOES, 2011, p. 30).

Diante disto, Lenza afirma que:

Então a equidade na participação no custeio deve considerar, em primeiro lugar, a atividade exercida pelo sujeito passivo e, em segundo lugar, sua capacidade econômica-financeira. Quanto maior a probabilidade de a

atividade exercida gerar contingências com cobertura, maior deverá ser a contribuição (2013, p. 47).

Nesse viés, quando se trata do conceito de “equidade”, quer dizer que está relacionado com a ideia de “justiça”, visto que não se relaciona justiça quando a possibilidade de contribuição, mas sim a capacidade de criar possibilidades que serão cobertas pela seguridade social.

2.3.6 Diversidade da base de financiamento

O princípio da diversidade da base de financiamento é indiretamente encontrado no art. 195 da Constituição Federal, trazendo que o financiamento da seguridade social era de responsabilidade de toda a comunidade.

Conforme Lenza (2013, p. 47), trata-se da aplicação do princípio da solidariedade, onde ordena a todos os segmentos sociais que contribuam de acordo com suas condições. A proteção social básica dirige-se principalmente à população que está em situação social de pobreza ou de vulnerabilidade, é responsabilidade de todos, pois a questão da desigualdade social incomoda a sociedade de um modo geral.

Com as palavras de Castro e Lazzari:

Estando a Seguridade Social brasileira no chamado ponto de hibrismo entre sistema contributivo e não contributivo, o constituinte quis estabelecer a possibilidade de que a receita da Seguridade Social possa ser arrecadada de várias fontes pagadoras, não ficando adstrita a trabalhadores, empregadores e Poder Público (2006, p. 115/116).

Distintas maneiras de custeio existem e podem criadas ser para garantir o financiamento da Seguridade Social, mediante lei complementar.

2.3.7 Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados

O legislador se atentou às pessoas que tem interesse em relação a proteção da Seguridade Social participarem de sua gestão. Assim, o artigo 10º da CRFB/88

afirma que “é assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação” (BRASIL - A, 2018, on-line). Em consonância com este dispositivo, o artigo 194, parágrafo único, VII, afirma que a Seguridade Social tem “caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados” (BRASIL - A, 2018, on-line).

Em conformidade com este princípio, a gestão dos recursos, planos, programas, serviços e ações, dentro das três áreas da Seguridade Social, devem ser realizadas por meio de uma discussão com a sociedade, visto que isso interessa a todos.

Coube a legislação ordinária (Lei 8.213/91) reger esse princípio, instituindo os conselhos nacionais, estaduais e municipais da Seguridade Social, Previdência Social e Assistência Social, tornando capaz a participação democrática com a descentralização (CASTRO; LAZZARI, 2006, p. 11).

Além dos princípios acima estudados, outros serão abordados no decorrer do trabalho em momento oportuno, partindo agora para o tema específico, os transexuais.

3 O RESPEITO AOS TRANSEXUAIS E A SUA ABORDAGEM NO AMBIENTE NORMATIVO BRASILEIRO

Para o presente trabalho é muito importante que se reconheça onde surgiram as primeiras histórias sobre os transexuais, bem como identificar a diferença entre gênero e sexo, definir um transexual e entender como funciona o processo de transição de gênero, além de outros detalhes fundamentais a seguir expostos.

3.1 Precedentes históricos dos transexuais

Uma das primeiras histórias sobre o transexual viu-se no período Romano, quando o imperador Nero, durante um ataque de raiva, chutou sua esposa grávida no abdômen, matando-a. Tomado pelo remorso, ele procurou alguém que se assemelhasse ao rosto de sua esposa falecida, encontrado na figura de um jovem escravo da época. Em seguida, o imperador ordenou que os cirurgiões transformassem o jovem em uma mulher. Após, os dois foram formalmente casados (BENJAMIN, 1999, p. 98).

Outro imperador Romano, Heliogábalos, foi casado com um escravo e assumiu as tarefas domésticas no papel da mulher. É dito também que ele ofereceu metade do seu império para o médico que pudesse presenteá-lo com a genitália feminina. Neste mesmo período, o Papa João VIII, nomeado sucessor do Papa Leão IV, era, na verdade, uma mulher. Afirmações descrevem que ele deu à luz a um bebê e morreu, junto com seu filho na presença de um grande número de pessoas (BENJAMIN, 1999, p. 98).

Benjamin (1999, p. 98) cita também que, no período Renascentista o Rei Henrique III da França desejava ser considerado uma mulher. É relatado que, em uma festa que ocorreu para os deputados, o rei apareceu vestido de mulher, cercado por joias e com um vestido curto. Entre os notáveis franceses do século XVII, o Abbé de Choisy, também conhecido como François Timoléon, deixou para a posteridade uma descrição vívida em primeira mão de um forte desejo entre gêneros. Durante sua infância e juventude sua mãe sempre o vestia como mulher. Sua história é tão extensa, que François escreveu um livro, o qual possui tradução em português feita por Leonardo Fróes, onde o livro se chama “Memórias do abade de Choisy vestido de mulher”.

Relata-se que no século XIX surgiram os primeiros trabalhos científicos sobre sexualidade, em países germânicos e durante o ano de 1886 Kraft-Ebbing (1840-1902) fez a publicação do seu livro “Psychopathia Sexualis”, o qual foi considerado o símbolo referencial de um estudo médico que trata da sexualidade humana. Em 1877, Kraft-Ebbing usou o termo “Metamorfose Sexual Paranoica” para apontar aquilo que atualmente é chamado de transexualidade⁶.

Benjamin foi quem transformou a transexualidade em um grupo autônomo, diferente de uma doença mental ou uma depravação, como era tratada até então. Seu principal objetivo, com o presente estudo, foi confirmar que o transexual não é nenhum homossexual travestido ou algo do tipo, que resultou tais estudos, em 1966, na publicação do seu livro “The Transsexual Phenomenon”, o qual protegeu que:

Quanto a sua estrutura anatômica corporal, o homem ou a mulher transexual é profundamente infeliz como um membro do sexo (ou gênero) biológico, particularmente no que tange as genitais. [...] O transexual é fisicamente normal. [...] Transexuais verdadeiros se sentem pertencentes ao outro sexo, desejando funcionar/agir como membros do sexo oposto e não meramente se parecer com eles. Para eles, seus órgãos genitais, sejam eles primários (testículos) ou secundários (pênis e outros), são deformidades repulsivas que devem ser alteradas por instrumentos cirúrgicos [...]”⁷ (BENJAMIN, 1999, p.11, tradução nossa).

Um dos exemplos mais famosos em relação ao comportamento do transexual ocorrido na história é o do Chavalier d’Eon, pois seu nome tornou-se uma adoção do nome feminino por um homem. Benjamin afirma, em seu livro, que:

É relatado que ele estreou na história vestindo trajes femininos como o rival de Madame de Pompadour como uma bela nova amante de Luís XV. Quando o segredo chegou ao conhecimento do rei, este último aproveitou o seu erro inicial, transformando o Chevalier num diplomata de confiança. Em uma ocasião, em 1755, ele foi para a Rússia em uma missão secreta disfarçada de sobrinha do agente credenciado do rei e no ano seguinte voltou à Rússia vestindo como homem para completar a missão. Após a morte de Luís XV, ele viveu permanentemente como mulher⁸ (BENJAMIN, 1999, p. 99, tradução nossa).

⁶ A transexualidade é um desconcerto de gênero, situação em que a pessoa é convicta de que pertence ao sexo oposto e sente a necessidade de ver o seu corpo adaptado com a imagem que tem de si. (BUNCHAFT, 2013).

⁷ “The transsexual male or female is deeply unhappy as a member of the sex (or gender) to which he or she was assigned by the anatomical structure of the body, particularly the genitals. [...] The transsexual is physically normal. [...] True transsexual feel that they belong to the other sex, desire to function as members of the opposite sex and not merely to look like them. For them their genital organs, be they primary (testicles) ou secondary (penis and others) are repulsive deformities thar must be changed by the surgeon’s knife [...]” (BENJAMIN, 1999, p. 11)”

⁸ One of the most famous examples of cross-gender behavior in history is the Chevalier d’Eon, whose name became the eponym "eonism." He is reported to have made his debut into history in woman's

Ainda sobre a história de Chevalier d'Eon, Benjamin (1999) reitera que houve uma enorme incerteza na Inglaterra sobre onde ele passou os seus últimos anos e sobre o seu verdadeiro sexo morfológico pois, na verdade, muitos tinham suspeitas de que o seu sexo na verdade era feminino e que ele se vestia de homem as vezes. Quando morreu, Chevalier d'Eon passou quarenta e nove anos de sua vida sendo homem e trinta e quatro anos como mulher.

Um caso interessante foi o do abade⁹ l'Abbé d'Entragues, que, com a intenção de reproduzir a beleza facial feminina, provocava sangramentos faciais frequentemente. Outra situação inusitada que ocorreu foi o abade Becarelli, que levantou a teoria de que era líder dos "serviços do Espírito Santo", gabando-se que detinha uma droga que era capaz de "mudar de sexo". Logicamente o sexo físico não mudava, porém, alguns homens tomavam tal droga acreditando que se transformariam em mulher e que as mulheres que tomassem, se tornariam homens (BENJAMIM, 1999, p. 99).

Outro caso famoso foi de Mademoiselle Jenny Savalette de Lange, como foi conhecida a sua vida inteira que morreu em Versalhes em 1858 e foi descoberta como homem. Ele conseguiu uma certidão de nascimento que o declarava mulher, foi noivo por seis vezes e recebia uma pensão de mil francos do rei da França, com direito a um apartamento do Château de Versailles (BENJAMIN, 1999, p. 99).

3.2. A diferença entre gênero e sexo, transexual e transgênero

Cada ser humano é único, possuidor de características comuns a todos. Essas características nos aproximam de uns e nos separam de outros, nos identificam com uns e nos distinguem de outros. Como prova disso temos a religião em que nascemos e somos criados, também a classe social, idade, habilidades físicas, raça, gostos. Mas, o que está em enfoque nesta situação é o gênero (JESUS, 2012, p. 5).

O sexo e o gênero são duas coisas que ainda causa uma pequena confusão quanto a distinção de cada uma. O gênero está relacionado com a identidade do ser

garb as the rival of Madame de Pompadour as a pretty new mistress for Louis XV. When his secret was made known to the King, the latter capitalized on his initial mistake by turning the Chevalier into a trusted diplomat. On one occasion, in 1755, he went to Russia on a secret mission disguised as the niece of the King's accredited agent and the following year returned to Russia attired as a man to complete the mission. Following the death of Louis XV he lived permanently as a woman (BENJAMIN, 1999, p. 99).

⁹ Superior de uma abadia. Título dado ao superior de uma ordem religiosa. (DICIO, 2018, on-line).

humano, não se tratando de uma questão biológica e sim cultural, não é somente o órgão reprodutor que é considerado, há uma questão social que gera construção da identidade. É a questão do reconhecimento próprio com o gênero que se identifica. A questão é escolher sua identificação, assumir posturas, valores e condutas sociais que estão atreladas a tal gênero, independente do seu sexo. Dentro do gênero, existe a expressão de gênero, que se caracteriza como a maneira em que a pessoa se apresenta, seu comportamento, suas vestimentas, sua aparência. Tudo isso é de acordo com a perspectiva de um determinado gênero, varia de acordo com a cultura e o modo como a pessoa vive (JESUS, 2012, p. 13).

O sexo, por outro lado, é a definição de masculino e feminino, manifestação situada no plano biológico, a anatomia do seu corpo é que define, tudo gira em função de um órgão sexual, independente de fatores sociais, condutas e valores. É o órgão que é assumido desde o nascimento, que é o “padrão” imposto pela sociedade. É somente a parte física desta identidade, que pode encontrar diferentes posturas psicológicas (JESUS, 2012, p. 6).

A transexualidade, no entendimento de Jesus, se resume em:

A transexualidade é uma questão de identidade. Não é uma doença mental, não é uma perversão sexual, nem é uma doença debilitante ou contagiosa. Não tem nada a ver com orientação sexual, como geralmente se pensa, não é uma escolha nem é um capricho. Ela é identificada ao longo de toda a História e no mundo inteiro (JESUS, 2012, p. 7).

Pascual (2015) define que transexualidade é caracterizada como a evolução de uma identidade de gênero que está em conflito com a estrutura morfológica da genitália e suas características sexuais¹⁰. Jesus (2012, p. 8) aponta que um trans, dependendo do gênero que assumir, pode ser homossexual, heterossexual ou bissexual.

A transexualidade é um fenômeno vivenciado pela humanidade desde as sociedades mais rudimentares das épocas remotas. A importância social do transexual, contudo, mostrou-se diversificada, havendo registros de culturas que o associaram a divindades e heróis mitológicos, e de outras que o endemonizaram e rejeitaram plenamente a sua condição. [...] No Brasil, a

¹⁰ Na psiquiatria norte-americana, a transexualidade ainda é tratada como uma espécie de transtorno mental, conhecida como “disforia de gênero”. Segundo Dr. Fernando Matos, disforia de gênero é “uma condição em que o paciente sente que sua identidade de gênero é uma incompatibilidade com seu sexo biológico real. [...] Disforia de gênero é também denominada de incongruência de desordem, transgênerismo ou transexualismo ou gênero de identidade de gênero” (MATOS, 2018, onl-line).

realidade de milhares de transexuais e transgêneros é permeada por discriminação, preconceito e marginalização, revelando um claro desinteresse dos poderes públicos por sua situação de vulnerabilidade (ALVES, 2013, p. 5).

No Brasil, ainda não há um consenso em relação ao termo “transgênero”, o que existem são várias teorias de pessoas que estudaram muito sobre o assunto e são capazes de nos transferir um entendimento. O termo transgênero é o grande guarda-chuva, que contempla travestis, transexuais, não-binários, crossdressers¹¹, drag queens”. Stamm (2018, on-line) afirma que “o prefixo trans pode ser definido por ‘além de’, ‘através de’, ou seja, as pessoas que estão em trânsito entre os gêneros (masculino e feminino) ”.

Logo, a partir de agora, sempre que tratar-se de transexual, usaremos apenas o prefixo “trans”, para fins de praticidade e melhor entendimento. Jesus também traz esta teoria, vejamos:

Reconhecendo-se a diversidade de formas de viver o gênero, dois aspectos cabem na dimensão transgênero, enquanto expressões diferentes da condição. A vivência do gênero como: Identidade (o que caracteriza transexuais e travestis); OU como Funcionalidade (representado por crossdressers, drag queens, drag kings e transformistas) (JESUS, 2012, p.7).

Ao analisar nossa legislação, Marangoni (2014, p. 11) explana que não há nenhuma referência específica sobre os direitos dos transexuais, apesar de existir alguns projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, mas não houve nenhuma aprovação até o presente momento. De acordo com a omissão da lei, jurisprudencialmente se tem tentado suprir as lacunas que versam sobre o caso. Porém, é de uma necessidade gigantesca que o Poder Legislativo atue para a criação de normas que possam assegurar os direitos dos transexuais de forma concreta, principalmente no tocante a cirurgia de transgenitalização e adequação do nome e sexo perante o registro civil.

3.3. Os preconceitos vivenciados pelos transexuais e o projeto de Transcidadania

¹¹ Segundo Karlesy Stamm, Psicóloga Especialista em Sexualidade Humana e especializada em questões de gênero, transexualidade e mudança de sexo, Crossdresser “é um fenômeno comum na sociedade, e nada mais é do que o comportamento de usar roupas diferentes do sexo anatômico. E isso, para o indivíduo adepto à prática, é necessário para compor sua autoestima, seja todos os dias ou apenas vez ou outra. Em geral, não há regras”. (STAMM, 2018, online).

Os trans sofrem preconceitos e discriminações desde sempre, seja na escola, na família ou no mercado de trabalho. Não se fala aqui somente de trans que vivem no Brasil, mas sim do mundo inteiro. Segundo o monitoramento da ONG Europeia Transgender:

Um total de 2.609 pessoas trans e com diversidade de gêneros foram mortas em 71 países entre janeiro de 2008 e setembro de 2017. **Os migrantes** compõem um grande número de assassinatos na Europa. Dos 123 assassinatos reportados na Europa, um terço de todas as vítimas eram migrantes. E, das mortes relatadas de pessoas trans e com diversidade de gênero, cuja profissão era conhecida, em todo o mundo, 62% eram **profissionais do sexo**. (TRANSGENDER EUROPE, 2018, on-line, grifo do autor).

Desse total de 2.609 casos de assassinatos de pessoas trans e com diferença de gênero, a maioria ocorreu no Brasil, ficando o México em segundo lugar e os Estados Unidos em terceiro, levando em consideração que a pesquisa foi feita em 71 países em todo o mundo. (TRANS MURDER MONITORING, 2018).

Essas pessoas são vítimas de ataques de ódio e de terrível violência, envolvendo extorsão, agressão física, psicológica, sexual e assassinato, que dificilmente são denunciados. Na maioria dos países (incluindo o Brasil) os dados sobre violência causado às pessoas trans não são nem produzidos ou encontrados nos veículos de comunicação, portanto, é impossível estimar a quantidade real de casos. (TRANS MURDER MONITORING, 2018).

De acordo com os assassinatos relatados de pessoas trans, cuja profissão era conhecida, a totalidade de 62% eram profissionais do sexo, muitas vezes pela discriminação do mercado de trabalho (TRANS MURDER MONITORING, 2018). Ainda segundo a matéria do TMM (Trans Murder Monitoring¹²).

Na Europa, a Turquia viu 44 mulheres trans, a maioria profissionais do sexo, assassinadas nos últimos quase nove anos. Ao mesmo tempo, na França, na Itália, em Portugal e na Espanha, países em que a maioria das pessoas trans e sexualmente diversas da África e da América Central e do Sul migram, 69% das vítimas de homicídio relatadas eram migrantes. Os dados da TMM também mostra que nos Estados Unidos, as vítimas são esmagadoramente pessoas de cor e/ou indígenas (86%)¹³ (TRANS MURDER MONITORING, 2018, on-line, tradução nossa).

¹² Monitoramento de Assassinato Trans

¹³ In Europe, Turkey has seen 44 trans women, the majority sex workers, murdered in the last almost nine years. At the same time, in France, Italy, Portugal, and Spain, which are the countries to which most trans and gender-diverse people from Africa and Central and South America migrate, 69% of the

Durante os meses de janeiro a agosto de 2017, a ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) desempenhou um relevante trabalho contabilizando os assassinatos de travestir e transexuais no Brasil. De acordo com as pesquisas, de um total de 115 assassinatos durante este meses de pesquisa, “5,21% foram de homens trans, 10,43% de mulheres trans e 84,34% foram de travestis” (ANTRA, 2018, p. 48).

A ANTRA ainda afirma, em suas pesquisas, que:

As formas de matar a população trans variam. Abaixo de 2% ocorreram assassinatos por apedrejamento (1,7%), atropelamento (1,7%), estrangulamento (1,7%), pauladas (1,7%), queimação (0,9%) e asfixia (0,9%). Os demais casos (1,7%) não apresentam informações. Foram verificados que 51,38% dos assassinatos foram resultantes de tiros, 18,3% de facadas, 12,2% de espancamentos, sendo que em 7,8% dos assassinatos há mais do que uma forma empregada para matar, envolvendo requintes de crueldade, tortura e espetacularização do suplício das vítimas (ANTRA, 2018, p. 49).

Com base nos dados explícitos acima, se vê que a trajetória dos trans repercute no mundo inteiro, que essas pessoas sofrem físicas e psicologicamente. Contudo, no Brasil, apesar de os dados mostrarem o maior índice de assassinatos de pessoas trans, não encontramos tais dados em sites de estatísticas, nem no tão conhecido IBGE.

Os dados mostrados foram publicados exatamente no dia 20 de novembro de 2017, no Trans Memory Day (Tdor), eis que desde 1999, este dia é traduzido como o Dia Internacional da Memória Trans, referenciando às mortes das pessoas trans e com diferentes gêneros, iniciada nos Estados Unidos e agora em muitas partes do mundo (TRANS MURDER MONITORING, 2018).

Como os trans não tem muitas oportunidades, o trabalho sexual acaba sendo uma realidade para essas pessoas. Para muitos, a escolha pelo trabalho sexual é o reflexo das poucas opções de serviço oferecidos as pessoas do seu gênero, portanto, suas razões para se induzir a este tipo de trabalho se torna cada vez maior, em virtude também do preconceito vivido. A alta intensidade de pessoas trans que optam pelo trabalho sexual como forma de subsistência, é resultado da violência

reported murder victims were migrants. TMM data also shows that, in the United States, the victims are overwhelmingly trans people of colour and/or Native American (86%) (TRANS MURDER MONITORING, 2018, on-line).

estrutural, institucional e interpessoal que recebem desde o início de suas vidas, quando se trata do apoio e da compreensão da sua família, dos seus círculos sociais, da dificuldade de acesso à educação e em conseguir um emprego, fatores estes gerados pela discriminação aplicada e estas pessoas (FEDORKO; BERREDO, 2017, p. 7).

A família e a sua aceitação é a base inicial e de suma importância para os jovens trans, visto que a falta de apoio e a não aceitação leva ao isolamento, à vulnerabilidade, tanto em relação a moradia quanto a instabilidade econômica, pois a família e o ensino educacional são as principais fontes de recurso de qualquer ser humano, principalmente quem já tem maiores dificuldades de ser aceito no mercado de trabalho (FEDORKO; BERREDO, 2017, p. 8).

Na visão de Hammarberg (2011, p. 19), o trabalho é o meio financeiro fundamental para que as pessoas tenham acesso a um bom plano de saúde, logo, tenham assistência médica. Isso não é diferente quando tratado sobre as pessoas trans, visto que:

Os tratamentos hormonais ou a cirurgia para as pessoas trans nem sempre são cobertos pelos planos de saúde, as rendas procedentes do trabalho às vezes são, na prática, o único meio delas para pagar seus específicos cuidados com a saúde (HAMMARBERG, 2011, p. 19).

O transgênerismo que uma criança possui, na maioria das vezes, é escondido dos pais, adultos, profissionais psiquiátricos ou da psicologia, justamente por terem suas próprias percepções e sentimentos, levando a criança a esconder dos pais e profissionais por serem vistos como problemáticos ou doentes mentais, já que não conseguem distinguir seus sentimentos e a sua maneira de se expressar. Ainda neste aspecto, Hammarberg (2011, p. 21) afirma que “na escola e no ambiente familiar, as crianças e jovens adultos trans enfrentam com frequência um entorno inseguro, com assédio escolar e, inclusive, com expulsão familiar”.

Para conceituar ainda mais o pensamento acima, em relação as crianças e adolescentes trans, Sampaio e Coelho afirmam que:

As pessoas transexuais contam que ser diferente, principalmente na fase da adolescência, contribui para uma atitude de isolamento, o que muitas vezes leva ao aparecimento de quadros de depressão. Essas situações de conflito e isolamento ocorrem desde os contextos familiares, estendendo-se aos mais diversos contextos da vida, incluindo a escola e o trabalho (SAMPAIO; COELHO, 2013, p. 6).

Um trans, muitas vezes para se aceitar por completo, recorre a procedimentos para o reconhecimento do seu gênero, a cirurgia de troca de sexo. Quando esta opção é viável para o trans, ele sofre a imposição de vários requisitos legais e médicos, cujos limites nem sempre são deixamos tão claros. São feitas uma série de testes psicológicos, psiquiátricos e até físicos. Alguns destes testes não prezam a dignidade nem a integridade física do trans, uma que realizam processos discriminatórios, sendo esse um dos motivos em que muitos trans optam por não realizar o procedimento de troca de sexo. Porém, nesse viés, muitas vezes lhes é negado o direito a tratamentos de resignação de gênero que atendem aos seus desejos e necessidades de saúde pessoal (HAMMARBERG, 2011, p. 12).

O adolescente com transtorno de identidade de gênero deve ser assistido em centro dotado de estrutura que possibilite o diagnóstico correto e a integralidade da atenção de excelência, que garanta segurança, habilidades técnico-científicas multiprofissionais e suporte adequado de seguimento, - essa assistência deve ocorrer o mais precocemente possível, iniciando com intervenção hormonal quando dos primeiros sinais puberais, promovendo o bloqueio da puberdade do gênero de nascimento (não desejado), - aos 16 anos, persistindo o transtorno de identidade de gênero, gradativamente deverá ser induzida a puberdade do gênero oposto. Para os jovens, a administração de 17 β estradiol oral (hormônio feminino) e para as jovens, a de testosterona intramuscular (hormônio masculino), conforme os protocolos detalhados no corpo deste parecer (CONSELHO, 2013, p. 10).

Os trans passam a sofrer com as áreas do seu corpo que revelam o sexo biológico na fase da adolescência, visto que percebem certa incompatibilidade com o sexo psicológico e o gênero a quem dizem pertencer. Neste viés, a vontade e a ânsia de ter um corpo que corresponda a sua identidade escolhida aumenta cada vez mais. É na fase da adolescência que aparece um maior incomodo nos trans pelas características sexuais que começam a desenvolver e a perceber em si (SAMPAIO; COELHO, 2013, p. 7).

Com a intenção de hospitalizar as discriminações e tormento, alguns programas do governo e também de diversos Estados têm trazido, nos últimos anos, questões de aprendizado dos grupos escolares que integram a diversidade social (SOUZA, 2012, p. 65).

O Programa Brasil Sem Homofobia, por exemplo, traz como finalidade o combate a violência e a promoção da cidadania aos gays, lésbicas, travestis e

transexuais, com um enfoque principal quando se refere ao acesso à educação, considerada um direito universal (CONSELHO, 2004, p. 7).

Existem várias datas “comemorativas” que estão cada vez mais sendo lembradas. Dia 29 de janeiro é o dia da Visibilidade Trans, dia 24 de junho Dia da Ação Trans por Justiça Social e Econômica, dia 28 de junho Dia do Orgulho LGBT, dia 23 de outubro dia Mundial da Luta Contra Patologização da Transexualidade e dia 20 de novembro Dia da Memória Transgênero (JESUS, 2012, p. 12).

Nesse prisma, a prefeitura Municipal de São Paulo criou o Projeto Reinserção Social Transcidadania, que tem como objetivo o fortalecimento das atividades de inserção profissional, reintegração social e o “resgate da cidadania para a população LGBT em situação de vulnerabilidade atendidas pela Coordenadoria da Diversidade Sexual (CADS), com o objetivo de:

[...] promover os direitos humanos e a cidadania e oferecer condições e trajetórias de recuperação de oportunidades de vida para travestis e transexuais em situação de vulnerabilidade social. O programa possui como dimensão estruturante a oferta de condições de autonomia financeira, por meio da transferência de renda condicionada à execução de atividades relacionadas à conclusão da escolaridade básica, preparação para o mundo do trabalho e formação profissional, formação cidadã (PREFEITURA DE SÃO PAULO, 2018, on-line).

Tal projeto conta com um auxílio mensal de 983,55 (novecentos e oitenta e três reais e cinquenta e cinco centavos), com uma carga horária diária de 6 (seis) horas, sendo uma parceria da Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania e Secretaria Municipal de Trabalho e Empreendedorismo (PREFEITURA DE SÃO PAULO, 2018, on-line).

A visão desse projeto é a reinserção dos transexuais no mercado de trabalho, com a tentativa da diminuição da descriminalização que é causada contra essas pessoas, principalmente na área do trabalho. Assim, com esse auxílio, o trans vai ganhando espaço no mercado de trabalho e conseguindo conquistar um lugar de dignidade, não tendo que se submeter ao trabalho sexual como meio de subsistência.

No próximo capítulo falaremos sobre o benefício da pensão por morte no RGPS e no RPPS e a concessão de tal benefício aos transexuais com base nos princípios constitucionais.

4 A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE NO RPPS AOS TRANSEXUAIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Iniciaremos o capítulo trazendo uma abordagem sobre a parte geral do benefício de pensão por morte tanto no RGPS como no RPPS, antes de enfrentarmos o tema proposto.

4.1 O benefício de pensão por morte no RGPS e RPPS

O benefício concedido no RGPS e no RPPS são basicamente iguais em toda a sua estrutura, porém, no RPPS existem algumas restrições quanto a concessão, o que será abordado adiante.

4.1.1 Pensão por morte no RGPS

O benefício da pensão por morte no RGPS, de acordo com Martins (2005, p. 119), é concedido em decorrência do falecimento do segurado, aos seus dependentes.

O art. 74 da Lei nº 8.213/91 aduz que a pensão por morte é facultada aos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar do óbito, caso pleiteada até 90 dias após este; do requerimento se requerida após o prazo de 90 dias, como dito anteriormente; e da decisão judicial, caso ocorra a morte presumida.

A morte presumida, conforme o art. 78, ocorrerá após seis meses de ausência do segurado, sendo assim, os dependentes poderão receber o benefício de pensão por morte de forma provisória. Caso a morte presumida decorra de acidente, desastre ou catástrofe, não será necessário aguardar o prazo de seis meses, fazendo jus ao benefício de forma imediata ao requerimento. Contudo, caso ocorra o reaparecimento do segurado, a pensão cessará, não sendo obrigação dos dependentes a devolução dos valores já recebidos, exceto casos de má-fé.

No Regime Geral de Previdência Social, o valor mensal da pensão por morte está estabelecido no art. 75 da Lei nº 8.213/91, afirmando que será de cem por cento da aposentadoria que o segurado possuía ou então, cem por cento do valor que ele receberia se tivesse a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez na

data do seu óbito. O artigo 76 da referida Lei aduz que a pensão não será deferida pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer habilitação fora do prazo que implique em exclusão ou inclusão de algum dependente só irá produzir efeitos a partir da data da inscrição ou da habilitação.

Art. 76 [...]

§ 1º O cônjuge ausente não exclui do direito à pensão por morte o companheiro ou a companheira, que somente fará jus ao benefício a partir da data de sua habilitação e mediante prova de dependência econômica.

§ 2º O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do art. 16 desta Lei (BRASIL - D, 2018, on-line).

Ainda sobre a Lei supracitada, o artigo 77, seus parágrafos e incisos aduzem que, caso haja mais de um pensionista haverá o rateio em partes iguais entre todos e será revertido aos demais caso o direito de algum dependente cessar.

O direito ao recebimento de sua cota será cessada: a) com o falecimento do pensionista; b) para o filho, pessoa equiparada ou irmão de ambos os sexos que completar vinte e um anos de idade, exceto se for portador de alguma deficiência grave ou invalidez; c) caso seja inválido ou deficiente, a partir do momento que cessar a invalidez ou se afastar a deficiência; d) para o cônjuge ou companheiro portador de invalidez ou deficiência, quando cessar a invalidez; e) em quatro meses, se o segurado não tiver realizado dezoito contribuições mensais ou então se o casamento ou a união estável ocorreram dois anos antes do óbito do segurado.

O benefício será vitalício ao cônjuge ou companheiro somente se este possuir quarenta e quatro anos ou mais, conforme tabela do art. 77:

Art. 77 [...]

- 1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade;
- 2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade;
- 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade;
- 4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;
- 5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade;
- 6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade. (BRASIL - D, 2018, on-line).

Se o responsável dolosamente pela morte do segurado for o dependente e tenha sido condenado com decisão transitada em julgado, o mesmo perde o direito ao benefício, bem como o cônjuge/companheiro perde o direito a pensão se for

comprovado, a qualquer tempo, alguma fraude com o fim unicamente de recebimento do benefício previdenciário, o qual será apurado em um processo judicial, preservando o direito ao contraditório e à ampla defesa.

4.1.2 Pensão por morte no RPPS

O benefício da pensão por morte no RPPS está elencado também no art. 40, §7º, incisos I e II da CF/88, onde explana suas peculiaridades se comparado a concessão do benefício no RGPS.

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

O art. 42, §2º da CF também faz menção aos benefícios concedidos aos pensionistas dos militares:

Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.
[...]
§ 2º Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal (BRASIL – A, 2018, on-line).

A concessão do benefício da pensão por morte não poderá ser prorrogada por outro possível dependente ou pela falta de competência e, caso haja alguma inscrição feita posteriormente que implique na exclusão/inclusão do dependente, só gerará efeitos a partir da data da inscrição (MARTINS, 2005, p. 120).

O art. 7º e o art. 23 da Lei 3.765/60, em sua redação original, estabeleciam que a filha de militar, em caso de sua morte e morte de seu cônjuge, receberiam a pensão de forma vitalícia enquanto solteiras, já no caso do filho homem, o benefício era devido até os 21 anos, e caso cursasse faculdade, até os 24 anos, sendo esse o enfoque central do presente trabalho.

Art. 7º. A pensão militar defere-se na seguinte ordem:

- I – à viúva;
- II – Aos filhos de qualquer condição, exclusive os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválidos;
- III aos netos, órfãos de pai e mãe, nas condições estipuladas para os filhos;
- IV – À mãe viúva, solteira ou desquitada, e ao pai inválido ou interdito;

Art. 23. Perderá o direito à pensão:

- I - A viúva que tenha má conduta apurada em processo judicial, ou venha a ser destituída do pátrio poder, na conformidade do art. 395 do Código Civil Brasileiro;
- II - O beneficiário do **sexo masculino**, que atinja a maioridade, válido e capaz;
- III - O beneficiário que renuncie expressamente;
- IV - O beneficiário que tenha sido condenado por crime de natureza dolosa, do qual resulte, a morte do contribuinte; (BRASIL - B, 2018, on-line, grifo nosso).

Em 2000 passou a vigorar a Medida Provisória nº 2.131/00, que modificou de forma significativa a lei acima mencionada, inclusive igualou a filha mulher e o filho homem a 21 anos ou 24 se estudantes universitários, para fins de cessação do benefício.

Art. 7º. A pensão militar é deferida em processo de habilitação, tomando-se por base a declaração de beneficiários preenchida em vida pelo contribuinte, na ordem de prioridade e condições a seguir:

I - Primeira ordem de prioridade: [...]

d) Filhos ou enteados até vinte e um anos de idade ou até vinte e quatro anos de idade, se estudantes universitários ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez; [...]

Art. 23. Perderá o direito à pensão militar o beneficiário que:

- I - Venha a ser destituído do pátrio poder, no tocante às quotas-partes dos filhos, as quais serão revertidas para estes filhos;
- II - Atinja, válido e capaz, os limites de idade estabelecidos nesta Lei;
- III - Renuncie expressamente ao direito;
- IV - Tenha sido condenado por crime de natureza dolosa, do qual resulte a morte do militar ou do pensionista instituidor da pensão militar. (BRASIL – G, 2018, on-line, grifo nosso).

Por sua vez, seguindo esse mesmo entendimento, o art. 50, §2º, da Lei nº 6.880/80; que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, traz a seguinte previsão.

Art. 50. São direitos dos militares: [...]

§ 2 **São considerados dependentes do militar:**

I – A esposa;

II – O filho menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou interdito;

III – A filha solteira, desde que não receba remuneração;

IV – O FILHO ESTUDANTE, MENOR DE 24 (VINTE E QUATRO) ANOS DESDE QUE NÃO RECEBA REMUNERAÇÃO; [...] (BRASIL – C, 2018, on-line, grifo nosso).

Conforme Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, norteadada pelo Supremo Tribunal Federal, a concessão de tal benefício é regida pela legislação vigente na data do óbito do militar¹⁴.

Portanto, atualmente a Lei nº 3.765/60 dispõe sobre as Pensões Militares, estabelecendo que o beneficiário da pensão perde o direito ao benefício caso seja destituído do poder pátrio, referente às quota-partes dos filhos, que serão revertidas para os mesmos; caso atinja o limite de idade estabelecido por lei de ambos os sexos; renuncie de forma expressa o cargo; for condenado por algum crime cuja natureza seja dolosa, resultante da morte do militar ou do pensionista (BRASIL - B, 1960, online), enquanto que na redação original previa que a mulher não perderia o benefício aos 21 anos.

O ponto interessante aqui é que o benefício da pensão por morte é diferente entre o RGPS e o RPPS em relação a esta situação, qual seja, quando ocorrer o falecimento de militares antes da alteração da Lei, ocorrida em 2001, podendo a filha receber pensão de forma vitalícia e o filho homem cessará aos 21 anos, sendo que nos demais pontos ela muito se aproxima do benefício estabelecido pela Lei nº 8.213/91.

4.2. Os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da felicidade

¹⁴ ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE. ÓBITO EM MARÇO DE 1989. REVERSÃO À FILHA MAIOR E CAPAZ. REGIME MISTO. ART. 53 DO ADCT E LEIS 3.765/60 E 4.242/63. REQUISITOS DO ART. 30 DA LEI N. 4.242/63. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. 1. No tocante à reversão da pensão especial de ex-combatente, este Superior Tribunal firmou o entendimento de que deve ser regida pelas normas vigentes na data do óbito do instituidor (*tempus regit actum*). 2. Ao que se tem dos autos, a morte do ex-combatente ocorreu em março de 1989, ou seja, após a Constituição Federal de 1988 e antes da edição da Lei n. 8.059/90. Assim, deve ser aplicado à espécie o regime misto, ou seja, a incidência das Leis 3.765/60 e 4.242/63, as quais autorizavam a reversão da pensão especial às filhas capazes e maiores de 21 anos, bem como o disposto no art. 53 do ADCT/1988, que assegurou aos ex-combatentes o direito à pensão especial de Segundo-Tenente. 3. Entretanto, são requisitos para o pagamento do benefício: a) ser o ex-militar integrante da FEB, da FAB ou da Marinha; b) ter efetivamente participado de operações de guerra; c) encontrar-se o ex-militar, ou seus dependentes, incapacitados, sem poder prover os próprios meios de subsistência; e d) não perceber nenhuma importância dos cofres públicos (art. 30 da Lei n. 4.242/63). 4. Na espécie, porém, o acórdão nada perquiriu sobre a dependência econômica da insurgente em relação a seu falecido pai, ou sua hipossuficiência em geral. 5. Logo, apresenta-se correta a decisão que determinou o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que este possa verificar a presença dos requisitos constantes do art. 30 da mencionada Lei n. 4.242/63. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1322200/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 11/09/2014).

A Constituição Federal de 1988 em seu preâmbulo¹⁵ procura ressaltar o livre exercício dos direitos sociais e individuais, concomitantemente com o direito ao desenvolvimento, a igualdade e a justiça, assegurando-os como fundamentos deste Estado.

Wolkmer (2009, p. 3) afirma que a efetivação de direitos correlatos ao desenvolvimento do indivíduo como ser humano, surge de acordo com as necessidades humanas que atuam de forma a direcionar “as escolhas dos valores, interesses e carências” (WOLKMER, 2009, p. 3), podendo assim, serem caracterizadas como “novos direitos” a medida em que passam a se tornar demandas coletivas, ou seja, a medida em que a concretização de direitos individuais passa a ser requerida de forma não isolada pela população.

Neste sentido, observa-se que o Estado brasileiro busca garantir a liberdade de desenvolvimento individual e neste aspecto, introduz-se o direito dos transexuais, ou seja, o direito de autodeterminação sexual sob uma óptica individual e ao mesmo tempo coletiva, valorando-se a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inciso III, CRFB/88) e a igualdade (Art. 5º, *caput*).

A dignidade da pessoa humana surge aos trans enquanto princípio orientador e dignificador da vida humana, Kant que não pode ser quantificada por não possuir equivalências, assim, ao adotá-la como fundamento desta república, resta ao Estado todos os ônus implícitos a sua satisfação (KANT, 2007, p. 76).

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade (KANT, 2007, p. 77).

Dentro da efetivação dos direitos humanos, inclui-se a dignidade da pessoa humana, inserido o direito do trans à medida em que se considera como minoria frágil e hostilizada por aqueles que não reconhecem seu direito de autodeterminar-se em conjunto com seu direito de realização pessoal e afetivo.

¹⁵ Constituição da República Federativa do Brasil 1988 [...] Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL - A, 2018, on-line).

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno (PIOVESAN, 2004, p. 92).

Ao mesmo tempo em que o indivíduo se sente injustiçado, ele tem direito de recorrer a tutela jurisdicional do Estado para ter seus direitos sociais efetivamente garantidos, tendo em vista que, nos termos do art. 5º inciso XXXV, “lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL - A, 2018, on-line).

Complementarmente, Sarlet (2001, p. 60) aduz que a dignidade da pessoa humana é uma particularidade intrínseca, essencial do ser humano, onde cada característica sua o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e de toda comunidade, devendo estes propiciarem um conjunto de direitos, mesmo que através de políticas públicas, que objetive evitar a proliferação de atos “de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável” (SARLET, 2001, p. 60), de forma a propiciar não somente a vida, mas todos os aspectos que a envolvem, indeferindo sua origem social, política, individual ou econômica.

O escopo curativo da operação exclui que possa falar-se de contrariedade à lei e à ordem pública, visto que objetiva melhorar a saúde do paciente. Assim, poderá o médico não apenas administrar medicamentos inibidores de características de um sexo e estimuladores do sexo oposto, mas também executar a cirurgia de adequação, constituindo exercício regular da profissão. O transexual, por sua vez, exerce direito próprio, sem ofensa a direito alheio (VIEIRA, 2002, p. 48).

No entendimento de Szaniawski (1999, p. 176), o referido autor enfatiza que “o direito à vida, o direito à integridade psicofísica e o direito à saúde constituem o trinômio que informa o livre desenvolvimento da personalidade e a salvaguarda da dignidade do ser humano, traduzindo-se no exercício da cidadania”.

O Art. 5º da CRFB/88, dos Direitos e Garantias Fundamentais, explana que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL - A, 2018, on-line).

Contudo, o princípio da igualdade impõe um tratamento igualitário e justo entre todos os seres humanos, não havendo distinção em raça, religião, gostos ou costumes.

Neste viés, é assegurado o respeito quanto as decisões tomadas por qualquer ser humano, distanciando a criação de um padrão a ser seguido. Em relação aos trans, o princípio da igualdade ressalta a necessidade de cessar a discriminação ainda muito presente quando fora dos padrões impostos pela sociedade.

Só na fase final do século XX, a preocupação com o direito à diferença incorpora-se definitivamente ao discurso da igualdade. Torna-se evidente, então, que o direito de cada pessoa de ser tratada com igualdade em relação aos seus concidadãos exige uma postura de profundo respeito e consideração à sua identidade cultural, ainda quando esta se distancie dos padrões hegemônicos da sociedade envolvente. O respeito, a preservação e a promoção das culturas dos grupos minoritários convertem-se assim numa das dimensões fundamentais do princípio da igualdade (SARMENTO, 2006, p. 146).

Através da igualdade se procura atingir a isonomia, ou seja, ao mesmo tempo que se busca que todos os seres humanos sejam tratados igualmente, subsiste a necessidade de trata-las dentro de suas necessidades.

Com base na dignidade da pessoa humana e no princípio da igualdade, procura-se enaltecer o direito fundamental a felicidade que conforme Dias (2012, p. 2), mesmo que este princípio não esteja de forma expressa na Constituição Federal, é notório que o direito à felicidade existe e tem a necessidade de ser garantido a todos. Não é um dever somente do Estado, mas também de cada um, que além de estar em busca da própria felicidade, tem que ser tomada a consciência de que tal direito é um direito fundamental assegurado a todo cidadão.

Às claras que o enlaçamento de vidas decorre da busca pela felicidade. Ainda que não esteja consagrado constitucionalmente, ninguém duvida que é um direito fundamental. Talvez se possa dizer que a felicidade decorre do dever do Estado de promover o bem de todos, assegurar o direito à liberdade e à igualdade e de garantir o respeito à dignidade de cada um (DIAS, 2012, p.2).

A Constituição possui amplo poder normativo, com a vinculação de se construir algo. Neste modo, é necessária atenção aos objetivos fundamentais que a CRFB/88 traz como sua razão, destacando, principalmente, uma sociedade livre, justa, solidária, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação, assim como a expectativa de promover o bem de todos (CARVALHO, 2010, p. 62).

4.3 Dos registros Civis

A fim de proteger os atos jurídicos o Art. 1º da Lei 8.935/94 assiná-la que: “Serviços notariais e de registros são os de organização técnica e administrativos destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos” (BRASIL - E, 2018, on-line) e para manter a proteção da segurança jurídica e também estabilização das relações jurídicas. Isto é chamado de proteção da verdade real, por óbvio. Com o foco dos registros públicos voltados para a proteção das relações sociais, sua preferência se dá pelo concreto. O princípio basilar para os registros é o da presunção da veracidade (ou legalidade); logo, como o que se insere nos registros públicos se presume ser verdadeiros, tais informações inseridas sempre devem condizer com o máximo da verdade possível (TAVARES; PINHEIRO, 2017, p. 21).

Com o passar dos tempos, vieram possibilidades de alteração no nome civil. Hoje é possível alterar o nome em um caso de satisfação moral, sem qualquer vínculo de parentesco com alguém¹⁶. Portanto não há de se falar que a busca social por um nome surgiu dos tempos atuais, contemporâneo.

Em raciocínio abstrato, a problemática trans poderia ser resolvida já com esse raciocínio, uma vez que a fundamentação seria exatamente a mesma, e o direito não pode prever regimes jurídicos distintos a fato semelhantes. Não há, de outra volta, de se falar em maior balizamento em função das consequências, uma vez que as consequências seriam as mesmas a adequação do Direito à realidade (TAVARES; PINHEIRO, 2017, p. 15).

A questão quanto a cirurgia de transgenitalização para alteração do nome no registro de nascimento no caso de transexualismo é pacífica. A pacificação se aplica, de igual para igual tanto para o trans que se submeteu a cirurgia, quanto ao que não se submeteu à cirurgia. Por ser uma questão de publicidade do nome ao identificar a pessoa em sociedade, o que é protegido é seu direito personalíssimo ao nome e não há diferença entre o órgão sexual contigo (TAVARES, PINHEIRO, 2017,

¹⁶ A Lei nº 11.924/09 altera o art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. O art 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar acrescido do seguinte § 8º: “Art. 57. [...] § 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos § 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família” (BRASIL - F, 2018, on-line).

p. 22). Nesse viés, o Enunciado nº 43 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, de 15 de maio de 2014 aduz que “é possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização.” (CONSELHO, 2014, p.9).

ENUNCIADO N.º 42. Quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil (CONSELHO, 2014, p.9).

Esta posição é a do Superior Tribunal de Justiça, que, em julgado atual, decidiu ser dispensável a cirurgia de transgenitalização (STJ REsp 1.626.739/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Data do Julgamento: 09/05/2017; 4ª Turma). No Supremo Tribunal Federal esta matéria ainda aguarda julgamento, não tendo uma decisão unânime, porém, é difícil compreender que haverá uma decisão diferente.

Nos primeiros julgados que ocorreram relacionados a estes casos, só era permitido a alteração do prenome, sendo vedado a alteração do sexo no registro civil, ou então era obrigatório constar o termo “transexual”. Nestas situações, se verifica a ofensa à dignidade da pessoa humana, princípio basilar para a convivência e bem-estar das pessoas.

O direito dos trans não possuem nenhuma lei regulamentadora, mas é frequentemente debatido no Poder Judiciário. Na maioria dos casos, as decisões prezam a garantia dos direitos fundamentais, assim como o direito à identidade para quem realiza a cirurgia de transgenitalização.

Feito esses registros, passa-se a analisar o tema abordado em comparação ao caso concreto ocorrido no Rio de Janeiro.

4.4. Uma análise do processo nº 0155101-65.2017.4.02.5101

O caso que será relatado e analisado a partir de agora, refere-se a Marcos Gabriel Botelho Saldanha da Gama, como ficou registrado, que em decorrência de seu novo nome e do sexo no seu registro civil, teve o benefício de pensão por morte cancelado. As ações abaixo relatadas, tanto a ação na Justiça Estadual quanto a da Justiça Federal, são segredos de justiça, impossibilitando o acesso as mesmas.

Portanto, no site “Saber Previdenciário” (SABER, 2017), tivemos acesso, na qual utilizaremos como base do presente trabalho.

A primeira ação judicial foi protocolada na Justiça Estadual (processo nº 0037973.35.2015.8.19.0203) que teve seu pedido julgado procedente, em 11/12/2015, onde pleiteava a alteração do seu registro de nascimento, a mudança de seu prenome e a alteração do sexo para masculino. Em decorrência de tal fato, ao realizar a prova de vida, teve seu benefício de pensão por morte cancelado, motivo pelo qual ajuizou a segunda ação judicial, um mandado de segurança impetrado na Justiça Federal do Rio de Janeiro (processo nº 0155101-65.2017.4.02.5101 (2017.51.01.155101-8), a qual é objeto de estudo abaixo.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por MARCOS GABRIEL BOTELHO SALDANHA DA GAMA contra ato do DIRETOR DO SERVIÇO DE INATIVOS E PENSIONISTAS DO COMANDO DA MARINHA – SIPM, que cancelou a pensão por morte da qual o impetrante era beneficiário (SABER, 2017, on-line).

Coadunando os fundamentos de direito previamente explicitados trabalhar-se-á a decisão do mandado de segurança impetrado na Justiça Federal do Rio de Janeiro (processo nº 0155101-65.2017.4.02.5101 (2017.51.01.155101-8).

Conforme decisão, o impetrante Marcos Gabriel Botelho Saldanha da Gama reitera que sua mãe era beneficiária de pensão por morte em virtude do falecimento de seu marido, militar. Quando sua mãe veio a óbito, fato ocorrido em outubro de 2016, o benefício foi reparado ao impetrante e a sua irmã, qualificados como filho de militar.

Embora tenha nascido do sexo feminino, se considera desde a sua infância com o gênero masculino, gerando-lhe grande sofrimento. Se reconhece como trans. O mesmo se submeteu “à cirurgia de histerectomia total (retirada do útero) e mamoplastia (retirada dos seios), bem como o tratamento hormonal no Hospital Pedro Ernesto (fls. 39/40), mas não à cirurgia de resignação de sexo” (SABER, 2017, on-line).

Nesse sentido, o ora impetrante moveu ação na Justiça Estadual (nº 0037973.35.2015.8.19.0203), cujo pedido foi julgado procedente, em 11/12/2015, “para autorizar a alteração do assentamento de nascimento da parte autoria, tanto para a mudança do seu prenome, como também do seu sexo para masculino, passando a se chamar MARCOS GABRIEL BOTELHO SALDANHA DA GAMA, mantendo inalterados os demais dados (fls.67/68) (SABER, 2017, on-line).

Conforme observa-se na decisão judicial, o impetrante compareceu à Marinha no ano seguinte da sua cirurgia para o recadastramento periódico, tendo em vista a prova de vida, apresentando os seus documentos atuais, possuindo 54 anos de idade e com seu nome social masculino. No mesmo momento seu benefício fora cancelado, com o entendimento da autoridade de que os dispositivos da Lei no 3.765/60, antes de ocorrer a alteração explicada anteriormente, foi de que o benefício para o filho homem é cancelado a partir dos 21 anos de idade, ou 24 anos caso estudante universitário, isto porque, desde a alteração de 2001, o direito às filhas solteiras de militares de receber pensão vitalícia foi revogado. Porém, para quem já estava nas Forças Armadas e faleceu antes de alterada a Lei, como o pai do impetrante, o direito permanece.

Apesar disso, quando do recadastramento, a autoridade impetrada agiu corretamente ao levar a sério a identidade de gênero do impetrante, já reconhecida inclusive por sentença judicial (fls. 65/88). Como narrado nos autos, o impetrante sofreu durante toda a vida por se identificar desde a primeira infância com o gênero oposto ao do seu sexo biológico, o que caracteriza o transexualismo. Assim, na idade adulta, submeteu-se a tratamento hormonal e a cirurgias de retirada do útero e das mamas. O próprio impetrante declara apenas não ter realizado a transgenitalização “por ser uma cirurgia que impõe riscos à minha saúde e à minha vida” (fl. 57) (SABER, 2017, on-line).

Em sua defesa, o impetrante expõe que:

[...] mesmo após todo o tratamento apresentado, o que incluiu a retificação do seu prenome e a designação do gênero atribuído, continua a ser assistido por uma GINECOLOGISTA, o que corrobora com o entendimento que ele ainda é biologicamente é uma MULHER” (fl.8) (SABER, 2017, on-line).

Explanou ainda o impetrante no mandado de segurança os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da legalidade para declarar que não houve alteração do seu sexo biológico; e alegou também, que a sentença que alterou o seu gênero ocorreu depois do falecimento de seu pai, portanto, afirmou que o ato ocorrido é nulo, pois imotivado.

Na sentença proferida pela Justiça Federal, quanto a alteração do nome e sexo do impetrante, destaca-se:

[...] não é razoável condicionar a possibilidade de alteração registral de gênero sexual à concretização de cirurgia de transgenitalização. Impor tal condição seria obrigar o indivíduo a se submeter a uma cirurgia complexa e dolorosa e que em alguns casos, é inclusive contraindicada pelos riscos que impõe (fl. 66) (SABER, 2017, on-line).

O magistrado julgou procedente o pedido feito pelo impetrante no primeiro processo para que ocorresse a alteração da certidão de nascimento para alterar o seu prenome e o sexo para masculino, passando então a ser chamado de MARCOS GABRIEL BOTELHO SALDANHA DA GAMA, inalterados os demais dados pessoais. Portanto, para os efeitos de direito, o citado indivíduo é possuidor do sexo masculino, não sendo importante para os devidos fins que o mesmo não tenha se submetido à cirurgia de transgenitalização, assim como também não importa a sua orientação sexual.

Entendeu o magistrado que agiu corretamente e coerentemente a autoridade que diante do recadastramento, levou a sério a identidade de gênero do impetrante, visto que a mesma já possuía, inclusive, reconhecimento por sentença judicial. Conforme descrição nos autos, o impetrante sofreu a sua vida toda por se identificar com o gênero masculino e não com o sexo feminino, o qual era detentor, caracterizando então o transexualismo. Já na idade adulta, o impetrante se sujeitou a tratamentos hormonais e cirurgia para retirada do útero e das mamas. O próprio impetrante alega que somente não realizou a cirurgia de transgenitalização pois é uma cirurgia complicada, que pode trazer riscos à saúde e a vida do mesmo.

Sobre o presente tema, encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal o RE 845.779, onde, em repercussão geral se discute o direito dos trans de serem tratados de acordo com o sexo em que se identificam, não como nasceram. O relator do caso, Min. Luís Roberto Barroso, afirmou em seu voto:

[...]. Os transexuais são uma das minorias mais marginalizadas e estigmatizadas da sociedade. Para que se tenha uma ideia da gravidade do problema, o Brasil lidera o ranking de violência transfóbica, registrando o maior número absoluto de mortes no cenário mundial. De acordo com informativo divulgado neste ano pelo Projeto de Monitoramento de Homicídios Trans (Trans Murder Monitoring Project), entre janeiro de 2008 e dezembro de 2014, foram registrados 1.731 casos de homicídios de pessoas trans em todo o mundo, sendo que 681 destes dizem respeito ao Brasil (i.e., cerca de 40%). Não por acaso, a expectativa de vida desse grupo é de apenas cerca de 30 anos, muito abaixo daquela apontada pelo IBGE para o brasileiro médio, de quase 75 anos. A incompreensão, o preconceito e a intolerância acompanham os transexuais durante toda a sua vida e em todos os meios de convívio social. Desde a infância tais pessoas são hostilizadas nas suas famílias, comunidades e na escola. [...]. Atualmente a

transexualidade é considerada uma patologia, mas é preciso olhar o problema dos transexuais sob a perspectiva do direito ao reconhecimento. Na atual versão do Código Internacional de Doenças (CID-10), o transexualismo é catalogado como uma doença. O mesmo se verifica no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtorno Mentais, produzido pela Associação Americana de Psiquiatria, seguido pelo Ministério da Saúde e pelo Conselho Federal de Medicina brasileiros. É certo que o reconhecimento do transtorno de identidade de gênero como doença psiquiátrica, permitiu avanços para os transexuais, ao conferir foros de autoridade científica à sua condição. Isso se refletiu, por exemplo, na autorização de operações de redesignação de sexo, inclusive custeadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), e no reconhecimento da possibilidade de alteração do nome de registro civil após a cirurgia. Porém, mais recentemente, a patologização tem servido para reforçar o preconceito existente na sociedade contra esse grupo. Por isso, é preciso olhar a questão sob a perspectiva do direito ao reconhecimento. A verdade é que não se trata de uma doença, mas de uma condição pessoal, e, logo, não há que se falar em cura. O indivíduo nasceu assim e vai morrer assim. Vale dizer: nenhum tipo ou grau de repressão vai mudar a natureza das coisas. Destruir uma pessoa por ser transexual, isto é, por uma condição inata, é como discriminar alguém por ser negro, judeu, índio ou gay. É simplesmente injusto, quando não perverso (SABER, 2017, on-line).

Isto posto, considerar que o impetrante possui direito à pensão seria considerá-lo, de alguma forma, um indivíduo do sexo feminino, reavivando todo o sofrimento que ele passou durante a sua vida, causando também a violação da sua dignidade, visto que já foi reconhecido judicialmente um indivíduo do sexo masculino, para fins jurídicos e pessoais, disse o magistrado, considerando ainda que, não poderia esperar que a Lei nº 3.765/60 imaginasse a mudança de gênero como fator de cancelamento de pensão. Se hoje tal situação é tida como inusitada, à época era impensável. Por ser um indivíduo do sexo masculino, o impetrante não preenche os requisitos para a continuação do benefício, portanto, a União autoriza – conjuntamente com a decisão monocrática do agravo de instrumento – a anulação do ato administrativo, conforme artigo 53 da Lei nº 9.784/99.

A autoridade impetrada agiu de modo extremamente correto ao cancelar a pensão, assim como deveria agir de forma inversa se concedesse a pensão a uma pessoa possuidora do gênero feminino, mas que nasceu com o sexo masculino. Não foi encontrado uma falha de direito intertemporal, visto que a sentença é meramente declaratória do gênero em que o impetrante se identifica desde a sua infância, o que a sentença fez foi somente legitimar essa situação para fins jurídicos, nada mais justo. Portanto, ainda que entendido de maneira diferente e que pareça um pouco cruel com o impetrante tal situação, tem que se entender que o mesmo deixou de preencher um dos requisitos cruciais para o direito ao benefício, o que, portanto, autoriza o seu cancelamento. Não é a primeira vez que ocorre, no direito, a revisão dos benefícios

concedidos. Uma circunstância que num primeiro momento possa parecer permanente, pode haver uma mudança cuja continuidade do benefício o torna incompatível com a lei, tendo assim a necessidade do seu cancelamento, concluiu o magistrado.

Assim como ocorre em outros benefícios previdenciários, a concessão da pensão por morte está condicionada a critérios específicos, os quais devem ser cumpridos. Pode parecer, com o cancelamento do benefício do caso tratado acima, uma forma de discriminação com o trans. Porém, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da isonomia, no princípio da felicidade, o trans deve ser tratado como se identifica, mesmo que isso nem sempre o beneficie. Tal situação pode ser identificada também nos benefícios de aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição. Não sendo concedido o benefício de pensão por morte aos trans mulher os aborrecimentos sociais já existentes continuariam causando transtornos, significando uma forma de procrastinar uma realidade jurídica que já é consolidada, omitindo dos transexuais os direitos que são garantidos por princípios constitucionais quanto à omissão da Lei 9.717,98. Diante disto o trans mulher encaixa-se na Lei 3.765/60, em seu art. 7º, inciso II e deve ser beneficiado com a pensão por morte, ou perder tal benefício se for um trans homem, justificou na sua decisão.

5 CONCLUSÃO

O benefício da pensão por morte, no caso dos militares, está amparado pelo Regime Próprio da Previdência Social, na Lei 9.717/98 e regido também pela Lei 3.765/60, que dispõe sobre as Pensões Militares. No caso do falecimento do militar, segue a ordem de prioridade para os pensionistas. Caso não haja cônjuge/companheiro ou com o seu falecimento, a pensão é devida aos filhos. Aos militares falecidos antes da Medida Provisória nº 2.131/00, a filha mulher, se solteira, detém pensão vitalícia e os filhos homens até completarem a maioridade (caso não sejam interditos ou inválidos). Ao realizar a troca de sexo e a alteração do nome do Registro Civil, torna-se injusto tratar o beneficiário de acordo com o seu sexo biológico, uma vez que seu sexo mudou.

A constituição Federal trás os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade como garantia dos direitos sociais e individuais. De uns tempos para cá, mais do que nunca, passou-se a reconhecer a dignidade e a legalidade do ser humano, uma vez que a presente época é de constantes mudanças com a visão de ofender a humanidade. Sabe-se que o princípio da dignidade humana é de suma importância quando se trata não tão somente do trans, mas das pessoas como um todo. Com base neste princípio, aduz se a concessão da pensão por morte, sob a óptica dos direitos dos transexuais, de acordo com o sexo em que se identificam e não pelo biológico, assim como o registro civil já reconhece.

Não obstante, o princípio da felicidade, mesmo que não esteja amparado na CF, é sabido a necessidade da sua garantia a todos. Tal princípio não é um dever somente do estado, mas de cada cidadão, que, além de correr atrás da sua própria felicidade, precisa se ter consciência de que este direito é fundamental, assegurado a todos.

Findo os estudos do presente trabalho, observa-se que as mudanças legislativas do nosso ordenamento jurídico não acompanham as mudanças sociais, tendo como caso exemplificativo os transexuais, visto que não existem quaisquer normas para atender e auxiliar as especificidades dos mesmos.

Entretanto, como medidas paliativas, permanece ao Poder Judiciário preencher as lacunas existentes, buscando aos trans os direitos garantidos pela Constituição, como qualquer outro cidadão. Destarte, utilizam-se como fundamentos à concessão do benefício da pensão por morte ao transexual mediante o

preenchimento dos requisitos correspondentes ao gênero sexual ao qual escolheu se adequar, o direito à vida, à integridade física, à saúde, bem como o princípio da igualdade, dignidade da pessoa humana e da felicidade.

É necessário que seja feita uma análise dos princípios constitucionais individualmente. À vista disso, deverá ser relativizado, para que se chegue em uma decisão para que não ocorram arbitrariedades, tendo um juízo de ponderação para que as decisões sejam favoráveis as resoluções dos conflitos.

Com essa visão, e tendo em mente também o princípio da isonomia, onde garante ao cidadão ser tratado de igual para igual, os trans não possuem uma garantia expressa para a concessão de benefícios previdenciários, seja de pensões ou de aposentadoria. Neste ponto, conclui-se que a partir da realização da troca de sexo no registro civil e da troca de nome (independentemente de cirurgia de transgenitalização); o trans deve ter seus direitos previdenciários amparados no sexo em que se adequou, como no caso do benefício da pensão por morte.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios previdenciários**. 2 ed. São Paulo: Liv. E. Ed. Universitária de Direito, 2009.

ALVES, Gabriela Barreto. **Transexualidade e Direitos Fundamentais: O Direito à Identidade de Gênero**. 2013. Campina Grande: Uepb. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/5905/1/PDF%20-%20Gabriela%20Barreto%20Alves.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018, 12:43:17.

ANTRA. **Mapa dos assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2017**. 2018. Brasília, DF. Disponível em: <<https://antrabrasil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018, 12:43:59.

BARROS JÚNIOR, Edimilson de Almeida. **Direito Previdenciário Médico**. São Paulo: Atlas, 2012.

BENJAMIN, Harry. **The Transsexual Phenomenon**. Düsseldorf: Symposium Publishing, 1999.

BRASIL, Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Lex: Legislação Federal. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 13 de jun. 2018, 12:58:02.

_____. **Lei nº 3.765 de 04 de maio de 1960**. Dispõe sobre as pensões militares. 1960. Brasília, DF. Lex: legislação federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3765.htm> Acesso em: 13 jun. 2018, 14:55:53. (B)

_____. **Lei nº 6.880 de 09 de dezembro de 1980**: Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. 1980. Brasília, DF. Lex: Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6880.htm>. Acesso em 13 jun. 2018. 16:41:24. (C)

_____. **Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991**: Dispõe sobre os Planos de Benefício da Previdência Social e dá outras providências. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 13 jun. 2018, 16:45:24. (D)

_____. **Lei nº 8.935 de 18 de novembro de 1994**: Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre os serviços notariais e de registro (Lei dos

cartórios). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm>. Acesso em 13 jun. 2018, 20:17:37. (E)

_____. **Lei nº 11.924 de 17 de abril de 2009**: Altera o art 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11924.htm>. Acesso em 13 jun. 2018, 21:13:39. (F)

_____. **Medida provisória Nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001**. Dispõe sobre a reestruturação da remuneração dos militares das Forças Armadas altera as Leis nº 3.765, de 4 de maio de 1960 e 6.880 de 9 de dezembro de 1980, e dá outras providências. 2001. Brasília, DF. Lex: Legislação Fedetal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2215-10.htm#art27>. Acesso em: 13 jun. 2018, 15:55:31. (G)

BUNCHAFT, Maria Eugenia. **A Jurisprudência Brasileira da Transexualidade: uma reflexão à luz de Dworkin**. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n67p277/25852>> Acesso em: 06 jun. 2018.

CARVALHO, Kildare Golçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e Constituição. Direito Constitucional Positivo**. 16ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 7 ed. São Paulo LTR, 2006.

_____. **Manual de direito previdenciário: teoria e questões**. 8 ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2014.

_____. **Manual de direito previdenciário**. 13 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

_____. **Manual de direito previdenciário**. 16 ed. São Paulo: Forense, 2014.

_____. **Manual de direito previdenciário**. 4 ed. São Paulo: LTR, 2003.

COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001.

CONSELHO, Federal de Medicina. **Consulta-Provesso CFM nº 32/12 – PARECER CFM nº 8/13**. 2013. Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2013/8_2013.pdf>. Acesso em 06 jun. 2018

CONSELHO, Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual**. Brasília. Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf>. Acesso: 06 jun. 2018.

CONSELHO, Nacional de Justiça. **Enunciados Aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de Maio de 2014 – São Paulo-SP**. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso 06 jun. 2018.

DIAS. **O direito a felicidade**. 2009. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_553\)o_direito_a_felicidade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_553)o_direito_a_felicidade.pdf)>. Acesso em 06 jun. 2018.

DICIO. **Dicionário Online de Português**. 2018. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/abade/>> . Acesso em: 06 jun. 2018.

FEDORKO, Boklarga; BERREDO, Lukas. **O círculo vicioso da violência: pessoas trans e gênero-diversas, migração e trabalho sexual**. 2017. Disponível em: <<https://transrespect.org/wp-content/uploads/2018/01/TvT-PS-Vol19-2017.pdf>>. Acesso em 06 jun. 2018.

GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de direito previdenciário: teoria e questões**. 4 ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2011.

HAMMARBERG, Thomas. **Direitos Humanos e Identidade de Gênero**. Editado por: Dr Carsten Balzer, Transgender Europe (TGEU): www.tgeu.org Tradução em português: Pedro Vieira da Costa Filho e Fábio Teixeira de Queiroz. Suécia: Flyeralarm GmbH, 2011.

HELLEN, Mark:. **Transgendered Children in schools**. 2009. Liminalis, Heft 3 , p. 81-99. Disponível em: <http://www.liminalis.de/2009_03/Artikel_Essay/Liminalis-2009-Hellen.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2018.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações Sobre Identidade de Gênero: Conceitos e Termos**. 2 ed. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.diversidadesexual.com.br/wpcontent/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>> Acesso em: 06 jun. 2018.

KANT, Immanuel. **A Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. 1 ed. Lisboa/Portugal: Edições 70 Ltda, 2007.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 12 ed. Bahia: JusPODIVM, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Previdenciário Esquematizado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARANGONI, Thalita Gonçalves. **Transexualismo e a cirurgia de transgenitalização**. São Paulo: USP/ Faculdade de Direito, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Notebook/Downloads/THALITA_MARANGONI_VERSAO_PARCIAL.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2018.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A aposentadoria após a mudança de prenome e sexo do transexual**. Entrevistadora: Roberta Cova Pafaro. Vinhedo: Março, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Reforma previdenciária**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo** 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORALES, Cláudio Rodrigues. **O Direito Previdenciário Moderno e sua Aplicabilidade Ante o Princípio da Segurança Jurídica**. São Paulo: LTR, 2009.

NOGUEIRA, Naron Gutierre. **O Equilíbrio Financeiro e Atuarial dos RPPS: De Princípio Constitucional à Política Pública de Estado**. Vol. 34. Brasília: MPS, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988**, 2004.

PREFEITURA, de São Paulo. **Projeto Reinserção Social Transcidadania**. 2018. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/trabalho/cursos/operacao_trabalho/index.php?p=170430>. Acesso em 06 jun. 2018.

SABER, Previdenciário (Site). **Filho transexual de militar perde direito à pensão**. 2017. Disponível em: <<http://saberprevidenciario.com.br/filho-transexual-de-militar-perde-direito-a-pensao>>. Acesso em 06 jun. 2018.

SALIN-PASCUAL, Rafael J. La Diversidad sexo-genérica: Un punto de vista evolutivo. **Salud Ment**, México, v. 38, n. 2, p. 147-153, abr. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-33252015000200010&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 06 jun. 2018.

SAMPAIO, L.L.P.; COELHO, M.T.A.D. **A transexualidade na atualidade**: Discurso científico, político e histórias de vida. In: Anais do III Seminário Internacional Enlaçando Sexualidades. Salvador: UNEB, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15770/1/A%20TRANSEXUALIDADE%20NA%20ATUALIDADE.pdf>>. Acesso em 06 jun. 2018.

SANTORO, José Jayme de Souza. **Manual de Direito Previdenciário**. 2 ed. Rio de Janeiro: S.A, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, Heloísa Aparecida. **Os desafios do trabalho na vida cotidiana de mulheres transexuais**. Dissertação. PUC. 2012. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/tde_arquivos/6/TDE-2013-02-05T062126Z-1768/Publico/Heloisa%20Aparecida%20de%20Souza.pdf>. Acesso em 06 jun. 2018.

STAMM, Karlesy. **O que é crossdresser**. 2018. Disponível em: <http://sexosemduvida.com/o-que-e-crossdresser/>. Acesso em 06 jun. 2018.

SUPREMO, Tribunal Federal (Site). **Aplicação das Súmulas no STF**. 2017.. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>>. Acesso em 06 jun. 2018.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

TAVARES, Silvana Beline; PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha Pinheiro. **Gênero, Sexualidades e Direito I**. 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/j87661vw/MI7BGcONwuBtfxqm.pdf>>. Acesso em 06 jun. 2018.

TRANSGENDER EUROPE. **Dia da lembrança do transgêneron**: 20.11.2017. 2018. Disponível em: <https://tdor.tgeu.org/>. Acesso em 06 jun. 2018.

TRANS MURDER MONITORING. **Trans Day of Remembrance (TDor) 2017**: Press Release 325 trans and gender-diverse people reported murdered in the last year. 2018. Disponível em: < <https://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-remembrance-2017/>>. Acesso em: Acesso em 06 jun. 2018.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Direito à Adequação do Sexo do Transexual**. São Paulo: 2002. Disponível em: <<http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/download/1464/1402>> . Acesso em 06 jun. 2018.

WOLKMER, Antônio Carlos. **As necessidades humanas como fonte permanente de direitos insurgentes**. In: PIRES JUNIOR, Paulo Abrão; TORELLY, Marcelo Dalmás (Orgs.). Assessoria Jurídica Popular: leituras fundamentais e novos debates. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

ANEXO(S)

ANEXO A – DECISÃO NA ÍNTEGRA

Trata-se de mandado de segurança impetrado por MARCOS GABRIEL BOTELHO SALDANHA DA GAMA contra ato do DIRETOR DO SERVIÇO DE INATIVOS E PENSIONISTAS DO COMANDO DA MARINHA – SIPM, que cancelou a pensão por morte da qual o impetrante era beneficiário.

Afirma que sua mãe percebia pensão na qualidade de viúva de militar. Quando do falecimento de sua genitora, em outubro de 2016, houve a reversão do benefício para o impetrante e para sua irmã, na qualidade de filhas de militar.

No entanto, embora tenha nascido com o sexo feminino, afirma ser transexual e se identificar com o gênero masculino desde a infância, o que lhe gerou grande sofrimento. Assim, segundo consta dos autos (fl. 65), submeteu-se à cirurgia de histerectomia total (retirada do útero) e mamoplastia (retirada dos seios), bem como a tratamento hormonal no Hospital Pedro Ernesto (fls. 39/40), mas não à cirurgia de resignação de sexo.

Nesse sentido, o ora impetrante moveu ação na Justiça Estadual (no 0037973.35.2015.8.19.0203), cujo pedido foi julgado procedente, em 11/12/2015, “para autorizar a alteração do assentamento de nascimento da parte autora, tanto para a mudança do seu prenome, como também do seu sexo para masculino, passando a se chamar MARCOS GABRIEL BOTELHO SALDANHA DA GAMA, mantendo inalterados os demais dados” (fls. 67/68).

Ao comparecer à Marinha no corrente ano para recadastramento periódico, tendo em vista a continuidade da percepção da pensão (“prova de vida”), o impetrante, hoje com 54 anos de idade, apresentou seus documentos atuais, em que consta seu nome social masculino. Assim, seu benefício foi cancelado, pois entendeu a autoridade impetrada que os dispositivos da Lei no 3.765/1960 “limitam ao filho do sexo masculino o direito à reversão até 21 anos de idade ou até 24 anos de idade, se estudante universitário” (fl. 47).

Alega o impetrante que “mesmo após todo o tratamento apresentado, o que incluiu a retificação do seu prenome e a designação do gênero atribuído, continua a ser assistido por uma GINECOLOGISTA, o que corrobora com o entendimento que ele ainda é biologicamente é uma MULHER” (fl. 8). Invocando os princípios constitucionais da dignidade humana, legalidade e razoabilidade, afirma que não mudou seu sexo biológico; que a sentença que mudou o seu gênero transitou em julgado em 14/7/2016, depois do falecimento do instituidor (6/9/2009); e que o ato impetrado é nulo porque imotivado. Requer, assim, seja restabelecida a pensão.

A medida liminar pleiteada foi deferida na decisão de fls. 82/84, com base nos arts. 23 e 24 da Lei no 3.765/1960, segundo os quais se entendeu que “a troca no prenome no Registro Civil não consta como uma das hipóteses para a perda do benefício previdenciário em questão, não cabendo à Administração Pública inovar e alargar aquele rol de acordo com sua vontade e/ou interpretação”.

As informações foram prestadas às fls. 109/112, em que a autoridade impetrada defendeu o ato praticado.

O MPF deixou de se manifestar por entender “não caracterizado, in casu, o interesse público que justifique a intervenção do Ministério Público” (fl. 139).

A União interpôs agravo de instrumento da decisão liminar (fls. 140/146), ao qual foi atribuído efeito suspensivo por decisão monocrática no TRF da 2ª Região (fls. 147/151).

É o relatório. Decido.

Com base no art. 1.018, § 1º, do CPC, exerço juízo de retratação da decisão de fls. 82/84.

A pensão havia sido concedida ao impetrante por aplicação da redação original do art. 7º da Lei o 3.765/1960 (fl. 43 e 111), que assegurava o pagamento da pensão às filhas maiores:

“Art. 7º. A pensão militar defere-se na seguinte ordem:

I – à viúva;

II – aos filhos de qualquer condição, exclusive os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválidos;” (grifo do Juízo)

Apesar disso, quando do recadastramento, a autoridade impetrada agiu corretamente ao levar a sério a identidade de gênero do impetrante, já reconhecida inclusive por sentença judicial (fls. 65/68). Como narrado nos autos, o impetrante sofreu durante toda a vida por se identificar desde a primeira infância com o gênero oposto ao do seu sexo biológico, o que caracteriza o transexualismo. Assim, na idade adulta, submeteu-se a tratamento hormonal e a cirurgias de retirada do útero e das mamas. O próprio impetrante declara apenas não ter realizado a transgenitalização “por ser uma cirurgia que impõe riscos à minha saúde e à minha vida” (fl. 57).

Tal como consta na sentença da Justiça Estadual, “não é razoável condicionar a possibilidade de alteração registral de gênero sexual à concretização de cirurgia de transgenitalização. Impor tal condição seria obrigar o indivíduo a se submeter a uma cirurgia complexa e dolorosa e que, em alguns casos, é inclusive contraindicada pelos riscos que impõe” (fl. 66). Assim, a sentença julgou procedente o pedido formulado pelo ora impetrante “para autorizar a alteração do assentamento de nascimento da parte autora, tanto para a mudança do seu prenome, como também do seu sexo para masculino, passando a se chamar MARCOS GABRIEL BOTELHO SALDANHA DA GAMA, mantendo inalterados os demais dados” (fls. 67/68). Assim, para todos os efeitos de direito, trata-se de um indivíduo do sexo masculino, não sendo relevante para tais fins que não se tenha submetido à transgenitalização e que ainda se consulte com ginecologista. Também não importa para tais fins sua orientação sexual.

Sobre o tema, está pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal o RE 845.779, em que se discute, em regime de repercussão geral, o direito de transexuais serem tratados de acordo com o gênero com o qual se identificam. O relator do caso, Min. Luís Roberto Barroso, afirmou em seu voto:

“13. Os transexuais são uma das minorias mais marginalizadas e estigmatizadas da sociedade. Para que se tenha uma ideia da gravidade do problema, o Brasil lidera o ranking de violência transfóbica, registrando o maior número absoluto de mortes no cenário mundial. De acordo com informativo divulgado neste ano pelo Projeto de Monitoramento de Homicídios Trans (Trans Murder Monitoring Project), entre janeiro de 2008 e dezembro de 2014, foram registrados 1.731 casos de homicídios de pessoas trans em todo o mundo, sendo que 681 destes dizem respeito ao Brasil (i.e., cerca de 40%). Não por acaso, a expectativa de vida desse grupo é de apenas cerca de 30 anos, muito abaixo daquela apontada pelo IBGE para o brasileiro médio, de quase 75 anos.

A incompreensão, o preconceito e a intolerância acompanham os transexuais durante toda a sua vida e em todos os meios de convívio social. Desde a infância, tais pessoas são hostilizadas nas suas famílias, comunidades e na escola.

(...)

Atualmente, a transexualidade é considerada uma patologia, mas é preciso olhar o problema dos transexuais sob a perspectiva do direito ao reconhecimento. Na atual versão do Código Internacional de Doenças (CID-10), o transexualismo é catalogado como uma doença. O mesmo se verifica no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, produzido pela Associação Americana de Psiquiatria, seguido pelo Ministério da Saúde e pelo Conselho Federal de Medicina brasileiros.

É certo que o reconhecimento do transtorno de identidade de gênero como doença psiquiátrica permitiu avanços para os transexuais, ao conferir foros de autoridade científica à sua condição. Isso se refletiu, por exemplo, na autorização de operações de redesignação de sexo, inclusive custeadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), e no reconhecimento da possibilidade de alteração do nome de registro civil após a cirurgia. Porém, mais recentemente, a patologização tem servido para reforçar o preconceito existente na sociedade contra esse grupo. Por isso, é preciso olhar a questão sob a perspectiva do direito ao reconhecimento.

A verdade é que não se trata de uma doença, mas de uma condição pessoal, e, logo, não há que se falar em cura. O indivíduo nasceu assim e vai morrer assim.

Vale dizer: nenhum tipo ou grau de repressão vai mudar a natureza das coisas. Destratar uma pessoa por ser transexual, isto é, por uma condição inata, é como discriminar alguém por ser negro, judeu, índio ou gay. É simplesmente injusto, quando não perverso”.

Portanto, entender que o impetrante seria titular do direito à pensão seria considerá-lo, em alguma medida ou para certos fins, como um indivíduo do sexo feminino, o que reavivaria todo o sofrimento que teve durante a vida e violaria sua dignidade, consubstanciada no seu direito – já reconhecido em juízo – a ser reconhecido tal como é para fins jurídicos, ou seja, como um indivíduo do sexo masculino.

Não seria de se esperar que a Lei no 3.765/1960 previsse a mudança de gênero como uma hipótese de cancelamento da pensão, situação que, se hoje é inusitada, àquela época era impensável. Nada obstante, por ser um indivíduo do sexo masculino para todos os fins de direito, o impetrante não preenche uma condição essencial para a percepção do benefício, o que, como alegado pela União e acolhido na decisão monocrática do agravo de instrumento, autoriza a anulação do ato administrativo (art. 53 da Lei no 9.784/1999).

Assim, agiu com correção a autoridade impetrada ao cancelar a pensão, como também agiria na situação hipotética inversa, se concedesse o benefício a uma requerente identificada com o gênero feminino, apesar de nascida com o sexo masculino. A propósito, não há um problema de direito intertemporal, porque a sentença de fls. 65/68 é meramente declaratória do gênero com o qual o impetrante sempre se identificou desde a infância, tendo apenas legitimado essa situação para fins jurídicos. De toda forma, ainda que se entenda diferentemente, o impetrante deixou de preencher um dos requisitos essenciais para a percepção da pensão, o que autoriza o seu cancelamento. Não é inédita no direito a revisão de benefícios concedidos em razão de uma condição em princípio permanente, mas cuja mudança é incompatível com a continuidade da prestação (e.g., a recuperação da capacidade laborativa implica a cessação de aposentadoria por invalidez).

Também não considero haver vícios formais no ato impetrado, que foi precedido de prazo para defesa (fls. 43/44) e expôs a motivação para o cancelamento da pensão (fl. 47).

Embora a presente decisão seja patrimonialmente desvantajosa para o impetrante, ela legitima sua identidade de gênero e sua condição existencial, aspecto mais importante e que deve ser levado a sério em todas as suas consequências.

Diante do exposto, com base no art. 1.018, § 1º, do CPC, exerço o juízo de retratação da decisão de fls. 82/84 e revogo a antecipação de tutela.

Comunique-se à Exma. Sra. Relatora do agravo de instrumento (fls. 147/151), remetendo-se cópia desta decisão por meio do Portal Processual Eletrônico, conforme determina a Nota Técnica no 08/2014/TRF/SAJ.

Determino ainda as seguintes providências:

1 – Com base no art. 292, §§ 2º e 3º, do CPC, corrijo de ofício o valor da causa para R\$ 148.292,56 (cento e quarenta e oito mil, duzentos e noventa e dois reais e cinquenta e seis centavos), correspondente a doze vezes o valor da pensão que o impetrante pretende restabelecer (fl. 125).

2 – Concedo prazo de quinze dias para que o impetrante tome as seguintes providências, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito: (a) recolha a diferença de custas correspondente à alteração no valor da causa, considerando que possui outra fonte de renda superior a três salários mínimos (fl. 60); e (b) promova a inclusão no feito de sua irmã SUSANA BOTELHO SALDANHA DA GAMA, na qualidade de litisconsorte necessária (CPC, art. 114), uma vez que eventual procedência do pedido implicaria redução da cota que percebe.

Decorrido o prazo do item 2 sem cumprimento, venham os autos conclusos para sentença.

3 – Cumpridas as providências acima, remetam-se os autos à SEDCP para retificação do polo passivo e cite-se SUSANA BOTELHO SALDANHA DA GAMA. Uma vez decorrido o prazo para resposta, tendo em vista o desinteresse do MPF no feito (fls. 138/139), venham os autos conclusos para sentença.

Publique-se. Intimem-se.

Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2017.

FREDERICO MONTEDONIO REGO

Juiz (a) Federal Substituto (a) no exercício da Titularidade