



MURILO SIQUEIRA COMÉRIO

A TUTELA ANTIDISCRIMINATÓRIA DOS
TRABALHADORES TRANSEXUAIS E
TRANSGÊNEROS

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais - Menção em Direito
Laboral apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho/2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

MURILO SIQUEIRA COMÉRIO

**A TUTELA ANTIDISCRIMINATÓRIA DOS TRABALHADORES
TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS**

The Anti-discriminatory Protection of Transsexual and Transgender Workers

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na
Área de Especialização Ciências Jurídico-Empresariais -
Menção em Direito Laboral
Orientador Professor Doutor João Leal Amado

Coimbra / 2018

AGRADECIMENTOS

Em especial, dedico essa tese

Aos meus pais, Jeferson Carlos Comério e Adriana Toscano de Siqueira, que, além de todo o amor e carinho, durante os dois anos do 2º ciclo proporcionaram-me todo o suporte necessário para o desenvolvimento do curso.

Às minhas irmãs, Rowena Siqueira Comério e Letícia Siqueira Comério, e cunhado Jorge Zhogaib, em virtude da preocupação, compreensão e apoio para superar todos os obstáculos enfrentados no decurso do período. Ao meu sobrinho, Samuel Comério Zhogaib, por já fazer parte de todo o meu amor e proteção.

In Memoriam, aos meus avós Celço Teixeira de Siqueira e Vitorino Comério.

Ao meu orientador, Senhor Doutor Professor João Leal Amado, que desde o início do Mestrado incentivou a pesquisa e o pensamento crítico dos seus alunos, além de acreditar na importância social e jurídica do tema escolhido para elaboração da tese.

Minhas homenagens de estilo à Ana Paula Vilarim, Marielle Alvachian, Lorena Dadalto, Bianca Abreu, Larissa Pepe e Karen Munhoz.

RESUMO

A transexualidade, assim como a orientação sexual no geral, é alvo de persistentes críticas por parte da sociedade, manifestadas por meio de atos discriminatórios que tem como mais grave consequência a exclusão social do indivíduo. O preconceito decorre dos valores radicados na sociedade, que possuem influência direta do que prega a religião e a moralidade, produzindo reflexos também no Direito do Trabalho. O direito à identidade de gênero, crescente na melhor doutrina e jurisprudência moderna, corresponde à autoafirmação e autopercepção do indivíduo sobre o gênero com o qual se identifica, sendo que o seu reconhecimento retrata a efetivação dos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à igualdade e não discriminação assumem importante função sobre a matéria, tendo em vista que são invocados como fatores de interpretação de normas jurídicas, condutas do setor público e entre particulares, além de guiar para a busca da melhor solução diante da colisão de direitos fundamentais. A título reflexo, a jurisprudência e a doutrina debatem a respeito do uso de banheiros e vestiários que estejam conforme o gênero ou o sexo biológico, controvérsia polêmica e que demanda profunda argumentação jurídica, visando a maximização de direitos em detrimento de outros. Da mesma maneira, há o debate sobre os aspectos que envolvem o reconhecimento e alteração do nome após a transição do gênero. A discussão sobre a matéria abrange a análise da legislação internacional e interna, nomeadamente no âmbito brasileiro e português, da jurisprudência e, por fim, dos problemas jurídicos e práticos enfrentados pelos trabalhadores transexuais e pelos operadores do Direito, especialmente nas fases pré-contratual, vigência do contrato de trabalho e rescisão contratual.

PALAVRAS CHAVES: Transexualidade; Discriminação; Identidade de Gênero; Direito do Trabalho; Proteção.

ABSTRACT

The transsexuality, as well as sexual orientation in general, is subject to persistent criticism by society, manifested through discriminatory acts that have as the gravest consequence the individual's social exclusion. Prejudice stems from values rooted in society, which have a direct influence on what religion and morality preach, and which also have repercussions on labor law. The right to gender identity, which is growing in the best doctrine and modern jurisprudence, corresponds to the individual's self-affirmation and self-perception about the gender with which he identifies himself, and its recognition corresponds to the realization of the constitutional principles of equality, freedom and dignity of the human person. The principle of the dignity of the human person, the right to equality and non-discrimination reveal an important function on the matter, given that they are invoked as factors of interpretation of legal norms, conduct of the public sector and between private individuals, besides guiding the search of the best solution to the collision of fundamental rights. The discussion on the subject involves the analysis of international and national legislation (in the Brazilian and Portuguese context), jurisprudence and, finally, the legal and practical problems faced by transsexual workers and legal operators. As a reflex, the jurisprudence and doctrine debate about the use of bathrooms and locker rooms that are based on gender or biological sex, as well as aspects that involve the recognition of the name change after the gender transition. The discussion on the subject covers the analysis of international and domestic legislation, particularly in the Brazilian and Portuguese context, jurisprudence and, finally, the legal and practical problems faced by transsexual workers and legal operators, especially in the pre-contractual phase, as well as on the validity and termination of the contract.

KEYWORDS: Transsexuality; Discrimination; Gender Identity; Labor Law; Protection.

SIGLAS E ABREVIATURAS

| | |
|------|---|
| ADPF | Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental |
| CE | Conselho da União Europeia |
| CF | Constituição Federal |
| CFM | Conselho Federal de Medicina. |
| CID | Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde. |
| CLT | Consolidação das Leis do Trabalho |
| CRB | Constituição da República Federativa do Brasil |
| CRP | Constituição da República Portuguesa |
| DOUE | Diário Oficial da União Europeia. |
| ID | Identificação. |
| ILGA | Intervenção Lésbica, Gay, Bissexuais, Trans e Intersexo. |
| LGBT | Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros. |
| OAB | Ordem dos Advogados do Brasil |
| OIT | Organização Internacional do Trabalho |
| RE | Recurso Extraordinário |
| RES | Resolução |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| TRF | Tribunal Regional Federal |
| TRT | Tribunal Regional do Trabalho |
| UE | União Europeia |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 1. BREVES NOTAS SOBRE A TERMINOLOGIA..... | 12 |
| 1.1. Noções sócio-filosóficas: o modelo binário enraizado na sociedade e a construção social de sexo e gênero..... | 12 |
| 1.2. A conceituação de sexo, gênero e identidade de gênero. | 18 |
| 1.3. Os entornos da Transexualidade. | 27 |
| 2. INVESTIGAÇÕES SOBRE O CENÁRIO DISCRIMINATÓRIO. | 31 |
| 3. O DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO NA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E NO DIREITO COMPARADO..... | 45 |
| 4. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: DIREITO DE PERTENCER A SI..... | 54 |
| 5. O DIREITO A IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO: O RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE. | 59 |
| 6. OS REFLEXOS DO DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO. | 65 |
| 6.1. A batalha pelo vestiário e a colisão de direitos fundamentais. | 65 |
| 6.1.1. Comentários aos casos brasileiros Paulo César dos Santos (TRT da 9ª Região) e André dos Santos Fialho (STF) e o processo americano Krystal S. Etsitty (Court of Appeals for the Tenth Circuit). | 65 |
| 6.1.2. A colisão de direitos fundamentais e a construção do silogismo para o uso do banheiro conforme o gênero. | 73 |
| 6.2. O direito ao nome..... | 83 |

| | |
|---|------------|
| 7. OS PROBLEMAS ENFRENTADOS NA FASE PRÉ-CONTRATUAL, CONTRATUAL E NO DESPEDIMENTO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA E DA LEGISLAÇÃO LUSO-BRASILEIRA..... | 94 |
| 7.1. O período pré-contratual: a identificação do trabalhador e a invasão da vida privada..... | 95 |
| 7.2 O período contratual e as suas implicações..... | 102 |
| 7.3. A rescisão do contrato de trabalho: a dispensa discriminatória e o ônus da prova..... | 108 |
| NOTAS CONCLUSIVAS..... | 114 |
| BIBLIOGRAFIA | 117 |
| JURISPRUDÊNCIA..... | 128 |

INTRODUÇÃO.

Como é cediço, em todo o mundo as pessoas são submetidas a insistentes violações dos seus direitos e garantias fundamentais, cenário que se agrava quando se trata de orientação sexual e transexualidade. Em geral, o grupo LGBT é alvo de persistentes críticas por parte da sociedade, manifestadas por meio de atos discriminatórios que tem como mais grave consequência a marginalização e exclusão social do indivíduo.

Cabe salientar que o preconceito decorre dos valores radicados na sociedade, que possuem influência direta do que prega a religião, a moralidade, os bons costumes e a política, produzindo reflexos no domínio dos Direitos Humanos, no Direito do Trabalho, no Direito Civil e no Direito Penal, o qual criminaliza, em alguns países do mundo, o ato sexual promovido por homossexuais, bissexuais e transexuais, aplicando-se a pena de morte.

A identidade de gênero e a orientação sexual representam um fator decisivo para a procura e oferta de empregos, por fugirem do estereotipo padrão pré-estabelecido. Em razão da segregação social, podem influir na escolha do cargo e na candidatura de certas ofertas de emprego e, em certo grau, tornam-se um fator impeditivo para a contratação dos trabalhadores que realizam a transição de gênero. Quando admitidos, podem se sentir compelidos a ocultar a sua verdadeira identidade, sob pena de represálias, como a impossibilidade de obter promoções e benefício, o medo de sofrer assédio moral no ambiente laboral e de ser vítima da dispensa discriminatória.

Sendo assim, deve-se reconhecer que se trata de um grupo alvo de intensos atos discriminatórios, seja de forma direta ou indireta. Esse persistente cenário discriminatório vem sendo documentado ao redor do mundo, restando cabalmente demonstrado que o problema se relaciona intrinsecamente com a esfera dos Direitos Humanos e Direito do Trabalho.

Visando o melhor entendimento da matéria, é necessário construir a tese de forma unitária, lógica, coerente e evolutiva, recorrendo-se aos procedimentos metodológicos de pesquisa bibliográfica, investigação sobre o tratamento oferecido pela legislação internacional e direito comparado, e a coleta de jurisprudência que debate sobre os pontos controvertidos suscitados no presente estudo. O método técnico utilizado é o indutivo,

permitindo-se a análise de casos particulares para o seguinte aprofundamento da teoria jurídica.¹

Visto isto, é imperioso prestar esclarecimentos conceituais e terminológicos. As primeiras notas versam sobre o debate sócio-filosófico que reveste o sexo, gênero e identidade de gênero, objetivando-se demonstrar a existência do modelo binário enraizado na sociedade e a forma como foram construídos socialmente. O capítulo se justifica na importância de retratar a evolução histórica dos institutos. No seguimento das notas terminológicas, importa estabelecer a conceituação e distinção de sexo, gênero, transexualidade e transexualismo, além do direito à identidade de gênero.

Em termos sociológicos, é relevante analisar o cenário discriminatório vislumbrado no Brasil, Estados Unidos e Europa, visando defender a proteção não só dos trabalhadores transexuais e transgêneros, mas de toda a comunidade LGBT no mercado de trabalho. Os dados lançados neste trabalho, obtidos por meio de investigações realizadas em diversos países, demonstram a gravidade da atual conjuntura, revelando a essencial a tutela do Direito.

A fundamentação jurídica tem origem no aprofundamento nas normas internacionais que abordam o direito à identidade de gênero, seja de forma direta, como é o caso dos Princípios de Yogyakarta, ou pela aplicação analógica dos Tratados, Convenções, Resoluções e Diretivas Internacionais, valendo-se do desenvolvimento da interpretação ampla e protetiva quando a legislação em discussão, embora não mencione expressamente a proteção da identidade de gênero, prevê a tutela de atos discriminatórios por motivos de sexo e orientação sexual. Em sede de legislação interna dos Estados, será destacado o tratamento oferecido pelos ordenamentos jurídicos brasileiro, espanhol e português.

Vale ressaltar os princípios e direitos fundamentais aplicáveis à matéria, como a dignidade humana, igualdade e não discriminação. Sobre o primeiro, a discussão versa sobre as suas dimensões e finalidades, no sentido de servir como limite à eventual restrição a direitos fundamentais e como critério de interpretação diante de autêntica colisão de direitos. No que diz respeito ao segundo, é importante frisar as vertentes da igualdade formal, material e como reconhecimento. Quanto ao terceiro, objetiva-se estabelecer as especificidades do dever de não discriminação no acesso ao emprego e no ambiente laboral.

¹ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1992. P. 106.

Incumbe discorrer sobre os reflexos do direito à identidade de gênero, como pontos sensíveis referentes ao tema, especialmente com relação ao uso de vestiários e alteração do nome no registro civil ou, no âmbito brasileiro, a adoção do nome social. Oportunamente se questiona se os trabalhadores transexuais e transgêneros devem utilizar o banheiro consonante ao gênero identificado ou ao sexo de nascimento. A controvérsia remeterá ao estudo sobre o conflito de direitos fundamentais e a construção de um silogismo para alcançar a melhor solução. No que concerne ao segundo ponto divergente, questiona-se sobre as dificuldades encontradas pelos trabalhadores transexuais e transgêneros no reconhecimento do nome adotado após realizada a transição de gênero.

Ato contínuo, é inevitável suscitar alguns problemas práticos e jurídicos, os quais devem ser amplamente debatidos pela sociedade e pelos operadores do Direito no âmbito laboral, com relação ao acesso ao emprego, vigência do contrato de trabalho e em matéria de despedimento, expondo os fatores discriminatórios em relação ao grupo de trabalhadores. Como metodologia, aprofundar-se-á o tratamento oferecido pela jurisprudência e pelos ordenamentos jurídicos brasileiros e portugueses.

Na fase pré-contratual, sob a ótica dos princípios da liberdade contratual, do acesso ao emprego e o da não discriminação, discute-se se empregador pode invadir a vida privada e sexual do trabalhador na entrevista de emprego, por meio de perguntas em questionários, e se a coleta dessas informações é imprescindível para avaliar se o indivíduo está apto para a vaga ofertada. Ademais, argumenta-se se o trabalhador, quando indagado, tem o direito ao silêncio ou o direito à mentira.

No âmbito da execução do contrato de trabalho, invoca-se as questões atinentes ao assédio moral sofrido no ambiente de trabalho e sobre a aplicação, no âmbito brasileiro, de normas de proteção da mulher em favor das mulheres transexuais e transgêneros. Em conjunto, cabe salientar os obstáculos enfrentados pelos trabalhadores transexuais e transgêneros na obtenção de benefícios e promoções no posto de trabalho.

Por fim, em matéria de despedimento, ventila-se sobre os problemas decorrentes do despedimento discriminatório, isto é, a conduta ilícita do empregador ao despedir o trabalhador por motivos de transexualidade e identidade de gênero, avaliando também as questões que envolvem o ônus da prova e as suas implicações práticas.

1. BREVES NOTAS SOBRE A TERMINOLOGIA.

1.1. Noções sócio-filosóficas: o modelo binário enraizado na sociedade e a construção social de sexo e gênero.

Considerando que este estudo aborda as questões que envolvem o comportamento humano, que provoca a quebra do paradigma do modelo binário entre os corpos, demonstra-se indispensável o debate filosófico e sociológico a respeito do surgimento e interpretações dadas ao sexo e gênero. O caminho a ser perseguido, neste capítulo, é explanar uma visão de sexo e gênero não tão usual, como aquela compreendida pela sociedade em geral, oferecendo uma noção de normalidade, isto é, não patológica para a questão que envolve as pessoas transexuais e transgêneros. Deste modo, seguimos para o ponto em comum, que é a identidade de gênero.

É imperioso acentuar que o sexo, conhecido culturalmente pela sociedade civil, foi inventado em meados do século XVIII, afastando-se o antigo isomorfismo e a ideia de sexo único.^{2 3} Os órgãos masculino e feminino foram devidamente diferenciados, e o que até então não tinha uma denominação, passou a ter. O entendimento de Aristóteles, que considerava o órgão genital feminino uma espécie menor do masculino ou que a mulher é uma versão deformada do homem, foi superado.⁴ Assim, o corpo da mulher ganhou relevância e definição.⁵

Os sexos biológicos, conhecidamente como masculino e feminino, passaram a ser considerados pela ciência entre os séculos XVII e XVIII, afastando-se por completo o

² Thomas Laqueur, historiador e Professor da Universidade da Califórnia, esclarece que a ideia de sexo único persistiu. Segundo o autor, “nos séculos XVIII e XIX, livros como *The Art of Conjugal Love*, de Nicholas Venette, e *Aristotle’s Masterpiece* ou, em menor extensão, *Secrets of Women*, do pseudo-Albertus Magnus, transmitiam conhecimentos galênicos a centenas de milhares de leitores leigos, independentemente da opinião de seus médicos. E em uma variedade de contextos, os próprios médicos também falavam na linguagem do modelo de sexo único (como os que temiam que as operárias alemãs que tinham ocupações pouco femininas se tornassem *Mannweiber*, mulheres masculinizadas). LAQUEUR, Thomas. **Inventando o sexo: Corpo e gênero dos gregos a Freud**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001. Tradução de: Vera Whately. p. 190-191.

³ PORCHAT, Patrícia. **Psicanálise e Transexualismo: Desconstruindo gêneros e patologias com Judith Butler**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 24.

⁴ ARISTOTLE. **Generation of Animals**. Trad. A. L. Peck. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1963, 727b, 728a, 729a. p. 175.

⁵ LAQUEUR, Thomas. *Op. cit.* p. 189-190.

isomorfismo entre os corpos do homem da mulher.^{6 7} Ganha espaço a corrente do denominado dimorfismo sexual, que parte do pressuposto da existência de corpos diferentes, embora *Laquer* entenda que a manifesta diferença entre os corpos não direcione para a oposição entre os mesmos.^{8 9}

De toda sorte, a ideia do dimorfismo entre os corpos prevaleceu na sociedade civil, corroborando a ideia do binarismo ou modelo binário que envolve o corpo e o gênero. A evolução histórica fez com que houvesse a transição do isomorfismo, até então acreditado pela sociedade, para o dimorfismo entre os corpos, atribuindo aos órgãos genitais a definição da sexualidade e do gênero.¹⁰

Além da evolução da ciência, há também a questão construção social do sexo e do gênero, sustentado pela melhor doutrina filosófica e sociológica. A partir do momento em que os mesmos se tornam um dos pontos cruciais do trabalho, é importante suscitar os influentes e incisivos pensamentos de Judith Butler, reconhecida internacionalmente por suas obras, que servem como base por elevar a teoria feminista e também para reforçar a luta das pessoas LGBT. Os levantamentos trazidos por Butler põem em causa a visão binária existentes entre as identidades e que se arrasta pela sociedade, isto é, homem e mulher, masculino e feminino, macho e fêmea, o que se revela um verdadeiro obstáculo para que o ser humano se identifique com o gênero oposto ao seu sexo de nascimento.¹¹

Para tanto, a filósofa, em sua obra *Gender Trouble*, coloca em questão o próprio sujeito, sendo a sua existência confrontada.¹² A ideia de Butler é deixar de lado o indivíduo

⁶ LAQUEUR, Thomas. *Op. cit.* p. 193-194.

⁷ VEIGA JUNIOR, Hélio. **O Direito de Pertencer a Si Mesmo: A despatologização do transexualismo e sua regulamentação jurídica como um direito fundamental ao gênero.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 35.

⁸ LAQUEUR, Thomas. *Op. cit.* p. 30.

⁹ PORCHAT, Patrícia. *Op. cit.* p. 25.

¹⁰ Consoante as palavras de Hélio Veiga Jr., “é evidente que o sistema binário de análise dos gêneros ou sexos foi construído por meio da evolução histórica e cultural que fez com que a sociedade acreditasse na existência do isomorfismo com a ideia de um corpo humano com dois gêneros qualificados pela genitália. A noção de sexualidade e gênero foi e ainda é confundida desde o início da humanidade uma vez que padrões sociais designaram o pênis e a vagina como ditadores da sexualidade e do gênero”. VEIGA JUNIOR, Hélio. *Op. cit.* p. 35.

¹¹ Em referência ao afrontamento lançado por Butler, Patrícia Porchat pontualmente opina que “é necessário refletir sobre “gênero” porque essa categoria gera teorias, gera visões de mundo e, conseqüentemente, gera sofrimentos por parte daqueles que tentam se enquadrar nos gêneros “inteligíveis”, aqueles que, segundo ela, aparentemente “... mantêm relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo (2003, p. 38). E ainda, a categoria “gênero” gera várias formas de repressão por parte daqueles que, com maior ou menor consciência, impõem aos próximos a sua forma de divisão dos seres humanos”. PORCHAT, Patrícia. *Op. cit.* p. 80.

¹² SALIH, Sara. **Judith Butler e a Teoria Queer.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015. Tradução de Guacira Lopes Lauro. p. 65.

e estruturar o processo que o torna um sujeito e os processos pelos quais constrói a sua identidade. A autora lança mão da investigação genealógica, em análise do que denomina de “*condições de emergência*”.¹³

Esta investigação parte do pressuposto que os discursos são responsáveis pela criação do sujeito ao estabelecer o gênero e o sexo de cada indivíduo.¹⁴ Butler utiliza o termo “*efeito-sujeito*” para reforçar que os sujeitos são criações e consequências da linguagem, do discurso e das instituições.¹⁵ Para elucidar o seu pensamento, apresenta uma expansão da máxima de Beauvoir, no sentido de que “*ninguém nasce mulher: torna-se uma mulher*”.¹⁶ Esta é uma expressão que esclarece a sua teoria, no sentido de que o sujeito é fruto do meio, da linguagem e do contexto em que nasce e vive, não se tratando de uma criação e, sim, do resultado.¹⁷ Todas essas evidências envolvem a denominada performatividade.

Em *Gender Trouble*, há a confrontação da existência do sujeito, que seria uma construção performativa, um efeito do discurso, e, ainda, afirma que há diversas maneiras de construir a identidade do indivíduo.¹⁸ A crítica envolve a construção fictícia havida entre as percepções teóricas de homem e mulher, consideradas “*substâncias permanentes*”, que, para a autora, correspondem a meras ilusões.¹⁹

A respeito da performatividade, a autora diferencia o sujeito de um *performer*, quando há um ator realizando determinada performance. A ideia de performatividade está relacionada com a construção do sujeito e com os processos da sua criação.²⁰ Assim, não há alguém por trás das práticas ou dos atos, mas há um processo de construção performativa.

Essas considerações afetam diretamente as concepções de macho e fêmea, heterossexuais e homossexuais, masculino e feminino, ou seja, o modelo binário enraizado na sociedade. Há uma espécie de regulação a respeito da sexualidade, o que é criticado por Butler.

¹³ SALIH, Sara. *Op. cit.* p. 21.

¹⁴ SALIH, Sara. *Ibidem.* p. 69.

¹⁵ SALIH, Sara. *Ibidem.* p. 21.

¹⁶ A escritora e filósofa Simone Beauvoir declara a conhecida máxima de que “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado, que se qualifica como feminino”. BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Tradução de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. p. 09.

¹⁷ BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e a subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2003. p. 58-59.

¹⁸ SALIH, Sara. *Op. cit.* p. 65.

¹⁹ BUTLER, Judith. *Op. cit.* p. 48. PORCHAT, Patrícia. *Op. cit.* p. 81.

²⁰ SALIH, Sara. *Op. cit.* p. 22.

Em outras palavras, o entendimento afronta a matriz heterossexual construída culturalmente, considerando que, na verdade, gênero não decorre necessariamente do sexo, assim como os desejos sexuais. Nesta matriz, não haveria espaço para as pessoas que não se enquadram dentro desta perspectiva, como é o caso das pessoas transexuais e transgêneros. Seja de forma direta ou indireta, há um grave problema de “enquadramento” dessas pessoas nos conceitos de sexo e gênero. Se um homem se identifica com o gênero oposto, como seria classificado? Logo, o afrontamento se revela em face do que a filósofa denomina de “*normas de inteligibilidade cultural*”, porquanto entende que essa matriz se trata de uma construção social, cultural e política ao longo dos anos.²¹

Assim, dentro deste modelo, a identidade dessas pessoas não existe. Por isso que essa “*regulação heterossexual*” trata a identidade de gênero como uma falha, patologia ou problema no desenvolvimento da pessoa, o que deve ser amplamente rechaçado pela sociedade em geral.^{22 23}

Em razão disso, a proposta de Judith Butler é justamente reformular o conceito de gênero, no sentido de incluir os casos específicos em que se vislumbra a identidade de gênero, tratando-se de verdadeira inclusão social ou enquadramento dessas pessoas na noção de gênero.²⁴ Em outros termos, pretende-se dar uma existência ou um nome àquilo que, na prática, já se encontra, sendo fundamental dissociar a ideia de sexo e gênero como atrelados entre si, isto é, que homens pertençam ao gênero masculino e mulheres ao feminino.²⁵

²¹ PORCHAT, Patrícia. *Op. cit.* p. 81.

²² Nas palavras de Butler, “A heterossexualização do desejo requer e institui a produção de oposições discriminadas e assimétricas entre “feminino” e “masculino”, em que estes são compreendidos como atributos expressivos de “macho” e “fêmea”. A matriz cultural por intermédio da qual a identidade de gênero se torna inteligível exige que certos tipos de “identidade” não possam existir – isto é, aquelas em que o gênero não decorre do sexo e aquelas em que práticas do desejo não “decorrem” nem do “sexo” e nem do “gênero”. Nesse contexto, “decorrer” seria uma relação política de direito instituído pelas leis culturais que estabelecem e regulam a forma e o significado de sexualidade. Ora, do ponto de vista desse campo, certos tipos de “identidade de gênero” parecem ser meras falhas do desenvolvimento ou impossibilidades lógicas, precisamente porque não se conformam às normas da inteligibilidade cultural. Entretanto, sua persistência e proliferação criam oportunidades críticas de expor os limites e objetivos reguladores desse campo de inteligibilidade e, conseqüentemente, de disseminar, nos próprios termos dessa matriz de inteligibilidade, matrizes rivais e subversivas de ordem do gênero”. BUTLER, Judith. *Op. cit.* p. 38-39.

²³ PORCHAT, Patrícia. *Op. cit.* p. 83.

²⁴ Segundo Patrícia Porchat, “Butler vai tramando os seus conceitos com um objetivo claro: quer encontrar uma noção de sujeito e uma noção de corpo, amarradas pela linguagem, que permitam incorporar na cultura, de modo não patológico, os seres humanos que não se enquadram nos padrões normais de gênero. Por isso, não é fácil dizer se sua obra é realmente sobre gênero. Talvez esse seja o pretexto para discutir temas clássicos da filosofia: o que é sujeito? O que é corpo? Mas lembremos que, além de filósofa, Butler é também feminista. Sua reflexão não é isolada da perspectiva de uma transformação da sociedade. PORCHAT, Patrícia. *Ibidem.* p. 82.

²⁵ *Idem.*

Não obstante isto, a matéria é capaz de produzir impactos nos ramos do Direito, designadamente ao deixar de tipificar, como crime, condutas como o casamento homossexual, como ocorre em alguns países, a possibilidade de utilização do nome conforme o gênero, e não o sexo biológico, bem como competir em modalidades esportivas de acordo com o gênero identificado, mediante a realização de exames específicos. Poder-se-ia, ainda, aplicar normas de proteção à mulher aos transexuais e transgêneros femininos, àqueles que originariamente nasceram com o sexo masculino e sofreram a alteração do gênero. São atos permissivos que promovem a inclusão social e obviamente também repercutem no Direito do Trabalho, combatendo a discriminação que ocorre no acesso ao emprego, vigência do contrato de trabalho e despedimento.

Especificamente quanto ao gênero, tanto Judith Butler, quanto Simone Beauvoir acreditam que está relacionado a comportamento, ao que o indivíduo “faz” e não o que “é”. Essa fundamentada suposição leva a filósofa a dissociar sexo, gênero e sexualidade, de modo que não se espera que uma fêmea apresente traços femininos e que machos tenham traços masculinos. Da mesma forma quanto ao desejo sexual pelo sexo oposto. Desta feita, não há relação entre o gênero e o corpo biologicamente gerado, admitindo-se, por exemplo, que um indivíduo biologicamente macho tenha um comportamento considerado feminino.²⁶

As indagações a respeito da construção de gênero, sobretudo quando se refere aos ensinamentos de Simone Beauvoir, podem causar certa perturbação. Afinal, o gênero é uma escolha? Na qualidade de processo em construção, baseado no “fazer” e não no “ser”, o que define o gênero do indivíduo? A ideia não é necessariamente tratar o gênero como uma opção, ou seja, um biologicamente masculino que decide de maneira espontânea pertencer ao gênero feminino.²⁷ Trata-se de uma sequência de atos em que vive socialmente o

²⁶ Na obra *Gender Trouble*, Judith Butler realiza ponderações a respeito das conclusões de Simone Beauvoir, sobretudo quanto à dissociação entre gênero e sexo e o que se espera em termos culturais. Sustenta que “para Beauvoir, o gênero é “construído”, mas há um agente implicado em sua formulação, um cogito que de algum modo assume ou se apropria desse gênero, podendo, em princípio, assumir algum outro. É o gênero tão variável e volitivo quanto parece sugerir a explicação de Beauvoir? Pode, nesse caso, a noção de “construção”, reduzir-se a uma forma de escolha? Beauvoir diz claramente que a gente “se torna” mulher, mas sempre sob uma compulsão cultural a fazê-lo. E tal compulsão claramente não vem do “sexo”. Não há nada em sua explicação que garanta que o “ser” que se torna mulher seja necessariamente fêmea. Se, como afirma ela, “o corpo é uma situação”, não há como recorrer a um corpo que já não tenha sido sempre interpretado por meio de significados culturais; conseqüentemente, o sexo não poderia qualificar-se como uma facticidade anatômica pré-discursiva. Sem dúvida, será sempre apresentado, por definição, como tendo sido gênero desde o começo”. BUTLER, Judith P. *Op. cit.* p. 27.

²⁷ Sara Salih avalia que “antes de tudo, teremos de nos livrar da noção de “liberdade de escolha”: uma vez que estamos vivendo dentro da lei ou no interior de uma dada cultura, não há possibilidade de nossa escolha ser inteiramente “livre”, e é bem provável que a “escolha” de nossas roupas metafóricas se ajuste às expectativas

indivíduo. Isto porque não há uma forma de viver na sociedade sem a tipificação de um gênero.

O que a obra *Gender Trouble* clarifica é que tanto o sexo quanto o gênero representam construções. O agente, inserido em um contexto e em uma base formadora predominantemente heterossexual, é culturalmente e socialmente imposto um gênero, incumbindo ao próprio indivíduo, com base na sua autoconsciência, a percepção sobre qual gênero de fato se identifica, seja o masculino ou o feminino, independentemente do sexo que também lhe foi atribuído no momento do nascimento.²⁸

Assim, o “fazer” e o seu comportamento na sociedade são determinantes para a verdadeira definição do seu gênero. A partir de então, o agente realiza uma construção dentro do que já estava culturalmente e socialmente construído. Desta maneira é que vislumbra a ideia de que o gênero é composto de um desenvolvimento de atos.

Toda essa inteligência nos leva a entender o motivo pelo qual Judith Butler se tornou internacionalmente influente para as feministas e o público LGBT. Trata-se de uma desmistificação dos institutos, colocando em discussão o que está enraizado na sociedade pela religião, moral, anatomia humana, política, e dentre outros fatores que foram determinantes na história para a construção do conceito de sexo e gênero.²⁹

A matriz heterossexual e as conjunturas sociais, culturais e bíblicas impõem sobre um indivíduo um sexo e um gênero pré-definidos, incorrendo sobre ele uma dualidade sem que lhe seja dada a oportunidade de manifestar a sua identidade ou a sua escolha. Vale ressaltar que o termo “*escolha*” abrange a autoconsciência, a percepção sobre si mesmo e tudo que está ao redor do indivíduo, como o seu vestuário, a sociedade em que vive, o seu ambiente familiar, dentre outros.³⁰ Porém, essa “*escolha*” é inegavelmente limitada, porque

ou talvez às demandas de nossos amigos ou colegas de trabalho, mesmo sem nos darmos conta de que estamos fazendo isso. Além disso, o conjunto de roupas disponíveis será determinado por fatores tais como a nossa cultura, o nosso trabalho, o nosso rendimento ou o nosso *status* e origem social”. SALIH, Sara. *Op. cit.* p. 73.

²⁸ PORCHAT, Patrícia. *Op. cit.* p. 83.

²⁹ Sobre a influência da moral e da religião sobre os entornos do sexo e gênero, que vem desde a Antiguidade, ver MARIN, Jeferson Dytz. **Princípio da Liberdade de Orientação Sexual: Gênero, Identidade e Democratização do Afeto**. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 76-79.

³⁰ Conforme Sara Salih, “Do modo como Butler vê as coisas, se decidíssemos ignorar as expectativas e as limitações impostas pelos amigos, colegas, etc., “vestindo um gênero” que por alguma razão fosse contrariar aquelas pessoas que têm autoridade sobre nós ou de cuja aprovação dependemos, não poderíamos simplesmente *reinventar* nosso guarda-roupa de gênero metafórico, tampouco adquirir um guarda-roupa inteiramente novo (e mesmo que pudéssemos fazer isso, obviamente estaríamos limitados pelo que estivesse disponível nas lojas). Em vez disso, teríamos de alterar as roupas que já temos para indicar que não as estamos usando em um modo “convencional” – rasgando-as ou pregando-lhes lantejoulas ou vestindo-as viradas ou do avesso. Em outras palavras, a nossa escolha de gênero, tal como a nossa escolha do tipo de subversão, é restrita

o próprio discurso e o processo de construção delimitaram que sexo e gênero abrangem homem/mulher e masculino/feminino.

Nesta altura, interessa-nos perceber que a discriminação social e política que abrange as pessoas transexuais e transgêneros deriva de um concatenado de atos, que surgem desde as primeiras concepções a respeito de sexo e gênero. Os transexuais, dentro desta perspectiva, são alvos de diversos tipos de discriminação, seja de forma direta ou indireta, tão somente por não se enquadrarem no padrão pré-fixado na sociedade.

Visto isto, feitas estas considerações, pretende-se, como próxima etapa deste estudo, aprofundar a terminologia utilizada para a melhor compreensão acerca da matéria. É de suma importância compreender o estudo como um todo, unitário, em que os capítulos se completam e levam ao mesmo caminho, que é a necessidade de proteção das pessoas transexuais e transgêneros, sobretudo quanto ao acesso ao emprego, vigência do contrato de trabalho e despedimento.

1.2. A conceituação de sexo, gênero e identidade de gênero.

Para além das notas sócio-filosóficas, é necessário prestar esclarecimentos a respeito da terminologia utilizada neste trabalho, especialmente com relação a sexo, gênero, identidade de gênero e transexualidade. As seguintes considerações são relevantes, tendo em vista que ao longo do trabalho utilizamos nomenclaturas que exigem uma conceituação prévia para que o interlocutor entenda o que está em debate, especialmente sobre o grupo de pessoas objeto da análise.

No momento do nascimento, o indivíduo, com base no seu sexo intangível, é biologicamente e culturalmente enquadrado como “ser homem” ou “ser mulher”, o que

—o que pode significar que não estamos, de maneira alguma, “escolhendo” ou “subvertendo” nosso gênero. A analogia é, de certa maneira, grosseira, mas dá uma ideia de como nossas escolhas de gênero não são “livres”, mas limitadas. Além disso, esse modelo de identidade de gênero levanta questões sobre a *agência* (isto é, a escolha e a ação) e o agente: se comparamos o gênero à escolha de um traje num guarda-roupa limitado, então, mais uma vez, devemos nos perguntar quem ou o que está fazendo a escolha? Meu exemplo de uma pessoa que se põe diante de um guarda-roupa e escolhe o que vestir naquele dia implica a existência de um sujeito ou de um agente que é *anterior* ao gênero (ou, neste exemplo, ao ato de vestir as roupas). [...] essa é uma ideia que Butler rejeita em GT, onde a noção de gênero como performativo não supõe que haja um “ator” preexistente aos atos que efetivamente constituem a identidade”. SALIH, Sarah. *Op. cit.* p. 73-74.

influencia também na padronização dos gêneros masculino e feminino. Trata-se do denominado modelo binário que se encontra enraizado na humanidade.³¹

Sendo assim, as primeiras reflexões giram em torno dos conceitos de sexo e gênero. Quanto ao gênero, parte-se do pressuposto da sua construção histórica, motivada por fatores externos, como a linguagem, o meio em que vive, as normas jurídicas vigentes, a religião, a moral, os bons costumes, a política, dentre outros. Todos estes são determinantes e influenciam o gênero, que pode ser entendido como uma construção social, baseado no contexto histórico e também no comportamento dos pais e da sociedade.^{32 33}

Cabe salientar que o gênero não está intrinsecamente relacionado ao sexo biológico, embora na prática sejam coincidentes, sendo aquele pré-estabelecido de acordo com a verificação da genitália. Se uma pessoa nasce com o sexo masculino/homem, conseqüentemente é enquadrado como do gênero masculino, ocorrendo o mesmo raciocínio com as mulheres.

Todavia, o gênero vai um pouco além deste pensamento, porque também é determinado pelo modo como vive determinada pessoa. A forma como se comporta, caminha, veste-se e os maneirismos também são capazes de ingerir o gênero a que pertence o sujeito.³⁴ Desta forma, a simples verificação das características do corpo humano não é

³¹ Cf. RAMALHO, Maria Irene. A sogra de Rute ou intersexualidades. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalização : fatalidade ou utopia?** Porto: Edições Afrontamento, 2002. p. 525-554.

³² Extraí-se das anotações da Doutora Camilla de Jesus Mello Gonçalves que “a perspectiva de gênero é sempre relacional, baseada em uma categoria social construída historicamente, na qual se inserem as relações entre homens e mulheres em espaços e momentos temporais concretos. Transcende as características naturais que define os sexos, envolvendo uma visão de mundo, a qual sintetiza idealmente as diferenças, os contrastes e as especificidades concretas do fenômeno estudado”. GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Transexualidade e Direitos Humanos: O Reconhecimento da Identidade de Gênero entre os Direitos da Personalidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 81.

³³ Segundo o doutrinador Leandro Reinaldo da Cunha, “o gênero decorre de uma elaboração cultural que se atribui a alguém, sem que esta se encontre efetivamente ligada a uma base biológica, surgindo o masculino e o feminino como conceitos apartados do sexo fenotípico ou anatômico. A expressão gênero tem por escopo apresentar a distinção social entre homem e mulher, enquanto a sexualidade tem maior amplitude, dotada até mesmo de uma característica de diálogo entre os gêneros, revelando uma descrição que abrange crenças, relações, modos de agir e “identidades socialmente construídas e historicamente modeladas. Trata-se, portanto, de uma construção de fundo sociológico e absolutamente subjetiva, muito mais conectada com o papel que o indivíduo desempenha na sociedade do que com suas características físicas ou genéticas”. CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e Redesignação de Gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015. p. 25.

³⁴ Sobre esta questão, a socióloga Maria Berenice Alves de Melo Bento afirma que “O gênero só existe na prática, na experiência, e sua realização se dá mediante reiterações cujos conteúdos são interpretações sobre o masculino e o feminino (...). O ato de pôr uma roupa, escolher uma cor, acessórios, o corte de cabelo, a forma de andar, enfim, a estética e a estilística corporais são atos que fazem o gênero, que visibilizam e estabilizam os corpos na ordem dicotomizada dos gêneros”. BENTO, Berenice Alves de Melo. Da transexualidade oficial às transexualidades. *In*: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 122.

suficiente para a sua determinação, porque, se assim fosse, teríamos uma visão limitada do instituto.^{35 36} Em outras palavras, merecem relevo o comportamento e a autoconsciência para a sua configuração.³⁷

Todavia, na sociedade atual é preservado o modelo binário de gênero, sendo que as pessoas transexuais e transgêneros representam uma ruptura dessa matriz heterossexual. Desperta-se, assim, o cenário discriminatório.³⁸ Em contrapartida, esse modelo vem perdendo a sua magnitude com o advento de diversos estudos científicos que defendem o direito à identidade de gênero e que demonstram que algumas espécies carregam consigo características de ambos os institutos.^{39 40}

O debate leva a um caminho inevitável, que é a necessária distinção entre sexo e gênero.⁴¹ O primeiro, um dos protagonistas pela identificação da raça humana, está

³⁵ De acordo com Camila de Jesus Mello Gonçalves, “Bem por isso, os caracteres biológicos adquiridos pelo nascimento afiguram-se insuficientes para garantir o pertencimento da pessoa ao gênero correspondente, haja vista que a identificação ao gênero não prescindirá da experiência da pessoa como membro de uma determinada comunidade. GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Op. cit.* P. 82.

³⁶ Ainda, Carlos Fernandez Sassarego aduz que gênero é “tudo aquello que deinnato y de adquirido se encuentra en la sexualidade humana y sobre todo, el momento sicológico y cultural”. SASSAREGO, Carlos Fernández. El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. A. 15, v. 56, abril/junho. 1991. P. 8.

³⁷ GONÇALVES, *Op. cit.* 81-82.

³⁸ Em crítica ao modelo binário, Leandro Reinaldo da Cunha sustenta que “o sistema binário clássico, conforme proposto e socialmente tido como válido, além de detentor de uma proteção ordinária decorrente da normalidade propalado como sendo natural por inúmeros setores da sociedade. Contudo este entendimento merece uma apreciação científica (e não religiosa), fugindo de conceitos pré-concebidos e desprovidos de fundamentação técnica. Nos nichos onde prevalecem preceitos culturais arraigados e tradicionais sustenta-se que o sistema binário é um espelho da normalidade e se faz imutável tanto quanto a existência de apenas dois sexos (homem e mulher) como face à impossibilidade do trânsito sexual, sob uma perspectiva determinista acerca do que seria natural ou não”. CUNHA, Leandro Reinaldo da. *Op. cit.* p. 28.

³⁹ Ao aprofundar o estudo a respeito de diversas espécies animais, a cientista e bióloga evolutiva Joan Roughgarden descobriu, na Ilha de *Lizard*, em uma grande barreira de coral na Austrália, que uma espécie de peixe denominado de “*Goby*” seria capaz de, em um mesmo corpo, manter características de macho e fêmea. Na oportunidade, destacou que a espécie amadurece na condição de fêmea, tornando-se, posteriormente, macho. Contudo, mesmo após essa alteração, a espécie ainda mantém ovócitos em suas gônadas, revelando-se, assim, que mantém certa qualidade de fêmea. ROUGHGARDEN, Joan. **Evolution’s Rainbow: Diversity, Gender, and Sexuality in Nature and People**. London: University Of California Press, 2004. p. 34-35.

⁴⁰ CUNHA, Leandro Reinaldo da. *Op. cit.* p. 28.

⁴¹ Ao diferenciar os institutos, relevantes são os ensinamentos da Doutora Milena Silva Rouxinol, a qual pontua que “o gênero pode definir-se como o conjunto de comportamentos e atitudes socialmente associados a determinado sexo, tal como biologicamente definido. Sendo o sexo um elemento biológico, o gênero é, diferentemente, uma construção social, naturalmente permeável a variáveis espaço-temporais, mas passível de se perspetivar como um estereótipo. Existindo dois distintos sexos biológicos, este estereótipo desenvolveu-se, como já referido, com uma configuração binária: existiriam dois modelos de comportamento, o feminino e o masculino, correspondendo, cada qual, a um dos dois sexos”. ROUXINOL, Milena Silva. Discriminação em razão da identidade de gênero (em contexto laboral). In: MÉNDEZ, Lourdes Mela; MARTÍNEZ, Silvia Fernández. **Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo: Cambios sociales y nuevos retos para la igualdad y la salud: España, Portugal, Francia, Italia, Brasil**. Bern: Peter Lang Ag, 2017. ISBN 978-0343-2840-1. Vol. II. p. 191.

intimamente ligado aos fatores biológicos, jurídicos e sociais, além da anatomia humana e a fisiologia. Diferentemente do gênero, quanto à definição do sexo não há dúvidas, pois há um consenso geral a respeito da sua caracterização, baseado na verificação dos órgãos genitais.⁴²

Importa sublinhar que o sexo, sob a ótica psicológica e social, que nos interessa nesta altura do trabalho por se relacionar diretamente com a identidade de gênero, corresponde à forma como o sujeito se revela na sociedade ou como se entende. Desconsidera-se a presença das gônadas, a produção hormonal e os órgãos genitais de nascimento. Trata-se de um sexo no campo da conduta, na prática de atos e autoconsciência. Assemelha-se com a ideia de gênero.⁴³

O sexo jurídico, por sua vez, é aquele definido pelo ordenamento jurídico, isto é, o tratamento dado pela legislação vigente ao instituto e os seus reflexos sobre os cidadãos, sujeitos de direitos e deveres. Situa-se no campo do registro civil da pessoa natural. Há, nesta esfera, uma função social do sexo, que surge desde o nascimento com vida do ser humano, que passa a ser detentor de direitos e obrigações.^{44 45}

Neste sentido, inelutável é a seguinte indagação: ao estabelecer os direitos e obrigações e definir o sexo da pessoa natural, a legislação especial leva em consideração todas as vertentes que envolvem o sexo, de forma atualizada e profunda? Há certo

⁴² De acordo com Leandro Reinaldo da Cunha, “partindo do viés classificatório ou distintivo do qual a expressão sexo é dotada, é possível entendê-la como parâmetro de divisão dos seres, em regra entre machos e fêmeas, ou homens e mulheres, atrelado a uma perspectiva mais voltada ao fenótipo ou à estrutura genital. Ainda assim, na sociedade atual, o sexo vem sendo usado como equivalente ao gênero, apresentado na indicação dos mais diversos documentos de identificação pessoal, como também em fichas, requisições ou cadastros preenchidos a todos os instantes pelas pessoas”. CUNHA, Leandro Reinaldo da. *Op. cit.* p. 21.

⁴³ CUNHA, Leandro Reinaldo. *Ibidem.* p. 22-24.

⁴⁴ Além dos demais critérios do sexo, Leandro Reinaldo Cunha debate, com deferência, os entornos do sexo jurídico, afirmando que “É possível, ainda e finalmente, considerar a existência de uma modalidade denominada sexo jurídico, na qual a classificação sexual do sujeito está vinculada ao posicionamento adotado pela legislação para a concepção de sexo, sendo uma forma indireta de compreensão do sexo, estabelecida por parâmetros legais, resultante do registro civil do indivíduo, e que, de regra, seria (ou deveria ser) um reflexo da cumulação de todas as outras modalidades descritas. Fato é que nesta modalidade o entendimento posto é que o sexo do sujeito é definido pelo que consta de sua certidão de nascimento, sendo que a atribuição ou concessão de direitos estará atrelada à definição sexual formalizada nos documentos de identificação que tem esta por base”. CUNHA, Leandro Reinaldo. *Ibidem.* p. 24-25.

⁴⁵ Para elucidar o papel social do sexo jurídico, socorremo-nos aos ensinamentos de Patrícia Corrêa Sanches, a qual certifica que “a declaração médica quanto ao tipo sexual, no momento do nascimento da pessoa, é determinante para o papel social que irá desempenhar. [...] Rotular de maneira simplista e indelével o sujeito de direito no momento de seu nascimento, apesar dos inúmeros fatores biológicos envolvidos – para não tecer ainda as questões psicológicas –, seria aprisioná-lo para sempre em uma condição que não lhe seja favorável, condenando-o a um papel vexatório, vitimando-o a toda sorte de discriminação e infelicidade”. SANCHES, Patrícia Corrêa. **Mudança de nome e a identidade de gênero: Diversidade sexual e o direito homoafetivo.** São Paulo: Editora RT, 2011, p. 431.

aprisionamento da pessoa natural, referente ao sexo biológico, desde o momento do nascimento do ser humano?

A reflexão envolve a constituição de direitos e deveres, mas também as suas supressões. O tratamento superficial da matéria, muitas vezes dado pela legislação, caminha no sentido da violação de direitos fundamentais, como é o caso das pessoas transexuais e transgêneros que enfrentam obstáculos para a alteração do seu nome civil. O sexo registrado no momento do nascimento acaba por aprisionar o sujeito a uma bolha, da qual não a pertence, que é o gênero com o qual não se identifica. Podemos citar a circunstância em que normas jurídicas destinadas à proteção de determinado gênero, como é o caso das mulheres, não são aplicáveis, na prática, às mulheres transexuais que realizaram a transição de gênero e que originariamente nasceram com o sexo masculino.^{46 47}

Apesar destas considerações, é preciso reconhecer que o debate é complexo e não nos parece viável sugerir que o ser humano nasça sem a definição de um sexo biológico e sem um gênero, porque os prejuízos ao ser humano também seriam notórios. Porém, é preciso que os direitos das pessoas transexuais e transgêneros sejam amplamente efetivados, além do combate de qualquer ato discriminatório que atente contra o seu direito à vida, igualdade, honra, nome, liberdade, vida privada e dignidade da pessoa humana.

⁴⁶ Recorremo-nos aos ensinamentos do Doutor Leandro Reinaldo da Cunha, que revela a sua crítica com relação ao tratamento dado pela legislação ao sexo jurídico. Na oportunidade, alega que “É de se entender que a legislação, em razão de sua constituição muitas vezes baseada e, conceitos ultrapassados, sequer leva em consideração as várias modalidades classificatórias aqui descritas, trabalhando com um conceito estático e tecnicamente inapropriado. A tendência atual é que inicialmente o sexo jurídico decorra do anatômico (a modalidade mais primária de aferição) ante a impossibilidade de se aferir o sexo psicológico no recém-nascido, contudo este pode vir a ser alterado ante a constatação de incongruência. De qualquer sorte fica evidente que a verificação da classificação sexual é revestida de relevância tanto social quanto jurídica, ante a repercussão que esta determinação pode ter na vida do sujeito, até mesmo fixando a possibilidade ou não da concessão de certos direitos”. CUNHA, Leandro Reinaldo da. *Op cit.* p. 24-25.

⁴⁷ Importantes são as considerações de Stefano Rodotà, jurista italiano que reconhece que o tratamento dado no passado, à identidade, não é mesmo que necessita ser oferecido na atualidade, devendo-se ampliar a visão que se dava a um simples registro civil, que era considerado, até então, imutável. Na oportunidade, salientou que “Deuxième constatation: on ne peut pas même faire confiance à la netteté, à la certitude du sexe génétique. Le problème a déjà été évoqué ce matin dans certaines interventions. Le problème a été évoqué pour les athlètes aux Jeux olympiques, et je veux ici seulement faire référence à l’avis de l’année passée du Comité consultatif national d’éthique français à l’occasion des Jeux olympiques d’Albertville, qui a refusé d’admettre que la définition du sexe soit seulement fondé sur un test génétique”. Dans ce cas, certaines certitudes qui nous donnaient le point de référence pour affirmer l’indisponibilité de l’état des personnes, ces attitudes ne peuvent pas non plus être évoquées. Je veux ajouter, et la raison en est claire, que l’état des personnes qui résulte des registres d’état civil es une description du rôle social liée à une donnée biologique présumée immuable. Mais vous savez bien et on l’a déjà dit que cette présomption, cette fiction juridique, ne peuvent pas être considérées aujourd’hui avec ça même certitude que dans le passé”. RODOTÀ, Stefano. Présentation Générale des problèmes liés au transsexualisme. In: **Transsexualisme, médecine e droit. Actes XXIII Colloque de droit européen.** Vrije Universiteit Amsterdam, 14-16 abril 1993, Strasbourg, 1995. P. 21.

Na prática, vislumbra-se uma grande confusão entre sexo e gênero, os quais normalmente são tratados de forma semelhante. Em termos de identificação pessoal, percebe-se que a pessoa natural comumente é classificada como pertencente ao sexo masculino ou feminino, sendo a informação constante nos seus documentos pessoais. Esse questionamento também é realizado em fichas e questionários que exigem essa autoafirmação. Esse é um grande entrave enfrentado pelas pessoas transexuais, que direta ou indiretamente são compelidas a informar o seu sexo biológico, mesmo que em certa altura da vida já se identifique com o gênero oposto.

Desta feita, respeitados os entendimentos contrários, defendemos que sexo e gênero são institutos diferentes e essa questão carece de ser clarificada com mais profundidade para a sociedade, justamente para evitar obstáculos como o narrado acima. A partir do momento em que se reconhece sexo e gênero como institutos idênticos, cria-se um grave problema para as pessoas transexuais e transgêneros, nomeadamente com relação à sua identificação pessoal. O problema se estende também para o Direito do Trabalho, sobretudo no momento da candidatura de uma vaga de emprego, no preenchimento de questionários pessoais exigidos pelo empregador, na identificação no ambiente de trabalho, dentre outros. Assim, por razões jurídicas essa dissociação entre sexo e gênero é indispensável.

Também não se deve confundir o gênero e a sexualidade. É imperioso acentuar que a sexualidade não está atrelada ao gênero, sendo que um transexual feminino (homens *cis* que alteraram o gênero para o feminino) não necessariamente sentirá atração sexual por pessoas do sexo masculino. Isto significa que é possível que uma mulher transexual sinta atração por pessoas do mesmo gênero, ou seja, por mulheres. Trata-se de casos específicos de transexuais homossexuais, não raramente observados.^{48 49}

⁴⁸ Importa tecer alguns comentários a respeito da dissociação entre a transexualidade e a homossexualidade. Para tanto, valemo-nos dos brilhantes apontamentos realizados por Gerald Ramsey, o qual preceitua que “Há uma tendência para se pressupor que, quando uma pessoa é transexual, ele ou ela acabará por assumir uma orientação heterossexual depois da cirurgia. Embora isto seja verdade na maioria dos casos, não é uma situação universal. Um transexual pode ter uma orientação heterossexual, homossexual, bissexual ou até mesmo assexual. Um transexual homem-para-mulher, por exemplo, pode estar social ou sexualmente interessado pelo sexo oposto (neste caso, outro homem), pelo mesmo sexo (uma mulher), por ambos os sexos ou por nenhum. (É importante lembrar que a mente do transexual homem-para-mulher é feminina)”. O autor complementa, ainda, que “Não é a presença de um parceiro sexual que determina nossa orientação, mas sim quem somos por dentro. Lembro ao leitor que o transexual pré-operatório típico é, no máximo, “hipossexual” (i.e. tem baixíssima atividade sexual). Uma libido extremamente alta contra-indicaria a transexualidade na esmagadora maioria dos casos”. RAMSEY, Gerald. **Transexuais: perguntas e respostas**. São Paulo: Summus, 1998. P. 42.

⁴⁹ No mesmo sentido, Helio Veiga Júnior entende que “é plenamente possível encontrar a existência de um transexual que se interessa por uma pessoa do mesmo sexo a que ele pertence verdadeiramente, como, por exemplo, um transhomem (mulher para homem) que se atrai sexualmente por outro homem ou uma

Após essas considerações, a conceituação da identidade de gênero é imprescindível, já que é o foco da presente Dissertação.

Cabe salientar que a identidade se refere à subjetividade do homem moderno, a sua própria afirmação e autopercepção. É a forma como o sujeito observa o seu âmag, a sua essência e como se relaciona com os demais indivíduos da sociedade. É a forma como o ser humano se expressa e se representa perante os demais. A identidade pode ser observada pela nacionalidade, pelas informações pessoais em geral, pela personalidade, a forma como convive em sociedade, o seu relacionamento, a sua formação profissional, dentre outros. Mas também está no campo da autoafirmação, daquilo que o próprio sujeito entende sobre o seu ser. Aquilo que pronuncia o seu íntimo, e não o que alguém lhe impõe. A partir do momento em que há uma imposição de alguém sobre outrem, essa identidade será questionada ou simplesmente não haverá uma identidade.^{50 51}

transmulher (homem para mulher) que se atrai por outra mulher, o que ficaria caracterizado como m transexual homossexual. Da mesma forma, um transhomem poderia se interessar sexualmente por uma mulher e a transmulher poderia se interessar sexualmente por outro homem, caracterizando o transexual heterossexual. Não obstante, ainda seria possível encontrar uma transexual, não transhomem iu transmulher, que, de fato, poderia se interessar sexualmente ao mesmo tempo por homens e mulheres, o que caracterizaria o transexual bissexual e, por último, também se demonstra possível a hipótese de um transexual assexual, ou seja, que não se interessa por homens ou mulheres”. VEIGA JR., Hélio. *Op. cit.* P. 55-56.

⁵⁰ Para Michelangelo Bovero, a identidade corresponde à representação e projeção da pessoa, que busca respostas à pergunta “Quem és?” BOVERO, Michelangelo. *Identità individuali e collettive. Ricerche Politiche Due: Identità, interessi e scelte collettive. Il Saggiatore*, Milano, 1983. p. 33-34.

⁵¹ O filósofo Charles Taylor, conhecido pela obra denominada de “*Sources of the Self*”, publicada originariamente em inglês pela Harvard University Press, embora reconheça a complexidade da identidade e apresente as suas duas facetas, conceitua-a com a seguinte reflexão: “Quizá lá mejor manera de ver esto fuera centrarnos en el asunto que solemos describir como la cuestión de la identidad. Hablamos de ello en esos términos porque frecuentemente la gente formula espontáneamente la pregunta en la forma de << ¿Quién soy yo?>>. Pero a esa pregunta no se responde necesariamente con un nombre y una genealogía. Lo que responde a esa pregunta es entender lo que es sumamente importante para nosotros. Saber quién soy es como conocer dónde me encuentro. Mi identidad se define por los compromisos e identificaciones que proporcionan el marco y horizonte dentro del cual yo intento determinar, caso a caso, lo que es bueno, valioso, lo que se debe hacer, lo que apruebo o alo que me opongo. En otras palabras, es el horizonte dentro del cual puedo adoptar una postura. La gente puede percibir su identidad está en parte definida por ciertos compromisos morales o espirituales, digamos, como ser católico o anarquista. O pueden definirla en parte por la nación o la tradición a la que pertenecen, como ser armenio o quebequés. Lo que dicen con esto no es solamente que están firmemente ligados a esa visión espiritual o a ese trasfondo; más bien lo que está diciendo es que ello les proporciona el marco dentro del cual determinan su postura acerca de lo que es el bien, o lo que es digno de consideración, o lo admirable, o lo valioso. Formulado contra fácticamente, lo que dicen es que si perdiera ese compromiso o esa identificación quedarían a la deriva; ya no sabrían, en lo referente a un importante conjunto de cuestiones, cuál es para ellos el significado de las cosas”. Ainda, o autor complementa que “Estamos enmarcados por lo que percibimos como compromisos universalmente válidos (ser católico o anarquista, en mi ejemplo anterior) y también por lo que consideramos como identificaciones particulares (ser armenio o quebequés). Frecuentemente definimos nuestra identidad solamente por uno de éstos, bien porque parece el más sobresaliente en nuestras vidas o porque es el que se pone en entredicho. Pero el hecho es que nuestra identidad es más profunda u multilateral que cualquier posible articulación que hagamos de ella”. TAYLOR, Charles. **Fuentes del yo: La construcción de la identidad moderna.** Barcelona: Paidós, 1996. Tradução de Ana

Ato contínuo, a identidade de gênero é a forma como o sujeito se sente, de acordo com a sua autoafirmação, englobando a forma como se comporta, veste-se, deseja e agrega valores à sociedade em geral. Trata-se do momento em que o ser humano se pergunta: “*afinal, quem verdadeiramente sou?*”, após desenvolver a sua personalidade. Essa pergunta se situa no campo do gênero, isto é, com qual gênero o sujeito genuinamente se identifica. É um momento de questionamento e que coloca em causa o modelo binário existente na sociedade. É a possibilidade de contrariar aquilo que já está pré-fixado pela sociedade, política, religião, moral e bons costumes. É a forma como o sujeito, a grosso modo, contraria e se dissocia do seu próprio e único sexo, vislumbrado no momento do seu nascimento.^{52 53}

Em outras palavras, trata-se da convicção psíquica do indivíduo de se enquadrar no universo masculino ou feminino, de ser homem ou ser mulher, embora tenha nascido com o sexo biológico antagônico. Assim, caminha em sentido contrário da rotulação médica e do tradicional discurso da sociedade em relação aos modelos binários de feminilidade e masculinidade.^{54 55} Quando esta convicção pessoal quanto ao gênero entra em conflito com

Lizón. p. 43-45. Para mais comentários a respeito do tema, reporta-se aos apontamentos de GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Op. cit.* p. 196-197.

⁵² Logo no Preâmbulo dos Princípios de Yogyakarta há a definição do que se entende por identidade de gênero, o que merece relevo, tendo em vista a importância da sua implementação. Quedou-se consignado que “la ‘identidad de género’ se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”. **Princípios de Yogyakarta**. 2006. Disponível em: <<http://www.yogyakartaprinciples.org/principles-sp/>>. Último acesso em: 14 de maio de 2017.

⁵³ A Doutora Milena Silva Rouxinol, em seus brilhantes apontamentos sobre a matéria, conceitua a identidade de gênero como “[...] à visão que a própria pessoa assume e pretende assumida também pela sociedade acerca do seu gênero, percepção que pode corresponder ou não ao sexo biológico de nascença. Na verdade, não é forçoso que o gênero com que a pessoa em causa se identifica e através do qual deseja exprimir-se socialmente equivalha ao masculino, ou ao feminino, bem podendo corresponder a uma combinação entre ambos ou, porventura, a nenhum. À identidade de gênero associa-se a expressão de gênero, a postura comportamental – o vestuário, forma de expressão, maneirismos – assumida por uma pessoa na interação social e determinada, pois, pela forma como ela pretende ser vista pelos sujeitos com quem se relaciona. Embora usualmente a expressão seja uma face da identidade de gênero, é concebível que uma pessoa tenha determinada percepção do seu gênero, internamente, mas exteriorize um padrão de comportamento não correspondente a esse sentimento”. ROUXINOL, Milena Silva. *Op. cit.* p. 191.

⁵⁴ PORCHAT, Patricia. *Op. cit.* p. 40.

⁵⁵ A doutrinadora Patrícia Porchat afirma que “o corpo sofreria um processo de materialização pelo discurso. O discurso produz tanto a materialidade do corpo como o gênero, mas a reiteração é necessária porque a materialização nunca é completa. Além disso, o corpo não aceita totalmente aquilo que lhe é imposto. O corpo repete as normas reguladoras de “sexo” e é na repetição que os fenômenos do corpo, do gênero e do sexo se instalam, mas é igualmente através dela que uma transformação pode ocorrer”. PORCHAT, Patrícia. *ibidem*. p. 96.

o sexo biológico do indivíduo, que no plano da vida se demonstram antagônicos e distintos do tradicional modelo binário, tem-se que o sujeito é transexual ou transgênero.⁵⁶

É forçoso ressaltar também que a discussão da identidade se reflete também no ramo do Direito. A partir da identidade do sujeito é que se concebe todo o conjunto normativo protetivo do ser humano. Pode-se concebê-lo como um bem jurídico da pessoa natural, porquanto representa a esfera íntima do indivíduo.^{57 58}

Em termos jurídicos, o direito à identidade de gênero, também conhecido como identidade sexual, sendo aquele utilizado pela maioria das Convenções e Resoluções Internacionais, bem como pela legislação interna de diversos países, consiste na efetivação dos direitos da universalidade, igualdade e não discriminação das pessoas transexuais e transgêneros, bem como na busca pela própria identidade e consciência no campo do gênero, independentemente do seu sexo biológico. Desta feita, tendo em vista a sua amplitude e importância, tratá-lo-emos na condição de direito humano.⁵⁹

Sendo assim, cabe ao Direito reconhecer a mutação havida na sociedade, com o objetivo de tutelar as pessoas que, após o desenvolvimento da sua personalidade, não se identificam com o gênero que lhe foi imposto no momento do nascimento. Essa tutela protetiva é necessária e emergente, porque o atual cenário, embora demonstre certa evolução na jurisprudência e na legislação, ainda é precário.

Insta esclarecer que, por questões de metodologia e por sua nítida prevalência na doutrina e legislação internacional e nacional, valemo-nos do termo “identidade de gênero” ao longo deste trabalho. De toda sorte, reconhecemos que a expressão “identidade sexual” é sinônimo daquele, não oferecendo qualquer prejuízo ao desenvolvimento do raciocínio,

⁵⁶ Dos ensinamentos do de Leandro Reinaldo da Cunha, extrai-se que “o transexual possui um psiquismo contrário ao do sexo físico que apresenta, com desejos vinculados aos de quem possui uma condição sexual distinta da que ele apresenta em seu fenótipo, ou então apresenta percepção e que a definição sexual que lhe é atribuída não corresponde com a realidade, não lhe sendo própria, vez que vítima de um erro da natureza”. CUNHA, Leandro Reinaldo. *Op. cit.* p. 31.

⁵⁷ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Op. cit.* p. 202.

⁵⁸ D'AGOSTINO, Francesco. A bioética, as biotecnologias e o problema da identidade da pessoa. In: **Bioética segundo o enfoque da filosofia do direito**. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2016. Tradução de Luisa Raboline. p. 190-191.

⁵⁹ Ao promover a dissociação entre sexo e identidade sexual, a Doutora Camilla de Jesus Mello Gonçalves afirma que “assim, compreendida a identidade não como valor projetável, anterior ao indivíduo, mas, sim, como fato consistente na existência concreta de alguém, baseado na sua realidade efetiva, autoriza-se uma definição da identidade sexual fora do marco estritamente biológico, prevalecendo nessa identificação, o aspecto aparente e relacional da pessoa, que se revela no curso do desenvolvimento da personalidade e não se prende às características adquiridas no momento do nascimento. Esse o contexto em que se insere o direito à identidade de gênero ou sexual, baseado na distinção conceitual entre sexo, como elemento biológico imutável, e gênero, resultante da interação do ser natural com seu meio social”. GONÇALVES. *Op. cit.* p. 205.

embora haja certa divergência na doutrina. Assim, o uso de ambas as expressões serve o mesmo caminho, que é a concretização do direito.⁶⁰

1.3. Os entornos da Transexualidade.

Realizadas as supra considerações a respeito da conceituação de sexo, gênero e identidade de gênero, resta-nos apresentar também os esclarecimentos terminológicos-conceituais que envolvem a transexualidade. Nesta altura, é importante sanar eventuais questões sobre a nomenclatura utilizada e a categoria de trabalhadores objeto desta Dissertação.

Importa reconhecer que a existência de pessoas transexuais e transgêneros não se trata de uma inovação, já que sempre subsistiram na história da raça humana. Houve, contudo, uma evolução nos estudos, porque inicialmente a pessoa transexual era tratada como detentora de um transtorno mental. Em 2018, a Organização Mundial de Saúde promoveu uma alteração, incluindo a transexualidade no domínio da “condição relativa à saúde sexual”. Porém, continua dentro do rol constante na CID-11.⁶¹

É importante destacar que há uma distinção, não pacífica na doutrina, entre as pessoas transexuais e transgêneros, porém se reconhece que ambas se encontram dentro de um conflito quanto ao gênero e à sexualidade.⁶² ⁶³ O transexual se reconhece, na autoconsciência, como pertencente ao gênero oposto e busca na cirurgia de redesignação

⁶⁰ O raciocínio é mesmo do apropriado pela Doutora Camila de Jesus Mello Gonçalves, que cuidadosamente conheceu da divergência havida na doutrina nacional e estrangeira, porém reconheceu que o uso de ambas as expressões não acarreta qualquer prejuízo ao trabalho. Parece-nos justo seguir o mesmo pensamento, porque, em termos jurídicos, o que está em causa é a efetivação e a promoção desse direito. GONÇALVES. *Op. cit.* p. 203.

⁶¹ Da leitura da tese de Doutorado de Alexandre Saadeh, Doutor em Psiquiatria pela Universidade de São Paulo, extrai-se que, até o século XIX, a homossexualidade e a transexualidade foram classificadas de forma bastante semelhante, porém em distintos graus de prejudicialidade psíquica da pessoa humana. Somente no século XX, com a publicação do médico judeu-alemão Magnus Hirschfeld, é que se passou a estudar minuciosamente as pessoas definidas como “travestis”, sendo um dos precursores da nomenclatura. O autor também relata que neste mesmo século que surgiram as primeiras resenhas a respeito da cirurgia de redesignação sexual. SAADEH, Alexandre. **Transtorno de identidade sexual: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino**. 2004. 266 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Ciências, Departamento de Psiquiatria da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Cap. 24. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-09082005-115642/pt-br.php>>. Acesso em: 10 fev. 2018. P. 20-42.

⁶² GONÇALVES, *Op. cit.* p. 55.

⁶³ VEIGA JR., Hélio. *Op. cit.* P. 20.

sexual uma forma de autoafirmação pessoal. Naturalmente o indivíduo pensa, no seu íntimo, que há algum problema ou um erro com a sua sexualidade e por isso se sente distante da sociedade. Pode-se afirmar que a cirurgia de alteração do sexo tem como objetivo oferecer um sexo à pessoa transexual, que estará, a partir de então, em consonância com o seu verdadeiro gênero. Assim, são aquelas pessoas submetidas a procedimentos legais, psicológicos e médicos para a realização da cirurgia de redesignação sexual (alteração do sexo), o que na prática acaba se concretizando.^{64 65 66 67 68}

Essa reflexão pode parecer um pouco confusa, porque nos leva a concluir que, a princípio, há um erro ou uma perturbação com relação ao sexo e gênero e que por isso se busca a cirurgia de alteração do sexo para a adequação ao que exige a sociedade, isto é, um mundo formado por homens/masculino e mulheres/feminino. Em outras palavras, a pessoa transexual é considerada, inicialmente, distinta do modelo binário, porém procura na cirurgia de transgenitalização uma forma de se sentir incluída neste mesmo padrão. Todavia, importa destacar que não se trata de mera perturbação e tampouco um drama ou fraqueza e, sim, um pânico de pertencer a um gênero e a um corpo anatômico com os quais não se identifica, que leva ao desejo da realização de uma cirurgia, a qual é bastante agressiva ao ser humano.^{69 70}

⁶⁴ MILLOT, Catherine. **Extrasexo**: ensaio sobre o transexualismo. São Paulo: Escuta, 1992. p. 36.

⁶⁵ Sobre a definição civilista da transexualidade, ver DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, volume 4. 1998. P. 604.

⁶⁶ VEIGA JR., Hélio. *Op cit.* p. 20.

⁶⁷ Também sobre a matéria, Tuanny Soeiro Sousa entende que “normalmente acredita-se que o sujeito transexual é aquele que, tendo nascido com determinado sexo, sente-se como sendo do gênero oposto, de tal forma que crê ter nascido no corpo errado. Nesse caso, a cirurgia de transgenitalização é desejada para adequação do “corpo” à “mente” e, portanto, para a correção de um “erro da natureza”. Não é difícil que os próprios sujeitos transexuais se enxerguem dessa maneira, mas essa percepção está diretamente ligada à ideia de que existe um “sexo verdadeiro” que determina naturalmente um gênero conforme”. SOUSA, Tuanny Soeiro. **O nome que eu (não) sou**: retificação de nome e sexo de pessoas transexuais e travestis no registro civil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. P. 85.

⁶⁸ Ainda, a Doutora Aracy Klabin compreende que “O transexual é um indivíduo anatomicamente de um sexo, que acredita firmemente pertencer a outro sexo. Esta crença é tão forte que o faz obcecado pelo desejo de ter o corpo alterado, a fim de ajustar-se ao “verdadeiro” sexo, isto é, ao seu sexo psicológico”. KLABIN, Aracy. Aspectos Jurídicos do transexualismo. *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 90, 1995. P. 203. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67295/69905>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

⁶⁹ Conforme observado por Antônio Chaves, essa dissonância entre corpo e gênero, que revela uma não aceitação, pode levar a pessoa transexual ao suicídio e até mesmo à automutilação de partes do corpo, como os órgãos genitais. CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. São Paulo: Editora RT, 1994. P. 140.

⁷⁰ A realização da cirurgia de alteração do sexo inevitavelmente poderá gerar certo arrependimento ou frustração para o paciente, sobretudo quando não se enquadra integralmente na qualidade de transexual. Nesta esteira, sustenta Simona Argentieri que “um argumento que escuto frequentemente em apoio à cirurgia de mudança de sexo é que esses pacientes, de qualquer modo, são irremovíveis e têm grande risco de suicídio e de colapso psicótico: ainda que destrutiva, a cirurgia pode ser assim o risco menor. Porém, a partir da minha experiência limitada, tenho observado que a necessidade não se apazigua. A princípio, o sofrimento se ameniza, contudo, quando depois de anos de tortura física, sofrimento psicológico e sacrifícios financeiros percebe que

Dentro da transexualidade, verifica-se na melhor doutrina uma subdivisão composta entre transexualidade primária e secundária. O primeiro corresponde à pessoa que deseja a alteração do sexo para promover a readequação do seu gênero. O segundo, também classificado como transexual não-verdadeiro, está relacionado ao indivíduo que não pretende realizar aquela cirurgia, porém detém parcialmente ou totalmente identificação com o gênero oposto. Assim, a melhor doutrina tem entendido que há certa transitoriedade e intermitência no transexual secundário, assemelhando-se com o caso dos travestis e transgêneros.^{71 72 73 74}

Vislumbra-se, pois, que as pessoas transgêneros não necessariamente são submetidos ao procedimento cirúrgico, bastando a identificação com o gênero oposto, seja de maneira estável ou não. No seu íntimo, não veem na cirurgia de alteração de sexo uma forma de materialização da sua consciência.^{75 76}

Também não se deve confundir as expressões “*transexualidade*” e “*transexualismo*”, apesar de muitas vezes serem utilizados como sinônimos pela doutrina e jurisprudência, visto que este, por conter o sufixo “*ismo*”, conota a ideia da existência de uma doença. A classificação do termo como doença deve ser rechaçada, assim como já ocorreu com relação ao termo “*homossexualismo*”.^{77 78 79}

a “reconstrução” ou, melhor, a “reatribuição” é impossível e que a destruição é irreversível, eles ficam então consumidos por raiva, desespero, ansiedade e, acima de tudo, por ressentimento pela decepção que sofreram”. ARGENTIERI, Simona. Travestimos, transexualismo, transgêneros: identificação e imitação. In **Jornal de Psicanálise**, São Paulo, v.42, n.77, 2009. p. 179. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-58352009000200012>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁷¹ SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo**. Aspectos médico-legais. São Paulo: Editora RT, 1993. P. 109.

⁷² GONÇALVES. *Op. cit.* p. 69-70.

⁷³ VEIGA JR., Hélio. *Op. cit.* p. 20.

⁷⁴ PERES, Wilian Siqueira apud GONÇALVES. *Ibidem.* p. 70.

⁷⁵ MORENO, Yolanda B. Bustos apud GONÇALVES. *Ibidem.* p. 71.

⁷⁶ A Doutora Camila de Jesus Mello Gonçalves, ao aludir os ensinamentos do Dr. Wilian Siqueira Peres, Psicólogo e Professor da UNESP (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho), destaca que “a principal distinção entre travestis e transexuais consiste na demanda pela cirurgia de mudança de sexo e de identidade civil, que somente aparece nos transexuais, já que a aplicação de silicone e a ingestão de hormônios é comum a ambos. Já os transgêneros caracterizam-se esteticamente por orientação do gênero oposto, mas não se mantêm estáveis nessa caracterização, compondo o grupo dos drag queens e transformistas”. PERES, Wilian Siqueira apud GONÇALVES. *Ibidem.* p. 70.

⁷⁷ Apesar de o presente estudo não adotar a expressão “Transexualismo”, por entender que refoge dos seus objetivos e finalidades, é forçoso reconhecer que está presente na Classificação Internacional das Doenças. SAÚDE, organização Mundial de. **International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision (ICD-10)**. 2016. Disponível em: <<http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en#/F64.0>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

⁷⁸ WILLYS, Jean. **Tempo Bom, Tempo Ruim: identidades, políticas e afetos**. São Paulo, 2014. Editora Editora Paralela. Pág. 76.

⁷⁹ Sobre o tema, a Doutora Milena Silva Rouxinol assevera que “Tem-se assinalado, recentemente, a tendência para a despatologização institucional – desde logo, mas não apenas, no âmbito da Organização Mundial de

Cabe salientar que a patologização da transexualidade produz impactos práticos e jurídicos das pessoas que se identificam com o gênero oposto, inclusive no domínio laboral, como é o caso da servidora federal Bruna Gurgel Batista, mulher transexual (nome de batismo Jhonison Gurgel Batista). No momento, sofre processo administrativo de reforma compulsória em virtude da emissão de laudo que atestou a sua incapacidade definitiva para o regular exercício do Serviço Ativo da Marinha, de competência da União Federal. A trabalhadora foi afastada do posto de trabalho em razão do diagnóstico de “*transexualismo*”, procedido pelo Centro de Perícias Médicas da Marinha. Diante disso, ajuizou Ação Ordinária com pedido de Antecipação da Tutela, autuado sobre o número 0210689-57.2017.4.02.5101, em trâmite na 27ª Vara Federal do Rio de Janeiro (TRF da 2ª Região), para sobrestar o procedimento administrativo que objetiva a sua reforma compulsória.⁸⁰

O julgar o pedido liminar formulado pela autora, o Exmo. Juiz Federal Frederico Montedonio Rego entendeu, com absoluta razão, que “*a transexualidade não determina, por si só, a incapacidade laborativa, nem “incompatibilidade funcional com sua condição de militar da ativa da Marinha do Brasil”*”. Além disso, fundamentou que o procedimento realizado pela Marinha do Brasil significaria que os transexuais não podem laborar no serviço militar, o que “*violaria frontalmente o art. 3º, IV, da Constituição, que prevê como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”*”.⁸¹

A transexualidade, nomenclatura mais correta e utilizada ao longo deste estudo, transcende a esfera da mera sexualidade e anatomia humana, caracterizando-se como um conflito entre a identidade e as normas de gênero, refugindo da concepção tradicional sobre

Saúde, com o apoio da União Europeia – da transexualidade¹⁷, o que, para lá da repercussão que pode produzir no domínio do acesso a tratamentos, invasivos ou não, de redefinição sexual, pode assumir um importante impacto social. Com efeito, a compreensão da transexualidade como uma doença é apta a produzir um perverso efeito estigmatizante. Tal recompreensão da transexualidade não deve, no entanto, conduzir à conclusão de se trata de uma escolha superficial, circunstancial e contingente, que o sujeito em causa possa e deva abster-se de assumir, não sendo legítimo aspirar a qualquer proteção contra diferenciações que não ocorreriam se a opção comportamental fosse distinta. Está em causa um comportamento inequivocamente reconduzível aos concebidos como opções fundamentais, verdadeiro prolongamento da essência da personalidade humana e, por conseguinte, inextrincável da liberdade de desenvolvimento dessa personalidade e, em última análise, da dignidade pessoal”. ROUXINOL, Milena Silva. *Op. cit.* p. 193.

⁸⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Processo nº 0210689-57.2017.4.02.5101. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em <<http://procweb.jfrj.jus.br/portal/login.asp?CW=S>>. Acesso em 10 de junho de 2018, mediante assinatura digital.

⁸¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Decisão de 13 de dezembro de 2017. *Op. cit.* p. 344-350.

sexo e gênero.^{82 83}

Neste estudo, o enfoque principal será em torno dos trabalhadores considerados transexuais e transgêneros, em virtude da identificação com o gênero oposto, seja de forma estável ou intermitente, valendo-se dos termos “mulher transexual” e “mulher transgênero”, sendo aquela que nasce com o órgão genital masculino, mas se identifica com o gênero feminino, e “homem transexual” e “homem transgênero”, o qual nasce com o órgão genital feminino, mas se identifica com o gênero masculino.

Esta delimitação é importante principalmente no momento de profunda análise da jurisprudência nacional e internacional, que revela a existência de discriminação direta e indireta em desfavor das pessoas transexuais e transgêneros. A título de elucidação, há casos em que a discriminação ocorreu após a realização da cirurgia de alteração de sexo e também há situações em que a pessoa transgênero sofreu supressão dos seus direitos após manifestar a identificação com o gênero oposto ao seu sexo biológico. Desta forma, ambas as conjunturas merecem relevância nesse trabalho.

2. INVESTIGAÇÕES SOBRE O CENÁRIO DISCRIMINATÓRIO.

Sumariamente, cabe salientar que a identidade de gênero, assim como a orientação sexual, representa um fator decisivo para a procura e oferta de empregos, justamente por fugir do estereotipo padrão pré-estabelecido. Em certo grau, pode se tornar um fator impeditivo para a contratação dos trabalhadores transexuais e transgêneros.⁸⁴

Outrora, quando admitidos, podem se sentir compelidos a abandonar o estilo de vida ou a ocultar a sua verdadeira identidade, sob pena de represálias. Neste caso, o medo pode

⁸² Conforme destacado por Berenice Bento, Pós-Doutora em Sociologia pela City University of New York/EUA, “*a transexualidade é uma experiência identitária caracterizada pelo conflito com as normas de gênero*”, transcendendo a esfera da mera sexualidade e do corpo humano. BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2008. p. 18.

⁸³ A mesma autora, para corroborar o seu raciocínio, faz alusão ao pensamento de Foucault para repulsar a ideia direta relação de comportamento ao sexo e gênero aos órgãos genitais masculinos e femininos.. Em crítica a respeito desta tradicional interligação realizada entre sexo e gênero, Michel Foucault afirma que “vincular comportamento ao sexo, gênero à genitália, definindo o feminismo pela presença da vagina e o masculino pelo pênis, remonta ao século XIX, quando o sexo passou a conter a verdade última de nós mesmos”. FOCAULT *apud* BENTO, Berenice Alves de Melo. *Ibidem*. p. 17.

⁸⁴ PEREIRO, Jaime Cabeza; AROCHENA, José Fernando Lousada. **El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral**. Albacete: Editorial Bomarzo, 2014. p. 18.

ser materializado pela insegurança de não obter um emprego ou, caso haja a vigência de um contrato de trabalho, de mantê-lo e obter benefícios. Em razão da segregação social, a orientação sexual e a identidade de gênero também podem influir na escolha do cargo e na candidatura de certas ofertas de emprego, que supostamente estejam em consonância com a esfera LGBT.⁸⁵ De qualquer sorte, ocultando ou não a sua identidade, deve-se reconhecer que os trabalhadores transexuais e transgêneros são alvos de intensos atos discriminatórios, seja de forma direta ou indireta.⁸⁶

Por isso, a demonstração do cenário discriminatório é de extrema relevância para justificar a necessidade de proteção não só dos trabalhadores transexuais, mas de toda a comunidade LGBT no mercado de trabalho. Os dados lançados a seguir, obtidos por meio de investigações realizadas em diversos países, demonstram a gravidade da atual conjuntura, revelando a necessária tutela do Direito.

A empresa brasileira de consultoria e engajamento denominada de “*Santo Caos*”⁸⁷ realizou, em 2015, um estudo, denominado de “*Demitindo Preconceitos: Por que as empresas precisam sair do armário*”, noticiado por importantes jornais no âmbito nacional.⁸⁸

⁸⁵ Ao tratar das condicionantes sociais que envolvem a temática, os Doutores Jaime Cabeza Pereiro e José Fernando Lousada Arochena ressaltam que “En la mayoría de los casos, en términos muy negativos, lo cual se traduce en unas reticencias fuertes a mostrar la orientación sexual, pues el medio ambiente laboral no invita a abandonar el *closet*, sobre todo durante los procesos de selección para un puesto de trabajo. En estos momentos, las estrategias para ocultar la orientación sexual se diversifican y se multiplican. Los porcentajes de personas que han tenido que ocultar su orientación sexual para mantener su empleo en ciertos países son realmente abrumadores. Y, por supuesto, este ocultamiento es fuente importante de marginalidad social. Aunque debe reconocerse que la situación y los problemas varían entre unos sectores y otros, hasta un punto de que la orientación sexual y la identidad sexual constituyen una circunstancia decisiva a la hora de elegir ocupación, No cabe duda de que hay ámbitos laborales especialmente favorables a estos colectivos, en los que el desarrollo de carreras profesionales resulta más factible”. PEREIRO, Jaime Cabeza; AROCHENA, José Fernando Lousada. *Op. cit.* p. 18.

⁸⁶ Os referidos autores complementam que “[...] Si impera la ley del silencio, parece obvio que se acrecientan las dificultades para poder acceder a los mecanismos de prueba oportunos. No se trata solo de la orientación sexual de la persona que alega ser objeto de una discriminación, sino la del colectivo de personas que, hipotéticamente, podrían haberla padecido o que podrían servir como terceros de comparación”. PEREIRO, Jaime Cabeza; AROCHENA, José Fernando Lousada. *Idem*.

⁸⁷ Pesquisa recebida exclusivamente por e-mail em 09 de janeiro de 2017 após o preenchimento de formulário de solicitação. CAOS, Santo. **Apresentação detalhada do estudo Demitindo Preconceitos**. [mensagem pessoal] Mensagem recebida por: <murilocomerio@hotmail.com> em: 09 jan. 2017.

⁸⁸ **40% DOS PROFISSIONAIS LGBT JÁ SOFRERAM DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO, DIZ ESTUDO**. São Paulo, 09 abr. 2015. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/carreira/40-dos-profissionais-lgbt-ja-sofreram-discriminacao-no-trabalho-diz-estudo/>>. Acesso em: 15 fev. 2018. **40% DOS PROFISSIONAIS LGTBTS JÁ SOFRERAM DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO: 61% têm medo de escolher companhia que não aceite sua orientação. 47% revelam a orientação, sendo 32% para o chefe e 2% para o RH**. São Paulo, 28 abr. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2015/04/40-dos-profissionais-lgbts-ja-sofreram-discriminacao-no-trabalho.html>>. Acesso em: 15 fev. 2018. **EMPRESAS 'ABRAÇAM' A CAUSA LGBT; ATÉ QUE PONTO ESSE ENVOLVIMENTO É REAL?: Dados mostram que o ambiente corporativo ainda não está totalmente aberto ao público LGBT, e grupos se formam para dar voz à causa**. São Paulo, 24 jun. 2017. Disponível

Utilizou como metodologia a entrevista de 230 indivíduos, sendo eles ativistas, especialistas, Recursos Humanos e profissionais LGBT. O trabalho foi concretizado no âmbito de 14 Estados pertencentes ao Brasil e levou em consideração também o sexo e o gênero com o qual se identifica o entrevistado, a escolaridade, a renda individual mensal e o porte e postura da empresa.

Dentre os entrevistados, 51% são do sexo masculino e 49% do sexo feminino. Em termos de identidade de gênero, 40% se identificam com o gênero feminino, 48% com o sexo masculino e 3% não se identificam com nenhum dos sexos. No tocante à sexualidade, 73% se declararam homossexuais, 21% bissexuais e 5.5% afirmaram possuir outro tipo de sexualidade.⁸⁹

Quanto às características das empresas avaliadas, a investigação foi realizada em seus diversos graus, desde a microempresa a empresas de médio e grande porte, sendo que 52% dos entrevistados declarou que, no geral, aquelas mantêm boa conduta quando o assunto é a diversidade sexual.⁹⁰

A primeira e pertinente pergunta realizada pelos investigadores foi no sentido de questionar o comportamento das empresas perante a problemática. Na oportunidade, questionou-se “*Por que as empresas não saem do armário? De quem é a “culpa”?*”.⁹¹ Este é um questionamento que revela um dos protagonistas do cenário discriminatório, que é a omissão das empresas em elaborar medidas protetivas para os seus empregados e criar regras de combate à discriminação no momento da oferta de emprego e entrevista dos candidatos selecionados.

É forçoso considerar que essa omissão se torna um verdadeiro ato comissivo, a partir do momento em que, diante da conduta discriminatória dos seus funcionários ou superiores hierárquicos, a empresa não toma nenhuma medida punitiva, pedagógica e tampouco busca alternativas para inserir socialmente a pessoa LGBT no ambiente de trabalho.

Como primeiro resultado obtido, constatou-se que um em cada quatro entrevistados acredita que a carreira profissional é escolhida em virtude da orientação sexual. Reconheceu-se que há alguma predisposição do público LGBT ao exercício de funções relacionadas ao ramo de estética, como é o caso dos salões de beleza. Verificou-se também um certo temor

em: <<http://emails.estadao.com.br/noticias/comportamento,discussao-sobre-diversidade-de-genero-nas-empresas-e-restrita-mas-positiva,70001858466>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

⁸⁹ CAOS, Santo. *Op cit.* p. 19.

⁹⁰ CAOS, Santo. *Ibidem.* p. 20.

⁹¹ CAOS, Santo. *Ibidem.* p. 09.

ao discorrer acerca de profissões consideradas mais tradicionais como, por exemplo, o Direito e a Engenharia, dentre as quais comumente os profissionais costumam não assumir a sua sexualidade no ambiente de trabalho.⁹²

No ambiente de trabalho, somente 47% declaram a sua sexualidade, sendo 90% para colegas de trabalho do mesmo nível hierárquico. Somente 32% a revelam para superiores hierárquicos e se observou certo receio em expressá-la para gestores de Recursos Humanos (2%). Os principais motivos para não declarar a sexualidade no ambiente de trabalho são a falta de intimidade, o medo de discriminação, a demissão ou dúvida sobre a capacidade profissional e ausência de necessidade de expor a vida pessoal.⁹³

No que diz respeito à discriminação por orientação sexual no ambiente laboral, 40% responderam de forma positiva, indicando, como principais fundamentos, piadas sem consentimento por superiores hierárquicos e colegas de trabalho, colegas evitavam contato, fofocas, assédio moral e exposição seguida do pedido de demissão.⁹⁴

Sob a ótica das empresas, a pesquisa revelou que 38% das empresas têm resistência para contratar trabalhadores homossexuais e 54% acreditam que a discriminação seja recorrente no ambiente laboral. Dentro dessa perspectiva, 60% das pessoas jurídicas avaliadas não estabelecem medidas protetivas e educativas em favor dos trabalhadores LGBT, com o intuito de combater a discriminação laboral, ao passo que 30% declararam que o tema é tratado internamente. Vale sublinhar que somente 10% afirmaram promover ações efetivas.^{95 96}

Com relação às pessoas transexuais, averiguou-se que 90% das travestis e transexuais no Brasil estão na prostituição.⁹⁷ Este número espanta e demonstra de maneira cabal como

⁹² CAOS, Santo. *Op. cit.* p. 24-25.

⁹³ CAOS, Santo. *Ibidem.* p. 28.

⁹⁴ CAOS, Santo. *Ibidem.* p. 29.

⁹⁵ CAOS, Santo. *Ibidem.* p. 33.

⁹⁶ A ausência do combate à discriminação, por parte das empresas brasileiras, é corroborada pelos dados lançados pela “Diversity”, responsável por publicar um ranking com as cinquenta empresas que mais colaboram em termos de proteção aos trabalhadores LGBT. Dentro desta lista não há empresas brasileiras. DIVERSITY. **The 2018 Diversityinc Top 50 Companies For Diversity**. 2018. Disponível em: <https://www.diversityinc.com/st/DI_Top_50>. Acesso em: 20 fev. 2018.

⁹⁷ Esta alarmante informação também foi publicada pelos maiores jornais nacionais. GONÇALVES, Joelma. 90% dos transexuais estão fora do mercado formal de trabalho em Sergipe: Falta de apoio familiar, pouco estudo e preconceito prejudicam o alcance de uma qualificação', diz especialista.. **G1. Sergipe**. 05 maio 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/90-dos-transexuais-estao-fora-do-mercado-formal-de-trabalho-em-sergipe.ghtml>>. Acesso em: 20 fev. 2018. LAPA, Nádia. O preconceito contra transexuais no mercado de trabalho. **Carta Capital**. São Paulo, p. 1-1. 31 out. 2013. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-pra-que/o-preconceito-contra-transexuais-no-mercado-de-trabalho-2970.html>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

o mercado de trabalho brasileiro está fechado e restrito para pessoas transexuais, os quais não veem outra alternativa que não seja a prostituição para manter a sua sobrevivência.

A pesquisa demonstrou que mesmo candidatos transexuais com boas qualificações nos currículos são descartados no momento da entrevista de emprego tão somente por se identificarem com o gênero oposto ao seu sexo biológico. Esse problema é amenizado quando o transexual utiliza o nome social como mecanismo de identificação.^{98 99}

Insta esclarecer que o nome social se trata de um instituto estabelecido pelo Decreto 8.727/2016, publicado no Brasil, que concede à pessoa transexual e travesti o direito de se identificar socialmente com um nome compatível com o gênero verdadeiramente identificado, diferentemente daquele constante no registro civil. Assim, uma pessoa que nasce com o sexo masculino poderá se valer de um nome social compatível com o sexo feminino caso se verifique a identidade de gênero.¹⁰⁰

No Brasil, os números são alarmantes e demonstram os obstáculos enfrentados por toda a comunidade LGBT em relação ao mercado de trabalho, iniciando-se o cenário discriminatório desde a entrevista de emprego, já que muitas empresas impõem obstáculos para a sua contratação e não se preparam para tanto. Além disso, mesmo quando figuram como parte de um Contrato de Trabalho, são vítimas recorrentes de assédio moral por parte de colegas de trabalho e superiores hierárquicos, tendo como implicação, muitas vezes, o pedido de demissão.

É possível compreender que as sequelas são destrutivas, gerando estresse emocional e medo para as vítimas dos abusos, as quais se veem em um cenário de discriminação e incerteza com relação ao trabalho. Com o objetivo de evitar esta conjuntura, muitas delas, por opção, resolvem não expor a sua vida pessoal, mantendo, assim, uma vida paralela.

⁹⁸ CAOS, Santo. *Op. cit.* p. 35.

⁹⁹ O problema de identificação do trabalhador no currículo profissional persegue as pessoas transexuais e também os intersexuais, justamente em virtude da incompatibilidade entre a aparência do candidato e o sexo constante nos seus documentos pessoais. Essa questão poderá acarretar sérios problemas para os candidatos ao emprego ofertado, porquanto a autenticidade das informações prestadas no seu currículo vitae, nomeadamente a sua qualificação profissional, poderá ser colocada em dúvida. A situação pode ser agravada no caso dos trabalhadores imigrantes, cuja documentação representará uma barreira para a regularização da sua situação no país de destino. PEREIRO, Jaime Cabeza; AROCHENA, José Fernando Lousada. *Op. cit.* p. 20.

¹⁰⁰ O Decreto 8.727/2016 conceitua o nome social no art. 10º, parágrafo único, inciso I, nos seguintes termos, *in verbis*: “nome social - designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida”. BRASIL. Decreto nº 8727, de 28 de abril de 2016. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da União, DF, 28 abr. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm>. Acesso em: 21 fev. 2018.

O panorama se torna ainda mais grave quando se analisa o problema sob o prisma empresarial, visto que há restrições para a contratação de pessoas em razão da sua orientação sexual. Além disso, muitas empresas não têm conhecimento sobre a problemática no seu próprio ambiente de trabalho, o que as impede de realizar e pôr em prática ações afirmativas e não discriminatórias em favor dos seus trabalhadores.

Em sentido semelhante ao exposto, vislumbrou-se nos Estados Unidos, por meio do relatório denominado de “*Injustice at Every Turn A Report of the National Transgender Discrimination Survey*”, patrocinado pela “*The National Gay and Lesbian Task Force*” e “*The National Centre for Transgender Equality*”, 90% dos entrevistados relataram ter sofrido assédio no local de trabalho e 47% tiveram alguma experiência adversa no emprego, como a demissão, dentre os quais 26%, ou perda de uma promoção por ser transexual ou transgênero.^{101 102 103}

Como forma de autoproteção, 71% ocultaram a identidade de gênero e 57% retardaram a transição do gênero.¹⁰⁴ Porém, 78% relataram que se sentiram mais confortáveis e confiantes no emprego após a concretização da alteração do gênero.¹⁰⁵

Com relação ao uso de vestiários no local de trabalho, a pesquisa demonstrou que 86% dos entrevistados afirmaram ter o utilizando o banheiro que estava em consonância com o seu gênero e não o sexo biológico, ao passo que 14% tiveram o acesso negado.¹⁰⁶

No âmbito Europeu, a intensidade do problema é equivalente, consoante se verifica nas pesquisas mencionadas pela Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia no relatório denominado de “*Homofobia e Discriminação em razão da orientação sexual e da identidade de gênero nos Estados-Membros da UE*”, publicado em 2009. Vislumbra-se a

¹⁰¹ GRANT, Jaime M.; MOTTET, Lisa A.; TANIS, Justin. **Injustice at every turn: a report of the national transgender discrimination survey**, The National Gay and Lesbian Task Force e The National Centre for Transgender Equality, 2011. Disponível em http://www.thetaskforce.org/static_html/downloads/reports/reports/ntds_full.pdf. Acesso em 26 de fevereiro de 2018. p. 51.

¹⁰² Esses números são agravados em razão da raça, ou seja, caso o transexual ou transgênero seja negro, latino, índio americano e multirraciais. *Idem*.

¹⁰³ Com relação aos transexuais que perderam o emprego, a investigação aduziu que se relacionaram em maior grau com trabalhos clandestinos e tinham maior dificuldade em termos de saúde e moradia. Consoante o estudo, “People who had lost a job due to bias or were currently unemployed reported much higher involvement in underground employment such as sex work or drug sales, had much higher levels of incarceration and homelessness, and negative health outcomes”. *Idem*.

¹⁰⁴ Em relação à ocultação da identidade de gênero, a pesquisa certificou que 37% dos entrevistados afirmou que alguns colegas de trabalho tinham conhecimento e 28% disseram que ninguém sabia. GRANT, Jaime M.; MOTTET, Lisa A.; TANIS, Justin. *Ibidem*. p. 52.

¹⁰⁵ GRANT, Jaime M.; MOTTET, Lisa A.; TANIS, Justin. *Ibidem*. p. 51.

¹⁰⁶ *Idem*.

invisibilidade do público LGBT no mercado de trabalho, que constantemente é vítima de atos discriminatórios em todas as esferas.¹⁰⁷

A pesquisa denominada de “*Going Beyond the Law: promoting equity in employment*”, produzida pela *ILGA-Europe*¹⁰⁸ em 2006, revelou que os trabalhadores LGBT não se sentem integralmente confortáveis para debater ou expor a sua sexualidade no posto de trabalho. Considerou-se que a orientação sexual, embora possa ser ocultada pelo trabalhador, já que não necessariamente é explícita para os colegas de trabalho e empregador, ainda é um tabu a ser enfrentado, justamente por não haver uma discussão aberta e ampla sobre o tema.¹⁰⁹

A referida investigação apresentou que na França, em 2006, 42% dos entrevistados não declaram a sua orientação sexual no ambiente de trabalho e 66% expuseram o seu desejo de não a manifestar por medo de represálias.¹¹⁰

Um dos caminhos a ser percorrido é tratar a orientação sexual do trabalhador como algo natural e que não influencia nas suas qualificações profissionais. Somente a promulgação de leis não são suficientes para combater a discriminação, sendo imprescindível também que a questão seja tratada de forma natural e que o padrão heterossexual inserido nos postos de trabalho, salvo exceções, seja rechaçado.¹¹¹

O medo que acomete os trabalhadores, sobretudo em expor a sua vida social, dificulta o convívio entre os colegas de trabalho e superiores hierárquicos e pode comprometer o regular exercício das suas atividades laborais. Vale ressaltar que esse medo é algo mais amplo e profundo, na medida em que trabalhadores LGBT preferem ocultar informações da sua vida pessoal ou até mesmo seguem o caminho da mentira e da invenção de histórias como forma de esconder a verdade. Consequentemente, essa conjuntura leva os trabalhadores LGBT a manter uma vida dupla, ocultando-a no posto de trabalho em virtude

¹⁰⁷ EUROPEIA, Agência de Direitos Fundamentais da União. **Homofobia e Discriminação em razão da Orientação Sexual e da Identidade de Género nos Estados-Membros da UE: Parte II: A Situação Social**. Viena, 2009. 174 p. Disponível em: <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-hdgso-report-part2_pt.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2017.

¹⁰⁸ Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo para a Região Europeia. (Tradução de nossa responsabilidade).

¹⁰⁹ Indo além da lei: promovendo a igualdade no emprego (tradução de nossa responsabilidade). QUINN, Sheila; PARADIS, Evelyne. **Going Beyond the Law: promoting equality in employment**. Bruxelas: Ilga Europe, 2007. Disponível em: <http://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/going_beyond_the_law_2nd_edition.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2017. P. 25-26.

¹¹⁰ *Idem*.

¹¹¹ *Idem*.

dos temores de perder o emprego ou não obter os benefícios concedidos pelo empregador, como é o caso de promoções na função. Essa aflição psicológica desgasta o trabalhador fisicamente e mentalmente, prejudicando o desempenho das suas atribuições.¹¹²

É de fácil percepção que o local de trabalho corresponde a um ambiente compartilhado, formado por indivíduos de diversos cargos, setores e atividades laborais, que invariavelmente transportam consigo as questões pessoais, caso contrário seriam apenas robôs. As convicções pessoais de cada trabalhador podem sobrecarregar o ambiente com mensagens de ódio e preconceito, o que prejudica o equilíbrio que é desejado pelo Direito do Trabalho.¹¹³

Como é cediço, atualmente a sociedade debate pontos cruciais que envolvem a orientação sexual e a identidade de gênero. São temas relacionados ao casamento e adoção por casais homossexuais, a possibilidade de alteração do registro civil em relação às pessoas que realizaram a transição de gênero, a necessidade de promover a educação sobre o tema nas escolas, dentre outros. São matérias amplamente debatidas, sendo que cada cidadão naturalmente emite uma opinião a respeito, conforme as suas próprias convicções. Naturalmente essas questões também são levadas ao ambiente de trabalho.¹¹⁴

¹¹² A pesquisa demonstrou as diversas formas de preconceito no posto de trabalho e como isso interfere no aspecto psicológico do trabalhador LGBT. Para elucidar a questão, elencaram situações cotidianas em que um Gerente de uma empresa deva viver em um ambiente notadamente heterossexual ou um membro do exército, que é majoritariamente um ambiente masculino. Com isso, alguns postos de trabalho são estigmatizados e considerados como inapropriados para trabalhadores LGBT. Essa conclusão foi extraída com base em pesquisas elaboradas na Suécia, nos anos 2000, em que 37% dos funcionários declararam ter alguma resistência em conviver com empregados LGBT e 15% declararam que certas atividades laborais deveriam ser negadas a homossexuais. No mesmo sentido, na Letônia 45% da população entende que deveria ser proibida a contratação de trabalhadores LGBT em ambientes militares. QUINN, Sheila; PARADIS, Evelyne. *Op.cit.* p. 29.

¹¹³ Cabe salientar que o estudo aborda a questão da visão de realidade de cada trabalhador inserido no ambiente de trabalho, o que acaba por contaminá-lo por opiniões pessoais e preconceitos contra o público LGBT. Para tanto, os investigadores recorreram a pesquisas realizadas em Malta, Lituânia, Eslovênia e na Polônia, por meios das quais restou demonstrado o intenso cenário homofóbico no dia a dia dos cidadãos. Na oportunidade, argumentou-se que “As discussed above, the workplace has a significant social dimension to it. Rather than a sterile environment devoid of context, the workplace is inhabited by individuals. These individuals – be they colleagues, managers, employers or clients – bring their view of reality to work. Often, when it concerns LGB people, this view of reality is tainted by prejudice and ill-conceived notions of what it means to be lesbian, gay or bisexual. In a Maltese survey conducted in 1999 for instance, 40% of the population stated that they did not want to have homosexuals as neighbours.¹⁷ In Lithuania, 68% of those surveyed in 2001 responded similarly. In Slovenia, the Institute for Public Affairs conducted a public opinion poll in that same year, where respondents were asked whether they agreed with the following statement: “To be homosexual is immoral, it is an aberration worth of condemnation”. 18% agreed, 33.8% were unsure and 48.2% thought that homosexuals should be treated equally to other people.¹⁸ In a similar survey carried out by the Polish Centre for Public Opinion Polls (CBOS) in 2001, 88% of Polish respondents believed homosexuality to be unnatural, 41% thought it should not be tolerated and only 5% considered it normal.”. QUINN, Sheila; PARADIS, Evelyne. *Ibidem.* P. 28-29.

¹¹⁴ Em crítica ao pensamento homofóbico e a invisibilidade das pessoas LGBT perante a sociedade, Jaime Cabeza Pereiro e José Fernando Lousada Arochena destacam que “En particular, el debate de ciertos tópicos

Seguindo a discussão, verificou-se que, na Suécia, por meio de investigação realizada pelo Instituto Nacional da Vida Profissional (*Arbetslivsinstitutet*), 50% dos trabalhadores não revelam a sua sexualidade no posto de trabalho e 40% relataram algum medo de exporem a sua vida pessoal.¹¹⁵

Na Alemanha, também foi elaborada investigação científica, denominada de “*Out im Office! Sexuelle Identität, (Anti-)Diskriminierung und Diversity am Arbeitsplatz*”¹¹⁶, sendo que dentre os 2230 trabalhadores entrevistados, 52% também não manifestam a respeito da sua orientação sexual no posto de trabalho.¹¹⁷

Ainda de acordo com a pesquisa, o cenário é mais intenso com relação aos executivos, sendo que 65% dos entrevistados não debatem a respeito da sua sexualidade. Dentro da categoria de profissionais autônomos, 48% segue no mesmo sentido.¹¹⁸

socialmente sensibles, como el matrimonio entre personas del mismo sexo, refuerza los discursos homófobos entre amplias capas sociales. En una realidad en la que la orientación y la identidad sexual no son objeto de estudio en la escuela, tampoco en el ámbito geográfico de la Europa Occidental. Todas estas circunstancias producen una gran distancia entre los LGBTI y el resto de la sociedad, que hay que transitar para conseguir una situación más integradora”. PEREIRO, Jaime Cabeza; AROCHENA, José Fernando Lousada. *Op. cit.* p. 19.

¹¹⁵ ARBETSLIVSINSTITUTET *apud* EUROPEIA, Agência de Direitos Fundamentais da União. *Op. cit.* p. 69.

¹¹⁶ Fora do Escritório? Identidade Sexual, (Anti) Discriminação e Diversidade no Local de Trabalho (Tradução de nossa responsabilidade).

¹¹⁷ A investigação foi realizada em um cenário que 90% dos inquiridos considera o trabalho como algo muito importante em suas vidas. Além disso, seguindo os mesmos contornos da pesquisa anterior, 60% declarou que já sentiu necessidade de esconder a sua opção sexual no trabalho. Percebe-se que há certa frustração nos trabalhadores entrevistados, na medida em que um terço afirmou que gostariam que a discussão fosse mais aberta no posto de trabalho. Nos exatos termos da investigação, “Fast 90% der Befragten geben an, dass ihnen ihre Arbeit sehr wichtig sei. Gleichzeitig sagen fast 60% der Befragungsteilnehmer/innen, dass sie es schon einmal als notwendig empfunden hätten, am Arbeitsplatz ihre Homosexualität zu verschweigen. Nur ein Viertel der Lesben und Schwulen stimmt dem Item „Ich kenne Situationen am Arbeitsplatz, in denen ich Angst erlebt habe, als schwul/lesbisch erkannt zu werden.“ überhaupt nicht zu. Und dennoch ist mehr als ein Drittel der Befragten der Ansicht, dass sie „im Vergleich zum Zeitraum vor 10 Jahren heute offener mit ihrer sexuellen Orientierung am Arbeitsplatz umgehen“ könnten. Etwa 83% der Befragten fühlen sich mit ihrer sexuellen Orientierung an ihrem Arbeitsplatz eher (36%) bzw. voll und ganz (47%) wohl. [...] Besonders relevant erscheint es mir, zu betrachten, wie viele der Befragten die Antwortmöglichkeiten „Mit keiner/m“ bzw. „Mit wenigen“ wählten: Hier fällt auf, dass rund 52% der Befragten mit keiner/m Kollegen/in oder wenigen Kollegen/innen offen über ihre sexuelle Identität sprechen. Gegenüber den Führungskräften ist noch weniger Offenheit gegeben: 65% wählten „Mit keiner“ bzw. „Mit wenigen“. Von den Befragten, die selbst als Führungskraft tätig sind und demnach Mitarbeiter/innen haben, sprechen 48% mit keiner/m Mitarbeiter/in oder mit wenigen ihrer Mitarbeiter/innen über ihre sexuelle Identität. Mit allen Kollegen/innen sprechen hingegen fast 13% der Befragten, mit allen Führungskräften 15.2% der Befragten und mit allen ihren Mitarbeitern/innen sprechen 20.7% der Führungskräfte.” FROHN, Dominic. **Out im Office?! Sexuelle Identität, (Anti)Diskriminierung und Diversity am Arbeitsplatz.** 2007. Disponível em: <https://www.dominicfrohn.de/downloads/Out-im-Office_SNW_2007.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2018. p. 21.

¹¹⁸ Constatou-se, ainda, que a extensão da pessoa jurídica tem certa contribuição nos resultados obtidos. Os dados sugerem que as pequenas organizações são mais favoráveis para que os trabalhadores se sintam mais confortáveis quanto a sua orientação sexual, porém com restrições. Em sentido oposto, 56% dos trabalhadores que mantêm contrato de trabalho com empresas maiores, que empregam entre 50 e 1000 funcionários, não expõem a sua sexualidade. Nos termos da pesquisa, “Unternehmensgröße: Die Unternehmensgröße hat einen

Na Finlândia, apurou-se que a exposição da vida pessoal influencia na vida profissional, sendo comum a ocultação da sexualidade para não gerar a insegurança no emprego. Isto porque na Finlândia, com relação aos trabalhadores mais jovens, normalmente os contratos de trabalho são celebrados a termo. Assim, os entrevistados entendem que a exposição da sua sexualidade poderia colocar em risco a renovação do negócio jurídico.¹¹⁹

Importa acrescentar que o estudo avaliou os impactos que a discriminação por motivos de orientação sexual pode causar no trabalho. Cumpre repisar que o esgotamento profissional deriva de diversos fatores, como, por exemplo, o *bullying*, o assédio moral e sexual e também pela via discriminatória. Pressupõe-se que os trabalhadores LGBT, no geral, acabam vitimados pela exaustão no posto de trabalho.

Dentre os inquiridos pela investigação, 35% argumentaram que o isolamento social representou um verdadeiro obstáculo no emprego. Um segundo grande fator levantado é a respeito do colapso mental provocado, sentida por 35% dos entrevistados. Por outro lado, a violência física foi relatada por somente 1% dos inquiridos e 17% apresentou pouco temor quanto a isso.¹²⁰

Uma segunda investigação realizada também na Finlândia apresentou que normalmente os trabalhadores LGBT traçam uma estratégia para que a sua orientação sexual não seja descoberta, sendo que 50% dos entrevistados, de fato, escondia-a dos colegas de trabalho. A mesma porcentagem de inquiridos afirmou ter sofrido algum tipo de assédio no posto de trabalho, como piadas e expressões de baixo calão, sendo mais comum contra aqueles funcionários que não expuseram abertamente a sua sexualidade.¹²¹

Einfluss darauf, wie verschlossen oder eben offen die Mitarbeiter/innen mit ihrer sexuellen Identität am Arbeitsplatz umgehen. Die Daten sprechen dafür, dass die Befragten in kleinen Organisationen offener sind. Es fällt auf, dass 40% der Personen in Organisationen, die bis zu zehn bzw. zehn bis 50 Mitarbeiter/innen beschäftigen, verschlossen sind. Etwa 52% der Befragten in Unternehmen zwischen 50 und 1000 Beschäftigten sind als verschlossen zu bezeichnen und in Großunternehmen (d.h. über 1000 Mitarbeiter/innen) gehen sogar 56% der Befragten verschlossen mit ihrer sexuellen Identität um". FROHN, Dominic. *Op. cit.* p. 27.

¹¹⁹ LEHTONEN, Jukka; MUSTOLA, Kati. "**Straight people don't tell, do they...?**": Negotiating the boundaries of sexuality and gender at work. 2004. Elaborado pelo Ministério do Trabalho da Finlândia. Disponível em: <<http://www.felgtb.org/rs/3926/d112d6ad-54ec-438b-9358-4483f9e98868/b3c/fd/1/filename/lgtb-en-el-trabajo-finlandia-eng.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2018. p. 128.

¹²⁰ LEHTONEN, Jukka; MUSTOLA, Kati. *Ibidem.* p. 131-132.

¹²¹ A pesquisa foi produzida pelo por um projeto em favor da igualdade, na Finlândia, denominado de "Sexual and Gender Minorities at Work", no Departamento de Sociologia da Universidade de Helsinki, e publicado em março de 2009 pelo Instituto de Direitos Humanos Dinamarquês, no Relatório denominado de "The social situation concerning homophobia and discrimination on grounds of sexual orientation in Finland". Além dos dados obtidos, as conclusões da pesquisa são alarmantes, na medida em que a ocultação da sexualidade no posto de trabalho poderá prejudicar a saúde do trabalhador, sobretudo a ansiedade. Isso compromete o desempenho das suas funções, por causa do isolamento social e a retirada de licenças médicas. Conforme o conteúdo da investigação, "The study showed that half of the LGBT respondents hid their sexual orientation

Em termos gerais, a investigação conceituada como “*The Situation Of Lgbt Groups In The Labour Market In European Member States*”, explicou que as pessoas transexuais e transgêneros, no domínio Europeu, enfrentam questões específicas no que diz respeito à discriminação no emprego.¹²²

O problema surge desde o acesso ao trabalho, sendo que as pessoas transexuais e transgêneros demoram, em média, um período maior desde a procura do emprego até a sua efetiva contratação.¹²³ De acordo com a pesquisa, isso decorre do longo e difícil tempo para a integra transição de gênero. Além disso, são verificadas incongruências em seus currículos profissionais, como, por exemplo, mulher transexual que apresenta a conclusão em serviço militar de uma instituição notadamente masculina ou, ao contrário, um transexual masculino que tirou a licença maternidade. Essas observações criam obstáculos para a contratação.¹²⁴

De acordo com a pesquisa, um dos grandes empecilhos a serem enfrentados sobre o tema é a identificação do trabalhador, sendo que os candidatos transexuais e transgêneros precisam de uma forma de identificação, o que engloba os documentos pessoais e de seguridade social, que esteja conforme a sua aparência. Todavia, é um caminho difícil a ser percorrido, porque muitos países só admitem a alteração no registro civil após a realização da cirurgia de alteração de sexo.¹²⁵

or gender identity from all or most of their co-workers. Almost 50 per cent of all of lesbian, gay or bisexual employees in the sample had been subject to harassment (for example jokes about ‘trannies’ or ‘queers’) and the percentage was higher among those who concealed their sexual orientation than those who were open. Twelve per cent of lesbian, gay or bisexual employees had experienced bullying at work because of their sexual orientation. Evidence from the survey showed that the effects of hiding sexual orientation can cause anxiety and ill-health, which can lead to frequent sick leave and isolation from other members of the workplace”. RIGHTS, Danish Institute For Human. **The social situation concerning homophobia and discrimination on grounds of sexual orientation in Finland.** 2009. Disponível em: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/372-FRA-hdgo-part2-NR_FI.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2018. p. 6-7.

¹²² VAN BALEN, B. et. al. **The Situation of LGBT Groups in the Labour Market in European Member States.** Report of the Network of Socio-Economic Experts in the Field of Anti-Discrimination . 2011 VT-2008-007 ed. European Commission, DG Justice. 59 p. Disponível em <https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/ec_sen_synthesisreport2010parti_en_ext.pdf>. Acesso em 28 fev. 2018.

¹²³ A pesquisa noticiou que a dificuldade na contratação dos trabalhadores transexuais pode leva-los ao caminho do trabalho sexual, como é o caso da Grécia. VAN BALEN, B. et. al. *Ibidem*. P. 43.

¹²⁴ *Idem*.

¹²⁵ Conforme relatado no documento, “this leads to great difficulties for transgender people who, for instance, cannot be registered in job centres or get unemployment benefits when their current identity does not fit with the one recorded in official documents. Moreover, even in cases in which a person has proceeded with a gender reassignment operation, civil registry offices usually keep both their previous and new name in a manner that reveals their sexual orientation to every individual with access to such data, particularly in services offered by the public sector such as public employment services”. *Idem*.

¹²⁵ *Idem*.

Vale ressaltar também o relatório produzido pela Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia, denominado de “*Ser Trans na UE*”¹²⁶, publicado em 2014, por meio do qual é abordado o problema da discriminação dos transexuais na União Europeia. Foram entrevistadas pessoas transexuais, travestis e transgêneros, relevando-se, assim, que o cenário de discriminação os engloba de igual maneira.

Logo no início do documento, chama-se a atenção para a questão entre sexo, gênero e a identidade de gênero, temas estes já tratados nesta Dissertação. Todavia, em relação às demais pesquisas ora mencionadas, há um aprofundamento sobre a temática da transexualidade e a identidade de gênero, merecendo relevo a análise dos resultados obtidos.¹²⁷

Como uma das principais conclusões, o documento retrata que os indivíduos transexuais são submetidos a um grau de intensidade muito maior de discriminação em relação aos demais membros da comunidade LGBT, deixando de manifestar a sua identidade de gênero. Isto significa que naturalmente ocultam a sua vida privada por insegurança e medo de represálias.^{128 129}

No âmbito laboral, a pesquisa revela que um em cada três entrevistados se sentiu discriminado na busca pelo emprego (37%) e um quarto retratou casos de discriminação no trabalho (27%), ambos por motivos de transexualidade.¹³⁰

Para acrescer e esses dados, o referido estudo citou o Inquérito LGBT Europeu em 2012, quando se constatou que o nível de discriminação das pessoas transexuais e transgêneros é significativamente maior do que em relação aos outros grupos de

¹²⁶ EUROPEIA, Agência de Direitos Fundamentais da União. **Ser Trans na UE: Análise comparativa dos dados do inquérito LGBT europeu**. Viena: Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2014. Disponível em: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary_pt.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2017.

¹²⁷ A título de nota introdutória, o relatório ressalta a importância de promover a visibilidade das pessoas transexuais no domínio laboral. Afirma-se que “O sexo masculino ou feminino que nos é oficialmente atribuído à nascença resulta das nossas características físicas, contudo, poderá não corresponder à nossa identidade de gênero — ou seja, a maneira como percebemos e sentimos o nosso gênero. Atendendo a que cada vez mais pessoas trans se recusam abertamente a identificar-se como sendo do sexo masculino ou do sexo feminino, é hoje manifesto que os sentimentos de gênero não podem simplesmente ser encaixados nas duas categorias de «feminino» e «masculino». Os resultados do inquérito da União Europeia (UE) a pessoas lésbi- cas, gays, bissexuais e transgênero (LGBT) salientam a necessidade de ir além dessas classificações simplistas, tanto nas discussões de caráter geral em sociedade sobre o gênero, como na ponderação de medidas específicas nos planos legislativo e político”. EUROPEIA, Agência de Direitos Fundamentais da União. *Ibidem*. p. 01.

¹²⁸ EUROPEIA, Agência de Direitos Fundamentais da União. *Ibidem*. p. 02.

¹²⁹ Conforme a pesquisa, 32% dos entrevistados evitar manifestar a sua identidade de gênero, por medo de retaliações, o que envolve a agressão, a ameaça e o assédio. EUROPEIA, Agência de Direitos Fundamentais da União. *Ibidem*. p. 11.

¹³⁰ EUROPEIA, Agência de Direitos Fundamentais da União. *Ibidem* 3-4.

homossexuais. Os números revelam que 60% das mulheres trans, 43% dos homens trans e 50% dos transgêneros se sentiram discriminados ao procurar um emprego. No mesmo sentido, 39%, 25% e 34% do mesmo grupo, respectivamente, se sentiram discriminados no trabalho.¹³¹

Além da gravidade dos números ora mencionados, outro fator que chama bastante a atenção é que a maioria dos inquiridos (62%) não costuma denunciar os episódios de discriminação e abusos porque acreditam que nada mudaria e os incidentes são recorrentes.¹³²

Os resultados ora estudados revelam que há estreita ligação entre os atos discriminatórios e orientação sexual ou transexualidade do trabalhador. O sentimento de obrigação de manter uma vida dupla, acompanhada do cuidado de não expor a sua vida pessoal, bem como a angústia e o constrangimento podem prejudicar o acesso ao emprego e o bom desempenho do obreiro no exercício das suas atividades laborais. De um lado, há o medo, a frustração e a necessidade de não expressar a sua própria identidade e, de outro, a ignorância, a intolerância e o ódio, oriundas do próprio espaço familiar ou trabalho social.

Esse cenário tem o condão de prejudicar o acesso ao emprego, bem como o regular desempenho das atividades laborais, tendo em vista o esgotamento físico e psicológico. Muitas pessoas transexuais e transgêneros deixam de buscar empregos por terem conhecimento que as empresas não estão preparadas ou não desejam lidar com a identidade de gênero no posto de trabalho. Por sua vez, quando o contrato de trabalho está em vigência, são obrigados a lidar com visões pessoais compartilhadas por outros funcionários no ambiente de trabalho, dotadas de preconceito e resistência com relação a identidade de gênero.¹³³

Ademais, em alguns países, é possível que o trabalhador transgênero tenha sérios problemas com a sua identificação pessoal no domínio laboral, por ainda não ter realizado a cirurgia de redesignação de sexo. Cumpre reiterar que alguns Estados somente permitem a alteração do registro civil após a realização do procedimento cirúrgico ou mediante decisão judicial, o que representa um entrave para o candidato ao emprego, sobretudo no que

¹³¹ EUROPEIA, Agência de Direitos Fundamentais da União. *Op. cit.* p. 04.

¹³² EUROPEIA, Agência de Direitos Fundamentais da União. *Ibidem.* p 05.

¹³³ De acordo com a investigação, “Muitas pessoas trans estão sujeitas a um elevado risco de saúde física e mental débil. Diversos estudos mostraram que muitas pessoas trans desenvolvem pensamentos suicidas, sofrem de depressão, ansiedade e automutilação, chegando mesmo a tentar o suicídio”. EUROPEIA, Agência de Direitos Fundamentais da União. *Ibidem.* p. 13.

concerne à sua identificação e incompatibilidade entre a aparência física e as informações contidas no currículo *vitae* e demais títulos profissionais.¹³⁴

Soma-se a isso o fato de muitos trabalhadores não terem conhecimento do seu direito. Isto é consequência da falta de informação, já que a matéria costuma ser pouco difundida na sociedade em geral, em virtude da grande resistência política e religiosa que ainda subsiste.¹³⁵

Torna-se imprescindível a ação incisiva do legislador para a promoção, inclusão e integração das pessoas transexuais na sociedade e no mercado de trabalho. Neste sentido, o primeiro passo é o reconhecimento jurídico da identidade de gênero, acompanhado dos direitos de alteração do nome no registro civil do cidadão, permissão de uso de vestiários compatíveis com o seu gênero, proteção contratual e vedação da dispensa discriminatória¹³⁶

137 138

¹³⁴ Em termos gerais, se não há a realização da cirurgia de alteração de sexo, o trabalhador transgênero, em alguns países, não poderá utilizar um nome que esteja de acordo com o seu gênero. Assim como as qualificações contidas no seu currículo estarão em dissonância com o modo de se vestir e se comportar. Compreende-se que se toda a documentação do candidato ao emprego não coincide com a sua identidade sexual, haverá um sério cenário de segregação social. Essa questão também pode acarretar dificuldades em manter a vigência do contrato de trabalho, na medida em que são trabalhadores alvos de atos discriminatórios, como, por exemplo, a determinação, por superior hierárquico, da alteração do posto de trabalho ou transferência para o estrangeiro. Por isso, é bastante comum que esses trabalhadores caminhem no sentido do trabalho sexual. PEREIRO, Jaime Cabeza; AROCHENA, José Fernando Lousada. *Op. cit.* p. 20-21.

¹³⁵ Sobre a falta de conhecimento a respeito da legislação vigente, os Doutores Jaime Cabeza Pereiro e José Fernando Lousada Arochena afirmam, com absoluta razão, que “Ello se conjuga, además, con un escaso conocimiento de sus derechos por parte de los LGBTI, desconocimiento que afecta también, desde luego, al ámbito laboral. Aunque la situación suele ser distinta en ámbitos en los que sufren grandes obstáculos para su integración o fuertes discriminaciones. O también en los escenarios opuestos en los que está disponible una amplia información sobre sus derechos y sobre las discriminaciones que padecen. A este respecto, ha sido suficientemente destacada la relación directa entre la satisfacción laboral de las personas homosexuales, el ambiente de apertura hacia ellas y la existencia de unas políticas antidiscriminatorias efectivas en los centros de trabajo”. PEREIRO, Jaime Cabeza; AROCHENA, José Fernando Lousada. *Op. cit.* p. 19.

¹³⁶ A investigação denominada de “Ser trans na UE”, clarificou que “quatro em cada cinco inquiridos trans afirmam que as medidas positivas destinadas a promover o respeito dos direitos humanos das pessoas trans — como, por exemplo, planos de igualdade, campanhas públicas ou serviços especializados — são muito ou bastante raras no seu país de residência. Mais de nove em cada dez inquiridos (94%) afirmam que, se as autoridades nacionais promovessem os direitos das pessoas trans, estas poderiam viver mais confortavelmente como tal”. EUROPEIA, Agência de Direitos Fundamentais da União. *Ibidem.* 12-13.

¹³⁷ Um em cada três entrevistados da referida pesquisa declarou que se sentiu discriminado e desconfortável ao apresentar o Cartão de Cidadão, onde constam as informações pessoais conforme o sexo biológico. EUROPEIA, Agência de Direitos Fundamentais da União. *Ibidem.* p. 13.

¹³⁸ A Doutora Milena Silva Rouxinol destaca a importância de promover a inclusão social das pessoas que não se encaixam no modelo binário que envolve o gênero, incumbindo ao Direito, mediante a tutela antidiscriminatória, colaborar para a efetivação do princípio da liberdade e dignidade da pessoa humana. Segundo a mesma, em nota introdutória à sua obra, “No entanto, porque cabe ao Direito, primordialmente, a tutela da dignidade e da liberdade humanas, importará, por certo, criar espaços de integração das pessoas que, efetivamente, «não encaixam» naquele esquema binário. Não se trata, evidentemente, de negar a dicotomia biológica que separa o sexo masculino do feminino; trata-se, sim, o que não contende com essa evidência biológica, de esbater, se não de desconstruir, a associação a cada um dos sexos de um específico modo de ser,

Por isso, é importante que a legislação não proteja somente o grupo LGB, mas que englobe também as pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo biológico. Assim, a inclusão do termo identidade de gênero, como ocorreu no Código do Trabalho Português, é indispensável para clarificar essas questões.¹³⁹ Vale lembrar que o Direito ao Trabalho é corolário lógico dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, devendo acompanhar a evolução social e as novas concepções acerca do gênero.

3. O DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO NA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E NO DIREITO COMPARADO.

Após a demonstração da realidade fática discriminatória que envolve as pessoas transexuais e transgêneros, é importante aprofundar o tema sob a ótica dos direitos fundamentais, além do tratamento dado pela legislação internacional ao direito à identidade de gênero. Ato contínuo, será possível debater os novos desafios enfrentados pelo Direito Laboral.

Como é cediço, em todo o mundo as pessoas são submetidas a insistentes violações dos seus direitos e garantias fundamentais, cenário que se agrava quando se trata de orientação sexual e transexualidade, difundindo-se também no Direito ao Trabalho, no que tange à busca pelo pleno emprego e a sua segurança. Esse persistente cenário discriminatório vem sendo documentado ao redor do mundo, restando cabalmente demonstrado que pessoas LGBT têm sido negadas no emprego ou ao recebimento de benefícios, bem como enfrentam

de um gênero. A percepção da existência de pessoas que extravasam da arrumação binária a que se aludiu e da segregação que vivenciam torna clara, pelo menos, a conveniência da respetiva categorização, isto é, no que importa ao Direito Antidiscriminação, a sua associação num grupo a que se reconhece uma característica distintiva que é, tipicamente, causadora de uma mais ou menos vincada hostilização social, ou, pelo menos, de um tratamento diferenciado, em igualdade de circunstâncias com indivíduos que não partilham daquela característica”. ROUXINOL, Milena Silva. *Op. cit.* p. 188-189.

¹³⁹ Essa conclusão também consta no parecer da FRA, nos seguintes termos, *in verbis*: “Os resultados do inquérito revelam uma forte e alarmante correlação entre a expressão de gênero e experiências de discriminação. Quando da revisão da atual legislação em matéria de igualdade ou da adoção de nova legislação nesse domínio, o legislador da UE deverá velar por que a legislação abranja também a discriminação em razão da identidade de gênero. A proteção jurídica atualmente conferida pelo direito comunitário àqueles que pretendem ser, estão em vias de ser ou foram submetidos a um tratamento de reatribuição sexual deve ser tornada extensiva a todas as pessoas trans”. EUROPEIA, Agência de Direitos Fundamentais da União. *Op. cit.* p. 06.

a demissão de cunho discriminatório.¹⁴⁰ O problema, além de estar intrinsecamente relacionado com o Direito do Trabalho, confronta-se diretamente com o conjunto de normas e princípios dos Direitos Humanos, motivo pelo qual merece a nossa análise.

Em primeiro plano, vale destacar os Princípios de Yogyakarta, que surgiram no ano de 2006, na Indonésia, que estabelecem a base principiológica relacionada à orientação sexual e identidade de gênero.^{141 142} Foram concebidos expressamente, a nível internacional, vinte e nove princípios protetivos, que surgiram em um cenário de lacunas de normas protetivas em relação ao tema, visto que não há previsão expressa nos Tratados Internacionais, restando aos operadores do Direito recorrer aos princípios gerais dos direitos humanos.¹⁴³

Insta esclarecer que não foram publicados com status de norma e tampouco são direitos vinculantes. Porém, em virtude da sua importância foram amplamente admitidos pela comunidade internacional, ressaltando a sua relevância na interpretação de normas internacionais e fundamentação de decisões judiciais e políticas públicas. Assim, os Princípios de Yogyakarta são considerados um dos principais instrumentos de combate à violação e desigualdade de gênero e das pessoas LGBT.^{144 145}

¹⁴⁰ O'FLAHERTY, Michael; FISHER, John. **Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles**. Human Rights Law Review 8: Oxford University Press. 2008. p. 211.

¹⁴¹ **Princípios de Yogyakarta**. 2006. Disponível em: <<http://www.yogyakartaprinciples.org/principles-sp/>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

¹⁴² ETTTELBRICK, P. L.; ZERÁN, A. T. **The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development**. A Study of November 2007 – June 2010. Final Report. Disponível http://ypinaction.org/wpcontent/uploads/2016/10/Yogyakarta_Principles_Impact_Tracking_Report.pdf>. Acesso em 04 de maio de 2018.

¹⁴³ HAMMARBERG, Thomas. **Direitos Humanos e Identidade de Gênero**. Transrespeito versus Transfobia no Mundo” (TvT), série de publicações, Volume 5. 2011. p. 8. Disponível em < <http://transrespect.org/wp-content/uploads/2015/08/Hberg-port.pdf>>. Último acesso em 07 de janeiro de 2017.

¹⁴⁴ GONÇALVES. *Op. cit.* p. 95.

¹⁴⁵ Os princípios de Yogyakarta foram invocados pelo Ministro do STF Brasileiro Celso de Mello nos autos do julgamento da ADI nº 4.275, de 01 de março de 2018, quando a Suprema Corte debateu a respeito da possibilidade de alteração do nome por parte das pessoas transgêneros. Em sua fundamentação, afirmou que “É por essa razão que, entre os Princípios de YOGYAKARTA – que exprimem postulados sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero –, há um, o Princípio n. 3, que proclama o direito titularizado por qualquer pessoa “de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e a identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275, de 01 de março de 2018**. Voto do Senhor Ministro Celso de Mello. Brasília, Distrito Federal, 2018. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275DFVotodoMin.CelsodeMello.pdf>>. Acesso em 12 de maio de 2018.

A nível comunitário, as primeiras Resoluções publicadas pelo Parlamento Europeu foram as de 13 de março de 1984, que revela a preocupação o cenário discriminatório das pessoas LGBT no local de trabalho (DOUE de 15 de abril de 1984)¹⁴⁶, a de 12 de setembro de 1989, que versa sobre a discriminação dos transexuais (DOUE de 09 de outubro de 1989) e a de 08 de fevereiro de 1994, que trata da igualdade de direitos das pessoas LGB na Comunidade Europeia (DOUE de 28 de fevereiro de 1994).¹⁴⁷

Em matéria de identidade de gênero e orientação sexual, é importante acentuar as normas internacionais que podem ser aplicadas analogicamente, em uma interpretação ampla, como é o caso dos arts. 7º, 15º, 21º e 30º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, arts. 7º, 12 e 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 14º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, art. 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais e art. 14º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, os quais, em uma interpretação sistemática e teleológica, tem como finalidade a tutela da igualdade entre todos os cidadãos e a proteção contra atos discriminatórios e violações dos seus direitos e garantias fundamentais e constitucionais.^{148 149 150}

¹⁴⁶ Vide PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão N.º 121/2010. Lisboa, 28 de abril de 2010. **Acórdão N.º 121/2010**: Processo n.º 192/2010. Disponível em: <<https://dre.pt/application/conteudo/2897033>>. Acesso em: 15 maio 2018.

¹⁴⁷ No original, em PEREIRO, Jaime Cabeza; AROCHENA, José Fernando Lousada. *Op. cit.* p. 45.

¹⁴⁸ Vislumbra-se uma interpretação ampla nos julgamentos Fretté c. França, n.º 36515/97, 26 de Fevereiro de 2002, n.º 32; S.L. c. Áustria, N.º 45330/99, 9 de Janeiro de 2003; E.B. c. França [GS], n.º 43546/02, 22 de Janeiro de 2008. EUROPEIA, Agência de Direitos Fundamentais da União. **Manuel sobre a legislação europeia antidiscriminação**. Luxemburgo, 2010. P. 107. Disponível em: <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_PT.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

¹⁴⁹ Um caso emblemático que trata da interpretação ampla a dispositivos internacionais é o processo Parlamento c. S e Cornwall County Council, em que se reconheceu que a expressão “sexo”, prevista nas diretivas protetivas, também abrange as pessoas transexuais e transgêneros. Em referência a esse julgamento, Marzia Barbera faz alusão à Diretiva 2000/78/CE em que também se discute a questão da abrangência do termo “orientação sexual”. A autora aduz que “la giurisprudenza comunitaria emessa dal 1996 ad oggi acquisisce, in questa prospettiva, un ulteriore e peculiare valore: concorre a definire la portata e i relativi limiti al funzionamento dei divieti di discriminazione in base all’orientamento sessuale dopo averne concorso a definirne il significato, anche se in via incidentale (§2.1. e ss.), come conferma il semplice fatto che nessuna delle sentenze che si troverà ad approfondire appaia incentrata sul divieto di discriminazione in base all’orientamento sessuale formalmente contenuto nella dir. n. 2000/78. In effetti, l’approfondimento delle questioni giuridiche risole oppure lasciate in eredità dai giudici di Lussemburgo - a dici anni dalla sentenza P. c.c S. e Cornal County Council - si rende necessario proprio per definire la portata attuale del dibattito sull’identità di genere e/o sessuale della persona che lavora e, in quest’ambito, isolare il tema dell’orientamento sessuale e del conseguente trattamento normativo riservato a questo fattore di rischio”. BARBERA, Marzia. **Il nuovo diritto antidiscriminatorio: Il quadro comunitario e nazionale**. Milano: Giuffré Editore, 2007. P. 179.

¹⁵⁰ Em sentido diverso do caso narrado na nota anterior, há o processo Grant C-249/96 (Reino Unido), que teve grande repercussão da jurisprudência e na doutrina jurídica. Neste caso, o Tribunal de Justiça entendeu como não discriminatória a conduta do empregador que se recusou a conceder a fornecer o benefício de redução do

Merecem ênfase as Resoluções A/HRC/RES/17/19 da Organização das Nações Unidas, de 14 de julho de 2011, AG/Res. nº 2435 (XXXVIII-O/08) e Resolução 2.807 (XLIII-O/13) da Organização dos Estados Americanos e Resolução do Parlamento Europeu de 04 de fevereiro de 2014, as quais manifestaram expressamente a preocupação com os atos violentos e violações de direitos humanos por motivos de orientação sexual e identidade de gênero.¹⁵¹

Cabe salientar também a Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000, do Conselho da União Europeia, amplamente mencionada pela melhor doutrina que trata a respeito da matéria. Trata-se de norma internacional que promove a igualdade no emprego e na atividade profissional. Conforme o art. 1º, destina-se ao combate da discriminação por motivos de “*religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à actividade profissional*”, em atenção ao princípio da igualdade e dentro do âmbito de aplicação previsto no art. 3º.

Vale ressaltar a Diretiva, no art. 2º, traz o conceito de discriminação, apresentando as subespécies de discriminação direta e indireta. A discriminação direta é vislumbrada sempre que uma pessoa seja submetida a tratamento desfavorável em relação a outrem, em situação semelhante.¹⁵² A discriminação indireta, por sua vez, ocorre quando uma pessoa de determinada religião, orientação sexual, deficiência e faixa etária seja submetida a

preço dos transportes para a companheira de uma trabalhadora, ambas do mesmo sexo, privilégio que era concedido a cônjuges de funcionários heterossexuais (sexos opostos). O regulamento da entidade patronal era expresso no sentido de conceder a benesse somente a cônjuges do sexo oposto (“*common law opposit sex spouse*”). Ao julgar o mérito, o Tribunal de Justiça entendeu que não se trata de ato discriminatório protegido pelo art. 119 do Tratado CE e das Diretiva 75/117/CEE e Diretivas 76/207/CEE do Conselho, porquanto a orientação sexual não está abrangida pelo termo “sexo”, constante na norma comunitária. Desta forma, julgou improcedente a ação ajuizada por Lisa Jacqueline Grant em face de South-West Trains Ltd (Decisão de 17 de fevereiro de 1998). EUROPEIA, Tribunal de Justiça da União. **Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de fevereiro de 1998**: No processo C-249/96. 1998. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-249/96>>. Acesso em: 15 maio 2018. Sobre este julgamento, em virtude da interpretação restritiva emanada pelo Tribunal de Justiça, o ordenamento jurídico comunitário se atentou para a necessidade de proceder alterações da legislação, que até então era carente na tutela antidiscriminatória da orientação sexual. PEREIRO, Jaime Cabeza; AROCHENA, José Fernando Lousada. *Op. cit.* p. 50.

¹⁵¹ GONÇALVES. *Op. cit.* p. 99 e ss. PEREIRO, Jaime Cabeza; AROCHENA, José Fernando Lousada. *Op. cit.* p. 99 e ss.

¹⁵² “Considera-se que existe discriminação directa sempre que, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.o, uma pessoa seja objecto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável.” CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva nº 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000. Que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional. **Directiva 2000/78/CE do Conselho**. Bruxelas, Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/78/oj>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

tratamento menos favorável, decorrente de “*uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra*”, em comparação a outra.¹⁵³

Pela leitura da norma, levante-se uma dúvida com relação a sua aplicabilidade às pessoas transexuais e transgêneros, porque prevê expressamente a proteção da “*orientação sexual*”. Assim, indaga-se se a tutela antidiscriminatória se estende às pessoas transexuais, transgêneros e intersexuais. Julgamos que sim. É importante recordar que o legislador comunitário pretendeu proteger todas as pessoas suscetíveis de marginalização e estigmatização na relação laboral, consideradas vulneráveis a atos discriminatórios. Torna-se frágil o argumento que limita a proteção somente ao grupo LGB, porque os que se submetem à mudança de gênero e os intersexuais estariam sem amparo legal. É preciso alcançar, por meio de uma interpretação sistemática e teleológica da norma comunitária, a real intenção do legislador e a função precípua do direito antidiscriminatório. Neste sentido, a expressão “*orientação sexual*” também engloba as pessoas transexuais e transgêneros, embora não seja a nomenclatura mais correta.^{154 155 156}

¹⁵³ “Considera-se que existe discriminação indirecta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções, com uma determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual, comparativamente com outras pessoas, a não ser que: i) essa disposição, critério ou prática sejam objectivamente justificados por um objectivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários, ou que, ii) relativamente às pessoas com uma determinada deficiência, a entidade patronal, ou qualquer pessoa ou organização a que se aplique a presente directiva, seja obrigada, por força da legislação nacional, a tomar medidas adequadas, de acordo com os princípios previstos no artigo 5.o, a fim de eliminar as desvantagens decorrentes dessa disposição, critério ou prática”. *Idem*.

¹⁵⁴ Nos termos do tópico “3.3” do Relatório da Comissão Europeia, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia interpreta a discriminação em razão do sexo também em favor daqueles que se submeteram à alteração de gênero. COMISSÃO EUROPEIA. **Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu**. Relatório sobre a aplicação da Diretiva 2004/113/CE do Conselho que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento. Bruxelas, 05 de maio de 2015. Disponível em < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0190#footnote10>>. Acesso em 13 de maio de 2018.

¹⁵⁵ Em defesa da proteção das pessoas transexuais, Salvador Del Rey Guanter afirma que “En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de analizar si la exclusión del compañero (transexual masculino) de una mujer afiliada al régimen de pensiones del National Health Service británico, con arreglo al cual la única persona a cargo de la afiliada que puede beneficiarse de la pensión controvertida es el viudo, constituye una discriminación contraria al art. 141 del Tratado. El TJCE concluye que una legislación que impide que una pareja cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro, vulnera el Convenio Europeo de Derechos Humanos y es incompatible con las exigencias del art. 141 del Tratado de la Unión Europea (STJCE 7 Ene. 2004, asunto KB contra National Health Service Pensions Agency, C-117/01)”. GUANTER, Salvador Del Rey. **Estatuto de los trabajadores**: comentado e con jurisprudencia. Madrid: La Ley, 2007. p. 365.

¹⁵⁶ A Diretiva também foi aplicada às pessoas transexuais no processos judiciais Cornwall, C-13/94, STJUE de 07 de janeiro de 2004 e Richards C-423/04, STJUE de 27 de abril de 2006. Segundo Jaime Cabeza Pereiro e José Fernando Lousada Arochena, são decisões acertadas na tutela protetiva, porque, caso contrário, as pessoas transexuais estariam sem amparo no direito antidiscriminatório. Todavia, reconhecem que a norma

Este raciocínio se fundamenta também no crescente entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia, pontualmente avaliado por Milena Silva Rouxinol, no sentido de que “a proibição de discriminação em razão do sexo alberga casos de transexualidade como os referidos, porquanto a redesignação sexual é, ainda, um fenómeno reconduzível ao sexo”.¹⁵⁷

No domínio laboral, a Convenção nº 111, da Organização Internacional do Trabalho é aplicável ao tema, porquanto protege expressamente os trabalhadores de qualquer ato discriminatório fundado em motivos da raça, cor, opinião política, ascendência nacional ou origem social ou qualquer outro motivo que tenha como consequência a violação do princípio da igualdade em matéria de trabalho e emprego.

Mesmo com a incorporação dos Princípios de Yogyakarta e com o reconhecimento das legislações supracitadas, persiste o cenário de incerteza e inconsistência sobre a forma da aplicação das normas em matéria de orientação sexual e identidade de gênero, tendo em vista ausência de legislação expressa neste sentido no panorama internacional, salvo exceções. Vale ressaltar que os Estados Membros da União Europeia classificam de maneiras distintas a identidade de gênero como forma de discriminação. Atualmente, somente Bélgica, Croácia, Espanha, Hungria, Malta, Reino Unido e Portugal preveem expressamente a proteção da identidade de gênero.^{158 159 160}

Em Portugal, verifica-se a Lei nº 7/2011 de 15 de março, que estabelece os critérios para a realização da cirurgia de alteração do sexo e retificação do nome. De acordo com o art. 2º, “*Têm legitimidade para requerer este procedimento as pessoas de nacionalidade portuguesa, maiores de idade e que não se mostrem interditas ou inabilitadas por anomalia*

comunitária poderia ser mais clara sobre a sua abrangência, sendo viável a inclusão da expressão identidade de gênero. PEREIRO, Jaime Cabeza; AROCHENA, José Fernando Lousada. *Op. cit.* p. 89.

¹⁵⁷ ROUXINOL, Milena Silva. *Op. cit.* p. 204.

¹⁵⁸ European Union Agency for Fundamental Rights. *Op. cit.* p. 17 e ss.

¹⁵⁹ Neste sentido, Thomas Hammarberg enfatiza que “na grande maioria dos Estados-membros do Conselho da Europa, a discriminação baseada na identidade de gênero não tem um marco jurídico que a cubra especificamente. A Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA) relata que treze Estados-membros tratam a discriminação com base na identidade de gênero como uma forma de discriminação por sexo, dois Estados membros a consideram inadequadamente como uma discriminação fundada na orientação sexual, e em onze Estados-membros não se trata nem como discriminação por sexo, ou como discriminação por orientação sexual. Isso produz não somente uma situação de insegurança jurídica no que diz respeito às medidas específicas de proteção contra a discriminação para as pessoas trans, mas também um nível muito mais baixo de proteção”. HAMMARBERG, Thomas. *Op. cit.* p. 11.

¹⁶⁰ ROUXINOL, Milena Silva. *Op. cit.* p. 194.

psíquica, a quem seja diagnosticada perturbação de identidade de género”.¹⁶¹ Importa destacar que há divergência quanto aos termos estabelecidos na legislação, na medida em que surgiram estudos aprofundados nos anos seguintes a sua publicação, com o crescimento da corrente que defende a despatologização da transexualidade. Assim, a utilização das expressões “*anamolía psíquica*” e “*perturbação*” estão desatualizadas e desconexas com Resolução nº 2048, de 2015, da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa.¹⁶²

No domínio laboral, o ordenamento jurídico português deu um respeitável passo em favor do direito à identidade de género, por meio da Lei nº 28 de 14 de abril de 2015.¹⁶³ Consagrou-se, assim, o direito à identidade de género no art. 24º do Código do Trabalho Português, com a sua conseqüente elevação no âmbito do acesso ao emprego e promoção das condições de trabalho.

O ordenamento jurídico espanhol também avançou substancialmente sobre a matéria, sendo que o direito antidiscriminatório, até 1986, revelava-se limitado e reducionista, dentro de um enfoque da igualdade formal. Com o surgimento da Diretiva 2000/78/CE e o Tratado de Amsterdã (art. 13º), somada à entrada da Espanha na União Europeia, o direito espanhol iniciou as alterações legislativas. Na esfera do Direito do Trabalho, há quatro leis que regulam a proteção contra a orientação sexual e identidade de género.¹⁶⁴

A primeira é a Lei Orgânica 3/2007, de 22 de março, que prevê a igualdade entre homens e mulheres, reforçando as questões referentes à igualdade por orientação sexual e identidade de género. A segunda é a Lei 35/2010 de 17 de setembro, que estabeleceu expressamente a expressão “*condición sexual*” dentro das hipóteses proibitivas de discriminação no ambiente laboral, previstas no art. 17 do Estatuto dos Trabalhadores. A terceira é a Lei 36/2011, de 10 de outubro, que consigna a tutela dos direitos fundamentais dos trabalhadores, com incidência na igualdade por orientação sexual, e medidas de proteção contra o assédio (ou “*acoso*”, na língua espanhola). A quarta é a Lei 15/2014, de 16 de

¹⁶¹ PORTUGAL. Lei 7/2011, de 25 de março. **Lei 7/2011**. Lisboa, Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1308&tabela=leis>. Acesso em: 20 de maio 2018.

¹⁶² Cf. Proposta de Lei nº 75/XIII, da Presidência do Conselho de Ministros, apresentada pelo Governo à Assembleia da República. PORTUGAL. Presidência do Conselho de Ministros. Proposta de Lei nº 75/XIII, de 06 de abril de 2017. **Proposta de Lei nº 75/XIII**. Lisboa, Disponível em <<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=41320>>. Acesso em 20 de maio de 2018.

¹⁶³ PORTUGAL. Lei nº 28, de 14 de abril de 2015. **Lei N.º 28/2015**. 72. ed. Lisboa, 14 abr. 2015. Disponível em: <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/Lei_28_2015.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

¹⁶⁴ PEREIRO, Jaime Cabeza; AROCHENA, José Fernando Lousada. *Op. cit.* p. 109.

setembro, que modificou a Lei 16/1983, de 24 de outubro, que assegura a prevenção e eliminação de toda forma de discriminação, incluindo a orientação sexual e identidade de gênero.¹⁶⁵

Por seu turno, o ordenamento jurídico brasileiro é escasso no que concerne ao direito antidiscriminatório das pessoas transexuais e transgêneros, sendo que atualmente há o projeto de Lei nº 5002/2013, que prevê a proteção da identidade de gênero, porém ainda tramita na Câmara dos Deputados.¹⁶⁶ Não há previsão expressa do direito à identidade de gênero na legislação laboral, embora conste na Lei 9.029, de 13 de abril de 1995, a proteção ao trabalhador em função do sexo.^{167 168}

É imperioso acentuar que a Reforma Trabalhista, promovida pela Lei 13.467/2017, introduziu na CLT o art. 223-C, prevendo que a “*honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física*”.¹⁶⁹ Trata-se de inovação legislativa, visto que a CLT não dispunha de capítulo próprio a respeito do dano extrapatrimonial, razão pela qual os operadores do Direito recorriam aos dispositivos do Código Civil Brasileiro. Observa-se que a redação do artigo prevê expressamente o termo “*sexualidade*”, porém é preciso aguardar os entendimentos da doutrina e jurisprudência a respeito da sua abrangência.¹⁷⁰

¹⁶⁵ PEREIRO, Jaime Cabeza; AROCHENA, José Fernando Lousada. *Op. cit.* p. 116-117.

¹⁶⁶ BRASIL. Projeto de Lei nº 5002, de 2013. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. **PL 5002/2013**. Brasília, DF, Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: 11 maio 2018.

¹⁶⁷ BRASIL. Lei nº 9.029, de 29 de abril de 1995. **Lei Nº 9.029, de 13 de Abril de 1995**. Brasília, 17 abr. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 18 jan. 2017.

¹⁶⁸ Sobre a ausência de norma específica, o doutrinador Leandro Reinaldo da Cunha destaca que “a questão da identidade de gênero é, inegavelmente, uma realidade social que se mostra ignorada pelo ordenamento jurídico, em uma manifesta demonstração de marginalização de uma parcela da sociedade, numa grave ofensa a dignidade da pessoa humana, mormente ao se considerar que nesta área não se vê a plena utilização social e legislativa da aplicação dos preceitos genéricos firmados na Constituição Federal, ne mesmo a adequada aplicação das técnicas para o suprimento de lacunas legislativas”. CUNHA, Leandro Reinaldo da. *Op. cit.* p. 93.

¹⁶⁹ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 05 de maio de 2018.

¹⁷⁰ A melhor doutrina laboral brasileira defende que o rol protetivo previsto no art. 223-C, da CLT, é exemplificativo e não exaustivo, motivo pelo qual comportará outros bens jurídicos tutelados. DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017. P. 146. CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista: Lei 13.467, de 13 de julho de 2017**. São Paulo: Editora Método, 2017, p. 41.

A escassez de normas no mundo global produz impactos práticos e jurídicos em variadas esferas e grau de intensidades, porquanto as pessoas transexuais e transgêneros constantemente são vítimas de violência, discriminação direta e indireta. O Direito Antidiscriminatório precisa evoluir e compreender a mutação da sociedade, na medida em que é crescente a tendência das pessoas pela busca de uma vida livre e digna, o que inclui a exteriorização da sua verdadeira identidade.

Importante é a necessidade de a legislação mundial caminhar no sentido da proteção da identidade de gênero, embora atualmente seja possível recorrer a princípios e direitos fundamentais para buscar a melhor solução na interpretação de normas e fundamentar decisões judiciais. Cabe salientar que a incorporação de normas protetivas da identidade de gênero, além de coibirem a prática de atos ilícitos, estimulam o aprofundamento da matéria por parte dos órgãos públicos e operadores do Direito. Ademais, ressalta-se a representatividade deste grupo de pessoas historicamente marginalizado socialmente e o avanço social e jurídico sobre a matéria.¹⁷¹

É de fácil compreensão que a problemática produz impactos no âmbito do Direito do Trabalho, restando necessário o enfrentamento dos novos desafios práticos para promover a proteção dos trabalhadores transexuais e transgêneros.¹⁷² Diante das novas perspectivas, decorrentes da evolução da sociedade civil e da ascensão das minorias pelas lutas dos seus direitos, é forçoso considerar que, apesar da escassez de normas protetivas, a identidade de gênero pode ser qualificada um direito fundamental.¹⁷³

¹⁷¹ De acordo com a Doutora Milena Silva Rouxinol “Dir-se-ia que a ausência desta previsão não implicaria consequências de monta sempre que, em alternativa, a proteção da categoria social em causa se obtivesse por via da respetiva recondução ou a outro fator, com consagração normativa expressa, como o sexo/gênero, ou, no caso de sistemas assentes num elenco aberto de fatores, no apelo a essa mesma abertura, que convoca o genérico princípio da igualdade e da não discriminação, ou à categoria residual outros motivos. Pensamos, porém, que, para lá do valor simbólico – marca de progresso social e jurídico – da menção expressa à identidade de gênero nas zonas normativas antidiscriminação, tal previsão apresenta vantagens práticas e dogmáticas não despreciáveis, porquanto incita ao estudo da categoria em causa e, por conseguinte, à (re)definição das suas fronteiras, bem como à identificação das especificidades porventura implicadas pela respetiva tutela – quais, afinal, os sujeitos a proteger sob a proibição da discriminação em razão da identidade de gênero?21; e esse imperativo de não discriminação bastar-se-á com a abstenção de tratamentos diferenciados, ou suporá medidas de ação positiva incidentes sobre a categoria em causa?”. ROUXINOL, Milena Silva. *Op cit.* p. 195.

¹⁷² No que concerne à tutela protetiva, enquadra-se perfeitamente à discussão em questão a seguinte afirmação de Norberto Bobbio, em sua reconhecida obra “A Era dos Direitos”: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. Acresça-se que, em matéria de orientação sexual e identidade de gênero, o problema, além de ser político, também é social e jurídico. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2004. p. 36.

¹⁷³ Cf. CUNHA, Leandro Reinaldo da. *Op. cit.* p. 133 e ss.

O Direito do Trabalho deve preservar a sua principal essência que é proteger o trabalhador vulnerável e hipossuficiente em relação ao seu empregador, mantendo a relação de equilíbrio entre as partes e garantindo a busca pelo pleno emprego e a sua segurança. Isto engloba a tutela protetiva da condição individual de cada ser humano, respeitando-se o surgimento de novas ideologias, como é o caso da identidade de gênero.

4. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: DIREITO DE PERTENCER A SI.

Quando se trata do cometimento de atos discriminatórios e violações de direitos fundamentais, inevitavelmente alcançaremos a máxima do princípio da dignidade de pessoa humana, consagrado pela Carta das Nações Unidas, Declaração de Direitos Humanos, Pactos Internacionais de Direitos Humanos, Sociais e Culturais, Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, além da Constituição da OIT e em diversas Constituições dos Estados, sobrevivendo nos textos a partir da Segunda Guerra Mundial.^{174 175}

No fundo, a dignidade da pessoa humana se refere a algo que já temos, que é inerente ao ser humano enquanto tal, sendo “*fonte e imputação de todos os valores*”, inclusive a imputação jurídica.¹⁷⁶ É o valor maior e supremo da pessoa, não substituível e tampouco equivalente a outro atributo.^{177 178} Como é cediço, este princípio, que se relaciona com toda

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Arquivo Kindle. L. 1851-1896.

¹⁷⁵ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 219.

¹⁷⁶ SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 212, p.89-94, abr/jun, 1998. p. 90.

¹⁷⁷ Ao definir a dignidade, Immanuel Kant, “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. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento (*Affektionspreis*); aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade.” KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 77.

¹⁷⁸ Desde logo, é forçoso ventilar os valiosos ensinamentos do Doutor Mário Reis Marques a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual discorre que “Como princípio dinâmico, evolutivo e de grande abrangência, o princípio da dignidade da pessoa humana, muito mais do que um mero princípio geral de referência, impõe-se como um verdadeiro critério de ordenação global. A cada um serão reconhecidas a sua singularidade e a sua particularidade por parte de todos os outros. A dignidade pressupõe uma dimensão relacional, de reconhecimento. Na dignidade não existem graus nem hierarquias. Todos, desde o início até o fim da sua existência, usufruem da mesma dignidade”. MARQUES, Mário Reis. *A dignidade humana como*

pessoa de maneira individualizada, é dotado de uma “*dimensão jurídico-constitucional*”¹⁷⁹, sendo recepcionado pela Constituição com caráter vinculativo a todos os poderes do Estado.

A sua importância constitucional traduz a essência de toda pessoa humana, inserida em uma sociedade organizada e ocupando o seu papel dentro da comunidade. Em outras palavras e nos termos dos ensinamentos do Doutor Mário Reis Marques, a ideia de dignidade “*se direciona para a noção moderna de indivíduo autónomo e secularizado que, ocupando o centro do mundo, pensa, cria e decide por si mesmo*”.¹⁸⁰

É importante esclarecer que o princípio, em virtude da sua relevância constitucional, também vincula as relações entre os particulares, seja de maneira direta ou indireta. Considerando que tem o condão de vincular os poderes do Estado, via de consequência regula as relações alheias ao setor público, sobretudo por se tratar de um direito que pertence a todo cidadão enquanto pessoa humana.^{181 182}

Cabe salientar que serve como fundamento para os demais direitos humanos previstos na Constituição, porque, conforme Jorge Reis Novais, “*a pessoa humana é elevada à condição de fim último justificador da própria existência do Estado*”.^{183 184} O conjunto de

prius axiomático. **Estudos em Homenagem Ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**, Coimbra, 2010. p. 566.

¹⁷⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Dignidade e Direitos Fundamentais, Volume I. Coimbra: Grupo Almedina, 2016. p. 18.

¹⁸⁰ O Doutor Mário Reis Marques apresenta importantes argumentos sobre a sua qualidade de um “*prius* axiomático”. O autor enfatiza que “É pois este o caso da dignidade humana. Ela impõe-se, desde logo, como uma convicção fundadora absolutamente necessária. O seu reconhecimento produz o inestimável efeito de afastar o homem do fascínio da violência. Contudo, o valor da pessoa humana é algo de indemonstrável e de inatingível. Estamos perante um absoluto. Sobre a essência e o sentido da vida, apesar de nada ser mais familiar ao homem do que o próprio homem, apenas se obtém a resposta da crença. Irredutível a um objeto (o que está situado diante), refractário a uma compreensão objectiva, o sujeito humano apresenta-se sempre como uma realidade enigmática”. MARQUES, Mário Reis. *Op. cit.* p. 562-563.

¹⁸¹ Cf. Jorge Reis Novais, “Com efeito, a partir do momento em que se considera que o Estado está obrigado a proteger a dignidade da pessoa humana – incluindo, portanto, a proteção contra riscos ou contra ameaças provindas de outros particulares -, então, seja directa seja indirectamente, a dignidade da pessoa humana acaba a produzir consequências jurídicas em todos os planos e domínios relevantes da ordem jurídica, tanto nas relações entre o Estado e os particulares quanto nas relações horizontais entre estes. Não faria, de resto, sentido que o princípio e valor supremo em que assenta toda a ordem jurídica visse o seu campo de acção artificialmente estrangido por considerações puramente teóricas”. NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.* p. 18.

¹⁸² Nos termos da Constituição da República Portuguesa (art. 2º) e Constituição da República Brasileira (art. 1º, III), a dignidade da pessoa humana é inserida na qualidade de princípio fundamental da República. Isto significa que o homem, cidadão de direitos e deveres, é parte do Estado como “limite e fundamento do domínio político da República”. Em termos práticos, reflete, por exemplo, na proibição da pena de morte e prisão perpétua, rechaçada por ambas as Constituições. Ainda, manifesta a noção de “comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundivisional, religioso ou filosófico”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 225-226.

¹⁸³ NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.* p. 69.

¹⁸⁴ No mesmo sentido, Jorge Miranda afirma que “A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou

direitos humanos é voltado para a tutela da pessoa humana, tanto os direitos de personalidade quanto os direitos sociais, econômicos e culturais, tendo em vista a sua existência em uma sociedade organizada e inserida no Estado Democrático de Direito.¹⁸⁵

O reconhecimento constitucional na qualidade de pessoa humana proporciona a tutela de uma gama de direitos humanos, como a liberdade, a igualdade, a vida, a integridade física, a vida privada, dentre outros previstos na Constituição e na legislação internacional, de modo absoluto, irrenunciável, irrevogável e indisponível. E todos estes direitos decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁸⁶ Emerge das anotações de Jorge Reis Novais que “*é através do reconhecimento da sua dignidade que a pessoa se alça à qualidade de sujeito jurídico*”.^{187 188}

A dignidade tem a finalidade de servir como limite à eventual restrição a direitos fundamentais, representando um parâmetro de validade para as limitações aos direitos humanos, seja de maneira direta ou indireta. Diante das restrições a direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana representa um padrão mínimo a ser observado e respeitado, sob pena de invalidade e inconstitucionalidade do ato praticado.¹⁸⁹

Além do seu efeito limitador, é utilizado como critério de interpretação diante de autêntica colisão de direitos fundamentais.¹⁹⁰ Valendo-se do critério da ponderação e do juízo da prevalência, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser invocado para inclinar a “balança” em favor de um dos titulares dos direitos em conflito. Naturalmente, as Constituições dos Estados se quedam silentes diante do choque de direitos individuais,

seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”. MIRANDA, Jorge. *Op. cit.* p. 223.

¹⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 70.

¹⁸⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.* p. 70.

¹⁸⁷ *Idem*.

¹⁸⁸ A pessoa humana, além de um “ser espiritual” que convive em sociedade, é também sujeito jurídico, capaz de sofrer imputação jurídica. Isto porque, nas palavras de José Afonso da Silva, “o Direito existe em função dela para propiciar seu desenvolvimento”. SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 90-91.

¹⁸⁹ Segundo Jorge Reis Novais, “Isto é, mesmo quando se admite que a limitação de um direito fundamental não é, em princípio, ilegítima, ainda assim a modalidade, a forma, a extensão ou o alcance da restrição, da intervenção restritiva ou da afectação negativa do direito em causa carecem de um controlo de constitucionalidade que, no fundo, é ainda, directa ou indirectamente, orientado e conformado pela dignidade da pessoa humana”. NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.* p. 179.

¹⁹⁰ Sobre o critério de interpretação e integração da dignidade da pessoa humana, consultar OTERO, Paulo. **Instituições e Políticas Constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 562-563.

incumbindo aos interpretes buscar razões e fundamentações para maximizar um direito, em detrimento do outro, diante dos casos concretos.^{191 192}

No âmbito da temática da globalização e da precarização do trabalho, a dignidade atua como parâmetro mínimo a ser observado pelo Estado e no domínio das relações laborais. Considerando que reveste o cidadão enquanto pessoa humana, detentora de direitos e deveres de maneira individualizada, produz os seus efeitos sobre a forma como aquela ocupa o seu papel na sociedade organizada e no Estado de Direito.¹⁹³

Na sua dimensão econômica, encontra-se intrinsecamente relacionado com o direito ao trabalho digno, em sua concepção mais ampla. Ultrapassa a concepção do trabalho como mero meio de subsistência, alcançando uma forma de expressão da personalidade e da liberdade do indivíduo enquanto membro da sociedade.¹⁹⁴ Ademais, a sua relevância no âmbito da justiça social, com uma justa distribuição de bens e serviços entre o Estado, empresários e trabalhadores, atribuindo a devida importância não só à atribuição de riquezas, mas também à valorização do trabalho humano. O trabalhador se sente inserido na sociedade enquanto membro do sistema de produção, da busca pelo lucro e na distribuição de bens e serviços dentro de uma comunidade constituída.^{195 196}

¹⁹¹ De acordo com Jorge Reis Novais, “Sendo normalmente utilizado em situações em que, de um e do outro lado do conflito, se esgrimem argumentos jusfundamentais (respeitantes a diversos ou ao mesmo direito fundamental), o princípio da dignidade da pessoa humana só pode desempenhar algum efeito, no sentido de fazer a *balança* pender num ou noutro sentido, se puder fornecer razões que acrescentem algo ao conteúdo normativo dos direitos fundamentais em causa. De outra forma, como dissemos, a utilização da dignidade é meramente retórica ou redundante”. NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.* p. 28.

¹⁹² O constitucionalista Ingo Sarlet, ao discorrer a respeito da função interpretativa ou hermenêutica do princípio da dignidade humana, o qual, diante de controvérsias jurídicas, atua como “parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico”. É crescente a quantidade de decisões dos Tribunais que buscam neste princípio a solução para a resolução do conflito de direitos fundamentais ou como uma forma de interpretar novas constitucionais e infraconstitucionais. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* l. 2625-2627.

¹⁹³ Nas palavras de Onofre Alves Batista Júnior, “A dignidade da pessoa humana pressupõe a ideia de reconhecimento do outro como pessoa, de forma a se permitir que cada um ocupe seu papel na comunidade; em outras palavras, a ninguém é dado usar a humanidade de si próprio ou de outrem. O ser humano é um fim em si mesmo e não um meio, e, dessa forma, a pessoa humana é valor-fonte do ordenamento jurídico, sendo a defesa e a promoção da sua dignidade, em todas as suas dimensões e facetas, tarefas primordiais do Estado”. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O outro Leviatã e a Corrida ao Fundo do Poço**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 148-149.

¹⁹⁴ Em alusão ao entendimento de Otfried Höffe, o Doutor Onofre Alves Batista Júnior afirma que “Nesse mesmo sentido, Otfried Höffe também reconhece um direito humano (positivo) ao trabalho (digno), respeitado, por certo, o direito negativo de liberdade de livre escolha da profissão, naqueles casos em que se deve trabalhar para obter os meios de subsistência, deixando claro que o trabalho é decisivo para a autoestima e estima por outrem, além de contribuir para o desenvolvimento da personalidade”. HÖFFE, Otfried *apud* BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Ibidem.* 149-150.

¹⁹⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Ibidem.* p. 150.

¹⁹⁶ ANTUNES, Ricardo. **A Rebeldia do Trabalho**. São Paulo: Ensaio, 1988. p. 77.

Todavia, reconhece-se que o trabalho humano é, verdadeiramente, vendido a um terceiro que tem como finalidade principal a obtenção do lucro e do crescimento econômico empresarial. Assim sendo, a força de trabalho se torna uma mercadoria, vendida a um empresário. O trabalho, que deveria ser visto sob a ótica da dignidade da pessoa humana, acaba se resumindo na busca por meio de subsistência da pessoa humana. Isso dificulta a busca pela verdadeira “humanização” do trabalho, porque os valores pessoais de cada trabalhador são deixados de lado.¹⁹⁷

No campo da tutela antidiscriminatória, o princípio da dignidade humana é conjurado por ser um valor intrínseco ao próprio ser humano, como já definia Kant ao lecionar que “*todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade*”.¹⁹⁸ Em outras palavras e em alusão ao voto do Ministro do STF Luís Roberto Barroso no RE 845.779, traduz-se no sentido do “*direito de ser quem é*”.¹⁹⁹

Neste âmbito, a dignidade se desdobra no dever de não discriminação, no direito à liberdade, autonomia e do regular desenvolvimento da própria personalidade do indivíduo. Se negarmos a identidade do sujeito, estaremos rejeitando a sua própria dignidade e o direito de existir de acordo com as suas próprias convicções e aspirações. Cada pessoa, na qualidade de ser humano, tem o direito fundamental a manter uma vida digna, livre e autônoma.

Assim, o princípio tem a finalidade de guiar o sujeito ao direito de pertencer a si mesmo, exercendo de pleno direito a sua própria identidade. No caso da orientação sexual e da transexualidade, não é uma questão de escolha do indivíduo, mas uma forma de materializar aquilo que a natureza lhe atribuiu. Exteriorizar o seu verdadeiro gênero, como forma de substancializar a sua identidade, é exercer o seu direito de viver dignamente.²⁰⁰

¹⁹⁷ Consoante os apontamentos de George Lukács, “O trabalho é antes de mais nada, em termos genéticos, o ponto de partida da humanização do homem, do refinamento das suas faculdades, processo do qual não se deve esquecer o domínio sobre si mesmo. Além do mais, o trabalho se apresenta, por um longo tempo, como o único âmbito desse desenvolvimento; todas as demais formas de atividade do homem, ligadas aos diversos valores, só se podem apresentar como autônomas depois que o trabalho atinge um nível relativamente elevado”. LUKÁCS, George. **Ontologia do Ser Social: Os Princípios Ontológicos Fundamentais de Marx**. São Paulo: Lech, 1979. p. 87.

¹⁹⁸ KANT, Immanuel. *Op. cit.* p. 68.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 845.779**. Brasília, Distrito Federal, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4657292>>. Acesso em: 02 de março de 2018. p. 08.

²⁰⁰ Nas palavras de Jorge Reis Novais, “A dignidade primariamente protegida pelo princípio jurídico-constitucional é a da pessoa humana individualmente considerada, pressupondo, na situação de normalidade típica, a ideia de que a pessoa é um agente responsável, um sujeito autônomo, capaz de reflexão sobre si e sobre o que lhe é exterior, capaz de fazer escolhas racionais, de se autodeterminar e, conseqüentemente, de avaliar e valores moralmente o seu comportamento e o dos seus semelhantes, de se responsabilizar por ele e de assumir compromissos e vinculações”. NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.* p. 102-103.

Portanto, há a violação do princípio da dignidade da pessoa humana quando direta ou indiretamente negamos a identidade do indivíduo e o tratamos, injustificadamente, de maneira desigual.²⁰¹ Outrossim, a violação também é verificada diante da rejeição dos reflexos da identidade de gênero, como é o caso da não concessão de benefícios e promoções no trabalho, a impossibilidade de utilização do banheiro que esteja conforme o atual gênero e o não reconhecimento do nome adotado. São situações em que a pessoa transexual e transgênero sofre notório tratamento desigual e discriminatório perante os demais colegas de trabalho.²⁰²

Diante de todo o exposto, considerando todas as facetas da dignidade da pessoa humana, vislumbra-se a sua importância no âmbito do direito antidiscriminatório, para tutelar o ser humano contra atos públicos e particulares que atentem contra a sua própria existência ou identidade. Seja como forma de limitação ao poder do Estado ou na qualidade de critério de ponderação e interpretação dos direitos fundamentais, o princípio deve ser invocado para promover a proteção das pessoas transexuais e transgêneros.

5. O DIREITO A IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO: O RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE.

É imperioso acentuar que um dos desdobramentos da dignidade da pessoa humana é o reconhecimento da igualdade, também prevista pela legislação internacional e na maioria das Constituições dos Estados. No campo da tutela protetiva e do dever de não discriminação, a sua análise é importante, especialmente no que diz respeito ao reconhecimento da identidade e promoção de direitos iguais.

²⁰¹ O Doutor Jorge Miranda ressalta, entre as diversas facetas da dignidade da pessoa humana, aquela que visa a proteção do homem ou da mulher contra as desigualdades. Assim, há discriminação contra as mulheres caso a Constituição do Estado não estabeleça a igualdade entre os gêneros, seja no âmbito do Direito Penal, do Trabalho e de Família. MIRANDA, Jorge. *Op. cit.* p. 229.

²⁰² De acordo com Jorge Reis Novais, “Assim, há violação específica e directa da dignidade de ser humano quando a pessoa é publicamente humilhada ou é discriminada de forma estigmatizante, aviltante, tratada como *inferior* ou como intrinsecamente digna de menor consideração e respeito, e, designadamente, quando esse tratamento se fundamenta simplesmente naquilo que a vítima é, no que *pensa* e como *vive*”. NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.* p. 134.

Cumpra repisar a conhecida máxima de “*todos são iguais perante a lei*”²⁰³ ou “*Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei*”²⁰⁴ que regem a aplicação do princípio da igualdade. Trata-se de um dever de promoção da igualdade entre os cidadãos, que vincula o legislador. Conforme indaga J. J. Gomes Canotilho, “*o que significa criação de direito igual?*”²⁰⁵

A pergunta nos remete à avaliação de duas tradicionais vertentes do princípio da igualdade, a saber, a igualdade formal e a material.²⁰⁶ A primeira diz respeito a “*igualdade na própria lei*”, no sentido de que todos os cidadãos tutelados se resguardam dos resultados jurídicos obtidos. Porém, essa igualdade não resolve os problemas decorrentes da própria lei, que cria tratamento desigual ou discriminatório em seu conteúdo para pessoas consideradas iguais como, por exemplo, grupo de pessoas da mesma raça, etnia ou religião. Por isso, o aprofundamento da igualdade material se tornou imprescindível, para regular o conteúdo da lei.²⁰⁷

A igualdade material se relaciona ao conteúdo da lei, sendo definida como a “*igualdade material através da lei*”.²⁰⁸ Assim, parte-se do pressuposto que os cidadãos, embora protegidos pela igualdade formal, são desiguais, podendo a lei os abordar de maneira diferenciada.²⁰⁹

Todavia, alcançar uma igualdade justa entre os cidadãos exige a invocação de alguns critérios. O primeiro se traduz na “*proibição geral do arbítrio*”, no sentido de que o

²⁰³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

²⁰⁴ PORTUGAL. Constituição (1976). Constituição da República Portuguesa, de 25 de abril de 1976. Disponível em <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

²⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.* p. 426.

²⁰⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁰⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.* p. 427.

²⁰⁸ O constitucionalista J. J. Gomes Canotilho aponta para uma “*igualdade relacional*”, em que dois sujeitos, embora iguais, são dotados de características distintas. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.* p. 428.

²⁰⁹ Em outras palavras, segundo Flávia Piovesan, “Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. Vale dizer, na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença, percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção”. PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *In Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan/abr. 2005. p. 46.

tratamento desigual oferecido não é arbitrário.^{210 211} O segundo é perceber que o princípio da igualdade também é um “*princípio de justiça social*”, sobretudo para a promoção de oportunidades, assentando-se na dignidade da pessoa humana.²¹²

No âmbito do princípio da igualdade material se encontram as denominadas discriminações positivas, aquelas que tem como objetivo a criação ou interpretação de leis para gerar oportunidades àqueles que historicamente e socialmente se encontram prejudicados. É o caso, por exemplo, do julgamento da ADPF 186, pelo STF, que envolveu as cotas raciais no Brasil. Nos Estados Unidos, foram as ações afirmativas que propiciaram a superação da Teoria dos *Separate but equal* pela teoria do *Treatment as na equal*, rechaçando a discriminação contra os cidadãos negros residentes no país.²¹³

Cabe salientar que há uma subespécie do princípio da igualdade, que é a igualdade como reconhecimento, invocada na abordagem dos ideais de justiça e tutela de direitos identitários. Este princípio é chamado principalmente para a proteção das pessoas ou grupos estigmatizados que, em virtude da sua própria essência ou identidade, são vítimas de atos discriminatórios. É o caso da orientação sexual, sexo, raça, cor, etnia, religião e outras características que, diante do preconceito enraizado, são colocados em situação de inferioridade perante os demais.^{214 215}

Como é notório, as desigualdades culturais e econômicas cresceram nos últimos anos, sobretudo com o advento do fenômeno da globalização. Vislumbra-se dispare

²¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.* p. 428.

²¹¹ No mesmo caminho, Robert Alexy entende que “uma razão é suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual se esse tratamento, em virtude dessa razão, deixa de ser arbitrário”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 413.

²¹² De acordo com Gomes Canotilho, “Esta igualdade conexas-se, por um lado, com uma política de justiça social e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais. Por outro, ela é inerente à própria ideia de igual dignidade social (e de igual dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 13.º/2 que, deste modo, funciona não apenas como fundamento antropológico-axiológico contra discriminações, objectivas ou subjectivas, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdades de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão)”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.* p. 430-431.

²¹³ LENZA, Pedro. *Op. cit.* p. 1649.

²¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.* p. 47.

²¹⁵ Em sentido semelhante, Flávia Piovesan sustenta, em sua obra, uma terceira vertente do princípio da igualdade, voltada para a tutela de grupos passíveis de exclusão social, como é o caso do gênero, orientação sexual, raça, etnia e idade. Em certo grau, trata-se também de uma forma de reconhecimento da identidade da pessoa objeto de estigmatização. Nas palavras da autora, “a garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades é condição e pressuposto para o direito à autodeterminação, bem como para o direito o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, transitando-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57-59.

distribuição de renda, acesso a tecnologias e emprego, oferta de oportunidades, além dos conflitos entre os povos. Neste contexto, a noção de justiça deve alcançar não só as questões políticas e econômicas, relacionadas à distribuição, mas também o reconhecimento cultural.²¹⁶ Recorrendo às palavras de Boaventura de Souza Santos, “*as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza*”.²¹⁷

Importa frisar que a igualdade por reconhecimento é uma forma de enfrentar as injustiças que estão arraigadas na sociedade e nas normas jurídicas, bem como de proporcionar uma situação de paridade entre os cidadãos, diante das suas desigualdades, oferecendo oportunidades e uma tutela jurídica especial.²¹⁸ É preciso combater a marginalização social, sendo que a igualdade formal, por si só, torna-se incapaz de suprir e regular as desigualdades sociais e culturais.^{219 220}

Traduzindo essas considerações para o campo da transexualidade, percebe-se que o princípio da igualdade, nas suas vertentes material e como reconhecimento, tem aplicabilidade imediata como uma forma de reconhecer a identidade de gênero e combater o preconceito. Demonstra-se necessária uma transmutação social e cultural, além da tutela

²¹⁶ ARIZPE, Lourdes *et. al.* Cultural diversity, conflict and pluralismo. In **World culture report, 2000: cultural diversity, conflict and pluralism**. UNESCO Publishing, 2000. p. 24-42.

²¹⁷ SANTOS, Boaventura de Souza Santos. **As tensões da modernidade**. Porto Alegre: Fórum Social Mundial, 2001. p. 38.

²¹⁸ De acordo com Nancy Fraser, a única forma de criar uma situação de paridade entre os cidadãos e uma concepção de justiça é unir as políticas de distribuição e as políticas de reconhecimento. Trata-se, assim, de um conceito bidimensional de justiça, que engloba ambas as políticas. A proposta da autora é planejar sistemas sociais que possam reparar injustiças econômicas e sociais, que somente a união entre distribuição e reconhecimento são capazes de satisfazê-las, propiciando uma vida justa para todos. FRASER, Nancy. Redistribution, recognition and participation: towards an integrated concept of justice. In **World culture report, 2000: cultural diversity, conflict and pluralism**. UNESCO Publishing, 2000. p. 48-57.

²¹⁹ Nos termos do Ministro do STF Luís Roberto Barroso, “No caso da igualdade como reconhecimento, a injustiça a ser combatida não tem natureza legal ou econômica, mas cultural ou simbólica. Ela decorre de modelos sociais que excluem o diferente, rejeitam os “outros”, produzido a dominação cultural, o não reconhecimento ou mesmo o desprezo. Determinados grupos são marginalizados em razão da sua identidade, suas origens, religião, aparência física ou opção sexual como os negros, judeus, povos indígenas, ciganos, deficientes, mulheres, homossexuais e transgêneros”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845.779. *Op. cit.* p. 02.

²²⁰ Sobre a igualdade de oportunidades, Jaime Cabeza e José Arochena, em análise da Diretiva 2000/78/CE, estabelecem três pontos importantes para a sua caracterização, a saber: “(1) se concreta en derechos de creación legislativa o, dicho de otro modo, es derivada o relativa; (2) la estructura de los derechos de igualdad de oportunidades es prestacional, pues puede obligar a un dar, por ejemplo, a las administraciones sanitarias a facilitar a las parejas homosexuales las técnicas de reproducción asistida, o a un hacer, por ejemplo, a la empresa a prevenir acosos homófobos e lesbófobos a sus trabajadores/as; y (3) la eficacia solo vertical sería el supuesto del primer ejemplo, o vertical más horizontal, sería el supuesto del segundo ejemplo, depende de la concreta intermediación legislativa”. PEREIRO, Jaime Cabeza; AROCHENA, José Fernando Lousada. *Op. cit.* p. 61.

jurídica para criar uma melhor situação de paridade e justiça social. É imprescindível, desta forma, combater a discriminação, desconstruir aparências e pré-julgamentos e reconhecer o que é diferente.²²¹

Ato contínuo, constrói-se a premissa de se permitir um tratamento diferenciado e favorável às pessoas transexuais em favor da promoção da igualdade, na medida em que é concebido como legítimo e não arbitrário. A razão deste tratamento caminha no sentido da efetivação dos direitos fundamentais das pessoas que, por sua identidade, são postas em posição inferior em relação aos demais.

Conforme salientado ao longo desse estudo, as dificuldades enfrentadas pelas pessoas transexuais e transgêneros são inúmeros, a começar pelo reconhecimento da identidade de gênero. Via reflexa, há empecilhos para a retificação do nome civil, a obtenção de benefícios previstos na legislação nacional, o acesso ao emprego, dentre outros aspectos que colocam a transexualidade em um patamar de necessária tutela jurídica e social. Logo, toda distinção de tratamento que tenha como objetivo a inclusão social da pessoa transexual, será legítima e válida.^{222 223}

Na esfera do princípio da igualdade se encontra o dever ou a função de não discriminação, devendo o Estado tratar os seus cidadãos de forma igualitária, abrangendo todos os direitos, tais como os direitos fundamentais e sociais.²²⁴ Tem logrado êxito no combate à discriminação racial, entre gênero e sexo, na proteção de pessoas deficientes,

²²¹ Neste sentido, a Doutora Flávia Piovesan propõe que “Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto como processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão/exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação”. PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.* p. 49.

²²² O tratamento distinto em questão deve ser legítimo e estar dentro dos parâmetros permissíveis e toleráveis do princípio da igualdade. Este limite é sugerido pelo Ministro do STF, Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual afirma que “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 10.

²²³ Sobre as questões que envolvem a transexualidade e o tratamento diferenciado, ver GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Op. cit.* p. 141-145.

²²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.* p. 410.

idosos, crianças, e refugiados, enfrentando o desafio de tutelar grupos de pessoas passíveis de sofrerem condutas que atentem contra os seus direitos e garantias fundamentais.²²⁵

No âmbito laboral, a tutela antidiscriminatória é importante na proteção ao acesso ao emprego e contra o desemprego, a liberdade de escolha da profissão, as condições dignas de trabalho, a igualdade salarial, entre outros direitos previstos na legislação internacional e dos Estados.^{226 227 228}

É fundamental mencionar que o direito discriminatório é subdividido em discriminação direta e indireta, seja pela doutrina ou pela Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000, do Conselho da União Europeia. Entende-se por discriminação direta quando uma pessoa seja tratada de forma menos favorável em relação à outra, em situação idêntica. Vislumbra-se a discriminação indireta quando um critério relativamente neutro seja capaz de colocar alguém em situação desvantajosa em relação a outrem por motivos de religião, convicções pessoais, orientação sexual, classe etária ou deficiência. Todavia, não discriminação indireta se baseada em motivo legítimo ou por força da lei.^{229 230}

O dever de não discriminação é basilar neste trabalho, na medida em que corresponde a um critério de valoração e ponderação diante de atos públicos e particulares dirigidos em desfavor das pessoas transexuais e transgêneros. Valendo-se desta função, somada aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, será possível avaliar se a conduta direcionada é ou não discriminatória e quais as consequências jurídicas.²³¹ Além disso,

²²⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 671-672.

²²⁶ Direitos previstos no art. 23, da Declaração Universal dos Direitos Humanos Convenções nº 19, 100, 118 e 111 da OIT. Na Constituição Portuguesa, há previsão nos art. 13º, 47º, 58º e 59º. Na Constituição Brasileira, a proteção pode ser vislumbra nos arts. 7º, 170 e 201.

²²⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000. p. 358.

²²⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Igualdade e não discriminação em razão do género no domínio laboral – situação portuguesa e relação com o direito comunitário. Algumas notas. *In Estudos de Direito do Trabalho*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2003. P. 228-246.

²²⁹ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva nº 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000. Que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional. **Directiva 2000/78/CE do Conselho**. Bruxelas, Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/78/oj>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

²³⁰ PEREIRO, Jaime Cabeza; AROCHENA, José Fernando Lousada. *Op. cit.* p. 62-68.

²³¹ Com relação à atividade legislativa, a Doutora Maria do Rosário Palma Ramalho aduz que “em termos teóricos, a proibição de discriminações em função do sexo no texto constitucional evidencia a importância reconhecida a esta temática no nosso sistema. Esta importância manifesta-se na tutela acrescida que decorre da qualificação do princípio da igualdade como um direito fundamental, nos termos do art. 18º da CRP, e projecta-se no controlo obrigatório da constitucionalidade da produção normativa infra-constitucional em matéria de igualdade, de acordo com as regras gerais de relacionamento hierárquico entre as fontes jurídicas. O enquadramento constitucional da matéria acentua pois a sua importância, obriga a que toda a produção normativa passe pelo crivo da verificação da constitucionalidade e convida a uma regulamentação de

diante da colisão de direitos fundamentais, em que será necessário recorrer ao juízo da prevalência, surge como critério para a maximização da tutela de um direito, em desfavor do outro em conflito.

Cabe salientar também que o dever de não discriminação tem sido consagrado nas decisões judiciais que abordam a temática da transexualidade e orientação sexual, seja na esfera cível ou trabalhista, em que houve o julgamento de questões importantes, como é o caso do acesso a banheiros e vestiários conforme o atual gênero e o direito ao uso do nome adotado após a retificação no registro civil.²³²

Visto isto, engloba a proibição de discriminação direta ou indireta dos trabalhadores, além da obrigação de criação de oportunidades iguais, sem qualquer distinção, que se efetiva por meio de ações positivas. Caso contrário, diante da imposição de medidas que coloquem o trabalhador em condição inferior aos demais, a conduta será evidentemente discriminatória. Frente ao caso concreto, deve-se atentar quanto à conduta exigível do empregador, avaliando se o trato direcionado a um trabalhador seria o mesmo em relação a outros trabalhadores.

6. OS REFLEXOS DO DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO.

6.1. A batalha pelo vestiário e a colisão de direitos fundamentais.

6.1.1. Comentários aos casos brasileiros Paulo César dos Santos (TRT da 9ª Região) e André dos Santos Fialho (STF) e o processo americano Krystal S. Etsitty (Court of Appeals for the Tenth Circuit).

É imperioso acentuar que uma questão sensível vem sendo discutida pela doutrina e jurisprudência internacional no que diz respeito ao uso de vestiário pelos transexuais e

desenvolvimento ou de explicitação do princípio nos diversos domínios – como aliás se verificou historicamente”. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Op. cit.* p. 229.

²³² Sumariamente e dentro da temática da orientação sexual, o dever de não discriminação foi levantado no caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, julgado em 24 de fevereiro de 2012 pela Corte Interamericana. Na oportunidade, os Magistrados entenderam pela interpretação aberta do art. 1º, parágrafo 1, da Convenção Americana, incluindo a orientação sexual dentro do dever de não discriminação por parte dos Estados. Para mais detalhes, ver PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 226-227.

transgêneros. O tema vem sendo levantado tanto na esfera cível quanto na seara trabalhista, razão pela qual merece a nossa análise. A problemática gira em torno de definir se as pessoas transexuais e transgêneros devem utilizar o banheiro que esteja conforme o seu sexo biológico ou o gênero identificado.

Inicialmente, o tema suscita evidente conflito de direitos fundamentais. De um lado, a pessoa transexual ou transgênero detém o pleno direito de exercer a identidade de gênero e os reflexos e, de outro lado, as pessoas que sentem a violação do direito à reserva da vida privada ao dividirem o espaço íntimo com alguém que originariamente não nasceu com o mesmo sexo biológico.

É relevante ressaltar que a jurisprudência laboral brasileira já se manifestou a respeito da controvérsia, por meio do processo autuado sob o número 0000939-77.2012.5.09.0003, em trâmite no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região – Estado do Paraná, que causou grande divergência entre os Julgadores.²³³

A reclamante, Renata Maciel dos Santos (nome de nascimento Paulo Cesar dos Santos), ajuizou Reclamação Trabalhista em face do seu antigo empregador, por ter sofrido humilhações e constrangimentos no posto de trabalho, motivados pela transexualidade.²³⁴ Narrou que as partes celebraram contrato de trabalho por prazo determinado, compreendido entre 12 de setembro de 2011 e 20 de novembro de 2011, para o exercício da função de Ajudante Geral Sazonal. O contrato foi prorrogado uma única vez, ocorrendo a sua rescisão contratual no dia 16 de março de 2012.

Alega que, embora a entidade empregadora tivesse ciência da sua transexualidade, foi impedida de utilizar o vestiário feminino. Sustenta que, para fazer uso do vestiário masculino totalmente vazio, sentia-se compelida a chegar na empresa cerca de uma hora antes do início da sua jornada de trabalho.

Afirma que constantemente era vítima de constrangimento e hostilidade por parte dos colegas de trabalho, os quais procediam a ruptura dolosa da chave do seu armário pessoal, o recebimento de bilhetes com expressão de baixo calão e depreciativos e lhe chamavam pelo nome constante no registro civil, recusando-se a reconhecer o nome social. Todas as situações foram encaminhadas ao setor de Recurso Humanos da empresa, que, a princípio,

²³³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Processo nº 0000939-77.2012.5.09.0003**. Curitiba, Paraná, 2012. Disponível em: <<https://www.trt9.jus.br/autosdigitais/visualizador/index?processo=21076&ano=2012&vara=3®iao=9&curso=0&digito=0#aba-8958286>>. Acesso em: 17 jan. 2017, mediante assinatura digital.

²³⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Petição Inicial. *Op cit.* 3-30.

cumpria o seu papel educativo dentro no ambiente de trabalho, como forma de preservar os funcionários de qualquer assédio moral, sexual e atos discriminatórios. Porém, mesmo ciente de todo o problema, o empregador teria lhe obrigado a utilizar o vestiário masculino. Assim, requereu a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, no montante concernente entre dez e cinquenta salários normativos.

A ré, em Contestação, negou as alegações constantes na exordial, ressaltando que a transexualidade da reclamante nunca configurou qualquer impeditivo para a sua contratação e renovação do contrato de trabalho. Além disso, destaca ter recebido o “*Selo Paulista da Diversidade*”, por meio do qual se reconheceu a capacidade de promover a inclusão social no ambiente laboral, e o prêmio “*Melhores Empresas para Trabalhar no Brasil*”, por incentivar a confiança e o respeito entre os funcionários.²³⁵

Com relação à questão do uso dos vestiários, informa que durante o exercício das atividades laborais, a reclamante sempre se vestia de acordo com o gênero masculino, motivo pelo qual era chamada pelo nome constante no seu registro civil e recebeu a orientação para utilizar o vestiário compatível. Além disso, salienta que a recomendação decorreu do desconforto relatado por outros colegas de trabalho em dividir o mesmo local. Desta forma, requereu a improcedência do pedido de condenação ao pagamento de danos morais.

Ao julgar o mérito, o Exmo. Juiz do Trabalho da 3ª Vara de Curitiba, do TRT da 9ª Região, Sr. Dr. Lucas Furiati Camargo, indeferiu a pretensão autoral, sustentando que a empresa é detentora do “*Selo Paulista da Diversidade*” e, em novembro de 2011, prorrogou o contrato de trabalho celebrado com a reclamante, o que demonstra que não considerava a transexualidade como empecilho para a sua contratação e continuidade da relação de emprego.²³⁶ Ademais, asseverou que não restou provado pela parte autora que sofreu as ofensas narradas na exordial, seja por meio de prova documental ou testemunhal. Não houve a inversão do ônus da prova, incumbindo à parte autora a comprovação do fato constitutivo do seu direito (Inteligência do art. 818, I, da CLT).

Sobre a utilização do vestiário masculino, o Juízo *a quo* consignou que a empresa ré permitiu que a reclamante utilizasse o vestiário feminino, porém, após queixas de algumas funcionárias, orientou que fizesse uso do banheiro masculino em virtude da sua aparência física, que se coadunava à época com o gênero masculino. Desta feita, entendeu que houve

²³⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Contestação. *Op. cit.* p. 81-122.

²³⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Sentença. *Op. cit.* p. 221-229.

conflito entre os valores individuais da reclamante e coletivos das demais trabalhadoras, não sendo proporcional exigir que a reclamada criasse vestiários exclusivos para os funcionários transexuais. Reconheceu, contudo, que a sociedade precisa amadurecer com relação ao tema, para evitar esse choque de valores. Com base nestes argumentos, o Magistrado indeferiu o pleito autoral.²³⁷

Informada com a Sentença proferida pelo ilustre Juízo de Primeiro Grau, a reclamante interpôs Recurso Ordinário para o E. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Ao julgar o apelo autoral, os eminentes Desembargadores da 1ª Turma do TRT da 9ª Região, por maioria, deram-no provimento, restando vencida a Exma. Sr. Dra. Desembargadora Neide Alves dos Santos. A questão levantou divergência, principalmente no que diz respeito à colisão de direitos fundamentais, ponto central da lide.²³⁸

Ao apresentar o Voto, o Exmo. Sr. Desembargador Edmilson Antônio de Lima, o qual foi acompanhado pelo Exmo. Sr. Desembargador Paulo Ricardo Pozzolo, chamou a atenção para o correto uso dos termos gramaticais nas peças processuais ao fazer referência à reclamante, que é mulher transexual. Rechaçou a utilização de termos masculinos na Ação Trabalhista, ao contrário do que se observa na peça defensiva apresentada pelo empregador, que utilizou termos masculinos para se referir à autora.²³⁹

Em sua fundamentação, o Julgador afirmou que a reclamante se identifica com o

²³⁷ Não obstante as considerações constantes na Sentença, o Exmo. Juízo de Piso também demonstrou certa preocupação com a questão de a empresa criar um vestiário específico destinado a trabalhadores transexuais, o que poderia fomentar ainda mais o preconceito no ambiente de trabalho. Inevitavelmente, uma ação afirmativa pode acarretar, verdadeiramente, o efeito contrário, agravando o preconceito contra a pessoa transexual. Neste sentido, o Exmo. Juiz do Trabalho Sr. Dr. Lucas Furiati Camargo consignou, com absoluta razão, que “A partir de uma análise de proporcionalidade, entendo que não é exigível que a reclamada construa vestiários específicos para transexuais. As medidas antidiscriminação devem ser conscientizadoras, como aparentemente tomadas pela empresa, conforme os documentos apresentados. Exigências desmedidas para a proteção de grupos desfavorecidos podem repercutir em maior grau de discriminação e maior dificuldade de inserção no mercado de trabalho, o que gera o efeito contrário ao desejado”. De fato, não há qualquer justificativa para a promoção desta medida, porquanto a inclusão social não se concretiza por meio de ações que desencadeiem ainda mais a segregação e a marginalidade. Reconhecemos, nesta oportunidade, que não é uma questão de fácil resolução, porém a entidade empregadora tem o dever de buscar alternativas para sanar o cenário discriminatório, porque é o seu dever legal a promoção do ambiente de trabalho equilibrado. Assim, diante da colisão de direitos fundamentais, deve-se ponderar a respeito da efetivação de um direito individual em detrimento do outro, conforme as variações de cada caso concreto. No caso em exame, a conscientização dos trabalhadores é necessária. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. *Op. cit.* p. 223.

²³⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Voto. *Op. cit.* p. 314-328.

²³⁹ Vale ressaltar o brilhantismo das considerações do ilustre Sr. Desembargador Edmilson Antônio de Lima, porquanto a inclusão social deve ser promovida em todas as esferas, inclusive no Poder Judiciário. Se a reclamante, mulher transexual, possui nome social, o fato deve ser integralmente respeitado pela sociedade. O primeiro passo para compreender a problemática é justamente honrar os princípios constitucionais e os direitos e garantias fundamentais, como é o caso da vida privada, liberdade e dignidade da pessoa humana, os quais estão intimamente relacionados ao direito ao nome.

gênero feminino, o que deve ser respeitado pela sociedade e pelo Poder Judiciário, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da CRB. Enfatizou que a própria reclamada admitiu na Defesa que a autora costumava se travestir conforme o gênero feminino, sendo, portanto, de conhecimento de todos, inclusive dos colegas de trabalho, a identidade de gênero. O depoimento pessoal da preposta da entidade empregadora, em audiência de instrução e julgamento, corrobora a informação. Além disso, se os próprios colegas de trabalho, em determinado momento, referiam-se à reclamante pelo nome de “Renata”, por óbvio tinham conhecimento acerca da sua transexualidade. Assim, ao contrário do Exmo. Juízo *a quo*, o eminente Desembargador deu importância a todo o contexto que envolve a lide, não se limitando à questão da aparência física da trabalhadora.

Desta forma, o Magistrado entendeu que o empregador incorreu em ato discriminatório ao obrigar a reclamante a utilizar o vestiário masculino, e deu provimento à pretensão autoral, fixando o montante condenatório de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais.²⁴⁰

Não obstante a fundamentação fático-jurídica apresentada pelo Magistrado, é preciso validar as argumentações contrárias no que concerne ao tema. Nesta esteira, vencida na matéria, a Exma. Sra. Desembargadora Neide Alves dos Santos negou provimento ao pedido autoral, sob os seguintes argumentos. No *decisum*, entendeu que, diante da colisão de direitos fundamentais e se valendo do critério da ponderação, a proibição imposta pela entidade empregadora não configura ato ilícito. Isto porque a possibilidade menos traumática para a resolução do conflito seria maximizar o direito da coletividade, no caso as empregadas

²⁴⁰ Frise-se os argumentos levantados pelo Exmo Sr. Desembargador Edmilson Antônio de Lima para dar provimento ao apelo autoral, *in verbis*: “embora biologicamente a autora tenha nascido com genitália masculina, no caso dos autos, ao que tudo indica, ela age socialmente como mulher (veste-se como mulher e prefere ser chamada de Renata), assim como aquelas que assim o são por determinação biológica. A autora se vê como mulher e assim espera ser tratada pela sociedade. As travestis, transexuais, ou seja, as transgênero de modo geral devem ser encaradas como mulheres na utilização do banheiro e em qualquer ocasião de suas vidas sociais, em respeito ao princípio da dignidade humana, sem nenhuma discriminação (art. 3º, IV, da CRFB/1988). Ainda, vale destacar que segundo os termos da defesa, “as instalações as instalações contam banheiros e chuveiros privativos” (fl. 93). Ou seja, não havia de as empregadas despirem-se totalmente na frente das outras. A situação de a autora ser vista de lingerie perante os empregados do sexo masculino me parece mais desconfortante do que as empregadas do sexo feminino serem vistas de lingerie pela parte autora, que também se vê como mulher. (...) Portanto, com a devida vênia, diante do que dispõe a Constituição da República e diante das circunstância fática retratada no presente processo, reputo ser discriminatória a atitude da ré ao determinar que a autora utilizasse o vestiário masculino. Uma vez que a ré afirma prezar pelo bem-estar de seus empregados, apostando em políticas de boa prática e inclusão social, de modo a pregar um ambiente de trabalho livre de quaisquer formas de discriminação” (fl. 85), penso que quando do impasse relativo à utilização do vestiário feminino pela parte autora, deveria ter buscado a conscientização das demais empregadas, para que elas entendessem que a autora se vê como mulher e assim espera ser vista pela sociedade”. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Voto. *Op. cit.* p. 320.

da empresa ré, que se sentiram lesadas ao dividir o vestiário com uma pessoa do sexo masculino. Concluiu que as consequências do uso do banheiro de acordo com o gênero da autora, e não conforme o seu sexo biológico, seria prejudicial para a coletividade, embora o pleito autoral também seja tratado na qualidade de um direito fundamental. Em sentido diverso do Voto anterior, a Magistrada pressupôs que a reclamante mantinha aparência física masculina no posto de trabalho. Nesta esteira, indeferiu o apelo autoral, mantendo a Sentença de improcedência proferida pelo Juízo *a quo*.²⁴¹

Visto isto, a maioria dos Desembargadores da 1ª Turma do TRT da 9ª Região votou pela reforma da Sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau, condenando a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais à autora, nos termos das fundamentações supra.

É imperioso acentuar que o conflito pelo uso do banheiro por parte da pessoa transexual ou transgênero também foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, designadamente no julgamento do Recurso Extraordinário nº 845.779. Não se trata de processo trabalhista, porém a questão merece o devido aprofundamento em virtude da relevância e do precedente.^{242 243}

²⁴¹ Vencida quanto à questão, a Exma. Sra. Desembargadora Neide Alves dos Santos fundamentou que “A meu ver, contudo, tal fato, por si só, não se configura ilícito a ensejar o deferimento de indenização por dano moral. Isso porque, ainda que a parte reclamante se identifique por gênero diferente daquele que lhe foi outorgado naturalmente, tendo o desejo de viver e ser aceita como do sexo feminino, no caso em apreço, por possuir aparência física masculina, o exercício ou a realização do seu direito fundamental à intimidade (utilização do banheiro/vestiário feminino, em conformidade com seu sentimento próprio de pertencer ao gênero feminino) tem consequências negativas sob o mesmo direito fundamental das empregadas da reclamada (utilização de banheiro/vestiário feminino sem a presença de pessoa do sexo masculino). É certo que há o confronto entre direitos fundamentais de igual peso, donde resulta a necessidade da ponderação dos valores em colisão, considerando-se o indivíduo e a coletividade envolvida (direito à intimidade da parte reclamante e o direito à intimidade das empregadas da reclamada). Não se lhe nega a natureza de direito fundamental, a partir do qual se busca assegurar níveis máximos de autonomia e dignidade aos indivíduos, não obstante, em face do conflito existente, necessário restringir a otimização de um princípio em virtude da maximização de outro, de forma menos traumática para o sistema como um todo, o que, no caso dos autos, se obtém com a prevalência do direito da coletividade de empregadas sobre o direito individual da parte reclamante. Dessa forma, embora a decisão da reclamada de proibir a utilização do banheiro/vestiário feminino pela parte reclamante tenha restringido o exercício pleno de um direito fundamental do obreiro, tal medida encontra-se adequada ao critério da razoabilidade e ponderação de valores, sendo menor a limitação sofrida em comparação com a perda que decorreria da prevalência de seu direito fundamental à intimidade sobre o direito fundamental à intimidade de todas as empregadas da reclamada”. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Voto. *Op. cit.* p. 344-355.

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 845.779**. Brasília, Distrito Federal, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4657292>>. Acesso em: 02 de março de 2018.

²⁴³ Em análise a todas as peças processuais e comentários ao caso, sugere-se a leitura da obra de Renan Sales de Meira. MEIRA, Renan Sales de. **O banheiro em disputa: igualdade, reconhecimento e identidade de gênero**. Belo Horizonte: Initia Via, 2017. 245 p.

A requerente, qualificada como André dos Santos Fialho e nome social Ama Fialho, ajuizou Ação de Indenização por danos morais em face de um *Shopping Center*, por ter sido impedida de utilizar o banheiro feminino quando se encontrava no estabelecimento. Afirma que os funcionários da requerida mantiveram postura grosseira, causando-lhe constrangimento.

Já na esfera do Recurso Extraordinário, o Ministro do STF Luís Roberto Barroso proferiu notório e grandioso voto oral, abordando todas as questões que envolvem a conflito, isto é, os esclarecimentos terminológicos, as especificidades dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, e também dados que relatam a marginalização social e o preconceito que as pessoas transexuais são submetidas.²⁴⁴

Quanto à controvérsia da Ação judicial, recorreu ao critério da ponderação frente à colisão de direitos individuais. De um lado, a requerente, mulher transexual, que tem o direito de reconhecimento da sua identidade de gênero e os seus reflexos, que envolve o uso do banheiro que esteja conforme o seu gênero. Em outra face estão as mulheres cisgêneros gozam do direito fundamental à privacidade e eventualmente podem se sentir constrangidas com a presença de uma pessoa transexual em um espaço tão particular.

A solução alcançada pelo eminente Ministro é semelhante à conclusão auferida pelo ilustre Desembargador Edmilson Antônio de Lima, caminhando no sentido de avaliar a intensidade do constrangimento sofrido por cada parte, neste caso, a pessoa transexual e a coletividade de mulheres cisgêneros. Nos termos da fundamentação constante no voto oral, o Ministro entendeu que o desconforto sofrido pelas mulheres cisgêneros é inferior à situação vexatória que a mulher transexual estaria subjugada caso frequentasse o vestiário masculino. Diante do combate do direito à privacidade versus os direitos fundamentais à igualdade e liberdade, maximizou estes em detrimento daquele.²⁴⁵

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845.779. Voto Oral. *Op. cit.* p. 1-12.

²⁴⁵ O eminente Ministro Luís Roberto Barroso pondera, com razão, que “Portanto, ao se fazer esta ponderação, tem-se uma restrição leve ao direito à privacidade versus uma restrição intensa aos direitos à igualdade e à liberdade. A diferença entre os níveis de restrição aos direitos em potencial conflito, somada ao maior peso a ser dado às liberdades existenciais, revela que a solução constitucionalmente adequada consiste no reconhecimento do direito dos transexuais serem socialmente tratados de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive no que se refere à utilização de banheiros de acesso público. 29. Em todos os casos em que não haja restrição significativa a direitos de terceiros ou a qualquer valor coletivo merecedor de tutela jurídica, o Estado deve adotar uma postura ativa contra o preconceito e a intolerância, protegendo as escolhas existenciais das pessoas, inclusive, no presente caso, por meio da afirmação do direito de serem tratadas socialmente em consonância à sua identidade de gênero”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845.779. Voto Oral. *Op. cit.* p. 9-10.

Em sentido oposto aos julgamentos supra e que também merece a devida validação, há o caso americano, de identificação 502 F.3d 1215, julgado em 20 de setembro de 2007, envolvendo a trabalhadora Krystal S. Etsitty, naquela oportunidade apelante, e a empresa Utah Transit Authority, apelada. Em síntese, a apelante, mulher transexual, ajuizou Ação em face do seu ex-empregador, bem como da sua ex-gerente Betty Shirley, alegando dispensa discriminatória, motivada pelo fato de ser transexual e não ter correspondido a um comportamento masculino no posto de trabalho. Assim, sustentou a violação do “*Title VII and the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment*”.²⁴⁶ Vale ressaltar que Etsitty, que adotou o nome de Krystal, submeteu a tratamento hormonal com endocrinologista e mantinha um comportamento feminino, seja pelos maneirismos ou forma de se vestir. Todavia, ainda não havia realizado a cirurgia de alteração de sexo.

No desenvolvimento das suas atividades laborais, normalmente a apelante utilizava banheiros públicos, sendo que logo no início da vigência do contrato de trabalho se identificava como homem e usava vestiários masculinos. Porém, logo em seguida, informou ao seu Supervisor, Sr. Pat Chatterton, que era transexual e a partir de então adotaria a caracterização feminina no ambiente laboral, incluindo maquiagem, acessórios, unhas pintadas, dentre outros estereótipos, sem qualquer oposição. Como reflexo, passou a utilizar de banheiros femininos.

Quando soube do fato, a sua ex-gerente, Sra. Betty Shirley esboçou preocupação com relação ao uso de banheiros femininos, e não masculinos como ocorria anteriormente. Junto ao setor de Recursos Humanos da empresa, houve a marcação de uma reunião com Etsitty, a qual confirmou que, embora fosse transexual feminino, ainda mantinha a genitália masculina por não ter condições financeiras para a realização da cirurgia. Em virtude disso, foi imposta licença administrativa à apelante e, em seguida, foi procedida a rescisão contratual. No caso, a rescisão contratual foi motivada por receio de a empresa sofrer alguma responsabilidade, já que Etsitty passou a utilizar os banheiros públicos femininos no decorrer das suas atribuições laborais e com o uso do uniforme da empresa.

Ao julgar o mérito da Ação, o Tribunal analisou se as pessoas transexuais estariam protegidas pelo “*Title VII and the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment*”, norma que trata a respeito de discriminação em razão do sexo. Naquela ocasião e em atenção

²⁴⁶ ESTADOS UNIDOS. Court Of Appeals For The Tenth Circuit. **Etsitty v. Utah Transit Authority**, 502 F.3d 1215 (10th Cir. 2007). 2007. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/1235728/etsitty-v-utah-transit-authority/>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

a julgamentos anteriores, o Tribunal entendeu que o debate sobre a discriminação ou não de pessoas transexuais não estava amparada pela referida norma, por não se tratar de discriminação em razão do sexo. Adotou, assim, uma corrente interpretativa tradicional e restritiva, considerando que o termo “sexo” abrange somente homens e mulheres. Logo, não há espaço para os transexuais suscitarem o status protetivo da norma.

Além disso, a decisão é fundamentada no sentido de corroborar que a preocupação da empresa não é discriminatória com base no sexo e que a sua pretensão foi não expor homens biológicos a desvantagens. Portanto, o Tribunal manteve a decisão proferida pela Corte Distrital.²⁴⁷

6.1.2. A colisão de direitos fundamentais e a construção do silogismo para o uso do banheiro conforme o gênero.

Feitas estas considerações a respeito dos julgamentos, ocorridos tanto na esfera trabalhista quanto no ramo da responsabilidade civil, faz-se mister aprofundar as questões que envolvem a controvérsia do uso dos banheiros e vestiários. Destaca-se que o tema vem sendo tratado como um dos pontos-chaves e sensíveis que envolvem as pessoas transexuais e transgêneros.

De início, é necessário perceber que o reconhecimento da identidade de gênero abrange não só a possibilidade de a pessoa promover a transição de gênero, mas também o efetivo gozo dos seus reflexos práticos e jurídicos. Os reflexos, neste caso, englobam a aplicação de normas jurídicas, a concessão de benefícios, a possibilidade de alteração do nome, o uso de banheiro compatível, dentre outros derradeiros lógicos.

Inevitavelmente, para tratar do tema, socorremo-nos ao Direito Constitucional, nomeadamente quanto à aplicação dos direitos fundamentais e a sua interpretação, para, em seguida, construir um silogismo a respeito do uso de banheiros e vestiários por parte das pessoas transexuais.

Como é cediço, ocorre típica colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito, por parte de alguém ou uma coletividade, confronta com o direito de outro titular.

²⁴⁷ Conforme as observações da Doutora Milena Silva Rouxinol, a decisão é bastante criticada pela doutrina internacional, porém se trata de prática corriqueira das empresas no âmbito dos Estados Unidos. ROUXINOL, Milena Silva. *Op. cit.* p. 27, nota 65.

Trata-se de verdadeiro conflito de direitos e garantias fundamentais praticados por titulares distintos, diferentemente do que ocorre nas hipóteses de acumulação ou cruzamento de direitos individuais.²⁴⁸

Cabe salientar que essa colisão pode ocorrer entre direitos e bens jurídicos ou entre direitos fundamentais vulneráveis ou não a sofrerem algum tipo de restrição. Quanto ao primeiro, há um bem jurídico constitucionalmente garantido, qualificado como bem da comunidade, que se choca com o regular exercício de um direito fundamental de outrem. A título de esclarecimento, tem-se o caso em que do direito à deslocação (art. 44º, da CRP) que se conflita com o bem jurídico da saúde pública (art. 64, da CRP). Ainda, o direito a propriedade (art. 5º, XXII, CRB) pode sofrer certa restrição por motivos de um bem maior, como é o caso da desapropriação por utilidade pública (art. 5º, XXIV, CRB).²⁴⁹

A segunda espécie diz respeito à colisão de direitos fundamentais passíveis ou não de restrição. Aqueles se revelam diante de uma lei restritiva, ao passo que estes só podem sofrer algum tipo limitação se houver previsão ou autorização da Constituição.²⁵⁰

Visto isto, a questão que se levanta é como buscar a melhor solução diante da colisão de direitos fundamentais, que, nas palavras do Doutor J. J. Gomes Canotilho, “são sempre direitos *prima facie*”.²⁵¹ Não se trata de questionar a validade de um direito ou se este é melhor e mais abrangente do que aquele, mas de criar uma harmonização normativa. Isto

²⁴⁸ Emerge dos valiosos ensinamentos de J.J. Canotilho que “A colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos. A colisão ou conflito de direitos fundamentais encerra, por vezes, realidades, diversas nem sempre diferenciadas com clareza”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.* p. 1270.

²⁴⁹ Com relação à colisão de direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade, o Doutor J.J. Canotilho esclarece que “Não se trata de qualquer valor, interesse, exigência, imperativo da comunidade, mas sim de um bem jurídico. Exige-se, pois um objeto (material ou imaterial), valioso (bem), considerado como digno de protecção, jurídica e constitucionalmente garantido. Nesta perspectiva, quando se fala em bens como saúde pública, património cultural, defesa nacional, integridade territorial, família, alude-se a bens jurídicos constitucionalmente recebidos e não a quaisquer outros bens localizados numa pré-positiva ordem de valores. Os bens jurídicos de valor comunitário não são todos e quaisquer bens que o legislador declara como bens da comunidade, mas apenas aqueles a que foi constitucionalmente conferido o carácter de bens da comunidade”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ibidem.* p. 1271.

²⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ibidem.* p. 1273.

²⁵¹ O doutrinador J. J. Canotilho afirma que “Os direitos fundamentais são sempre direitos *prima facie*. Se, nas circunstâncias concretas, se demonstrar, por ex., a alta probabilidade de o julgamento público de um indivíduo pôr em risco o seu direito à vida (risco de enfarte), a ponderação de bens racionalmente controlada justificará, nesse caso, o adiamento da audiência de discussão e julgamento. O direito à vida tem, nas circunstâncias concretas, um peso decisivamente maior do que o exercício da acção penal. Do mesmo modo, a colisão entre direito à vida, mais concretamente, o direito a nascer, e o direito à interrupção da gravidez por motivos criminosos (a gravidez resulta de crime de violação), só pode decidir-se quando se demonstre que, num caso concreto, o nascituro é filho do crime, podendo o legislador solucionar o conflito, excluindo, nestes casos, a ilicitude ou a culpa no comportamento dos intervenientes na interrupção da gravidez”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ibidem.* p. 1274.

significa que se pretende, frente à avaliação de cada caso concreto, realizar um juízo de ponderação para se determinar a prevalência ou maximização de um direito em detrimento do outro.²⁵²

Todavia, há direitos absolutos que não podem sofrer qualquer tipo de restrição, mesmo em casos excepcionais, como é o caso do direito fundamental de não ser escravizado e tampouco torturado. Conforme lecionado por Norberto Bobbio, sobre esses direitos não há concorrência ou incompatibilidade com outros direitos. Contudo, esta tarefa não é fácil e são poucos os direitos fundamentais que não se conflitam com outros direitos, também considerados fundamentais.²⁵³

Sobre esta questão, o doutrinador Robert Alexy defende um conteúdo essencial que atua como limitador da restrição a direitos fundamentais. Segundo o autor, a restrição de um direito fundamental é possível diante do critério de ponderação entre os princípios em colisão, atribuindo uma maior relevância a um princípio em detrimento do outro. Conclui, neste sentido, que “*os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade*”.²⁵⁴

A discussão a respeito da colisão de direitos fundamentais é constantemente aprofundada pela doutrina e jurisprudência, nomeadamente em situações emblemáticas e polêmicas. Com o surgimento do fenômeno da globalização, o debate se acentuou, porque gera a flexibilização de direitos fundamentais por motivos econômicos e financeiros, e fomenta situações adversas no campo dos direitos fundamentais como, por exemplo, os pensamentos xenófobos decorrentes das inúmeras migrações que ocorreram ao redor do mundo e os pensamentos extremistas. De acordo com Maria Benedita Urbano, a globalização desencadeia um “*stress*” no Estado de Direito.²⁵⁵

Cabe salientar que há casos relevantes em que a matéria foi suscitada, como o debate sobre o uso de símbolos religiosos nas escolas. A discussão se encontra no embate entre Estado laico e os imigrantes de religião muçulmana. De um lado, o Estado visa promover os

²⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.* 1274.

²⁵³ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 14.

²⁵⁴ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 296.

²⁵⁵ URBANO, Maria Benedita. Globalização: os direitos fundamentais sob stress. **Estudos em Homenagem Ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. IV**, Coimbra, 2010. p. 1024.

direitos sociais relativos à saúde, segurança e educação nas escolas públicas e, de outro lado, há o direito constitucional de liberdade religiosa do estudante.²⁵⁶

Outro caso de suma relevância é o julgamento realizado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 2006 a respeito da Lei da Segurança nos Transportes Aéreos (*Luftsicherheitsgesetz*). O problema surgiu em virtude de uma disposição legal que permitia ao Ministro da Defesa a determinar a derrubada de um avião se colocasse em risco a vida de outros passageiros e se fosse a única forma de evitar um desastre.²⁵⁷

Em virtude desta disposição, um grupo de pilotos que viajava com frequência apresentou queixa constitucional perante o Tribunal Constitucional, o qual deu provimento ao apelo, tendo em vista que a conduta do Ministro da Defesa poderia colocar em risco a vida de passageiros inocentes e alheios ao problema.²⁵⁸

O Tribunal Alemão, ao julgar o mérito, entendeu que a legislação violava a Lei Fundamental, designadamente os direitos à vida e dignidade humana e que o Ministro da Defesa poderia incorrer em erro na sua análise e determinação. Assim, diante do conflito de direitos fundamentais, isto é, direito à vida e direito à segurança, aquele prevaleceu, com razão, sobre este.²⁵⁹

A problemática, que está longe de ser resolvida, demonstra o grande desafio para a harmonização de direitos e interesses conflitantes, sobretudo quanto à extensão de direitos fundamentais, designadamente direitos sociais e políticos.

Valendo-se do juízo da ponderação, bem como sobre a possibilidade de prevalência de um direito sobre o outro, cumpre avaliar especificamente a polêmica que envolve o uso de banheiros e vestiários por pessoas transgêneros e transexuais, seja de acordo com o gênero com o qual se identifica ou com o sexo biológico. Para tanto, é preciso construir um silogismo, por meio do qual se alcançará uma solução justa, proporcional e razoável para o tema.

²⁵⁶ A Doutora Maria Benedita Urbano enfatiza que “para além disso numa sociedade altamente regulada torna-se mais difícil assegurar o livre exercício dos direitos fundamentais. No caso específico do uso de símbolos religiosos nas escolas públicas, o exercício da liberdade de religião pode colidir com normas relativas à saúde (o uso do véu islâmico pode provocar o estrangulamento, em especial nas aulas de ginástica), à segurança (o facto de nem todos praticarem a mesma religião, já para não falar na existência de ateus e agnósticos, pode causar atritos entre os alunos, na medida em que alguns se sintam provocados pela utilização, por parte de outros, de símbolos religiosos, ou ostracizados por eles próprios não os usarem), à indumentária (em algumas escolas existem códigos de vestuário, etc.”. URBANO, Maria Benedita. *Op. cit.* p. 1044.

²⁵⁷ URBANO, Maria Benedita. *Ibidem.* p. 1039.

²⁵⁸ Comentários retirados da obra de Jorge Reis Novais. NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.* p. 241 e seguintes.

²⁵⁹ URBANO, Maria Benedita. *Op. cit.* p. 1039.

Conforme explicitado nos julgamentos proferidos em sede do TRT da 9ª Região e no STF, a controvérsia não se limita ao Direito do Trabalho, observando-se em todo o dia a dia da pessoa transexual e transgênero, incluindo o ambiente escolar, estabelecimentos públicos e privados, postos de trabalho, entidades religiosas, dentre outros. Basta haver a disponibilidade do uso de banheiros e vestiários para que a polêmica seja instalada.

Em um ponto de vista, temos a pessoa transexual e transgênero que, no gozo do seu direito fundamental à identidade de gênero, pretende usar o banheiro que esteja em consonância com o gênero com o qual se identifica. Trata-se de consequência prática da efetivação da transição de gênero, independentemente se houve ou não a realização da cirurgia de redesignação sexual.

Em outro turno, encontram-se as pessoas cisgêneros que no gozo do direito fundamental à privacidade se recusam a compartilhar o espaço íntimo com alguém que não esteja dentro do modelo binário enraizado na sociedade, ou seja, um homem que não aceita utilizar o mesmo banheiro e vestiário com uma pessoa aparentemente do gênero feminino e vice-versa. As alegações principais, nestes casos, situam-se no campo do constrangimento, desconforto e medo de sofrer algum tipo de assédio moral ou sexual.

Não é uma solução fácil de ser alcançada, porque ambos os lados gozam dos respectivos direitos fundamentais, previstos nas Constituições Federais e na legislação internacional protetiva. Assim, o primeiro passo para o silogismo categórico é compreender a intensidade e o grau do exercício e da violação do direito.

A pergunta problema, nesta altura, que se realiza é: Valendo-se do juízo da ponderação, deve-se prevalecer e maximizar o direito à liberdade, igualdade e dignidade das pessoas transexuais e transgêneros ou o direito à vida privada dos cidadãos cisgêneros?

A primeira premissa se refere ao direito à privacidade das pessoas cisgêneros, originariamente do sexo e gênero masculino ou feminino. Em capítulo próprio, destacamos que as questões que envolvem a identidade de gênero passam por um modelo histórico enraizado na sociedade, fundamentado por diversos fatores, como a moral, os bons costumes, a política, a religião, dentre outros. Assim, não raramente estaremos diante de personagens que, por suas convicções pessoais, não concordam com os fundamentos relativos à identidade de gênero. Possuem uma visão particular que as impedem de aprofundar ou evoluir a respeito da matéria. Portanto, tendem a não aceitar o estilo de vida das pessoas homossexuais e daquelas que não reconhecem o sexo e gênero de nascimento.

Via de consequência, oferecem grande resistência ao compartilhamento de banheiros e vestiários com esses sujeitos.

Salvo melhor juízo, a situação revela certo grau de ignorância e desconhecimento sobre o tema, o que representa um empecilho para que a sociedade evolua cada vez mais no que concerne a aceitação do público LGBT. Não se pretende negar os direitos fundamentais à liberdade de expressão ou até mesmo a liberdade religiosa, podendo o cidadão emitir opiniões e as suas próprias convicções. Porém, é preciso avaliar a sua real dimensão e até que ponto isso interfere ou restringe o pleno exercício do direito fundamental de outrem.

Afinal, o desconforto sofrido por essas pessoas se sobressai ao constrangimento a que são submetidas as pessoas transexuais e transgêneros? Julgamos que não.

Seguindo esta pergunta, parte-se para a segunda premissa, isto é, dos direitos das pessoas transexuais e transgêneros. Conforme demonstrado no capítulo relativo ao cenário discriminatório, os sujeitos que passam pela transição e gênero, e muitas vezes também de sexo, enfrentam graves problemas de inclusão social. Trata-se de verdadeira marginalização social, que os impede efetivamente de contribuir para a sociedade, seja por meio do seu estilo de vida ou pelo seu trabalho. Trabalho, neste caso, muitas vezes não há, porquanto a segregação destas pessoas é impositiva. Mas a discriminação não é só nos postos de trabalho, difundindo-se em diversas esferas sociais.²⁶⁰

Não se pode ignorar que, muito antes do preconceito advindo da sociedade, há a dificuldade de se auto aceitar e de reconhecer que aquele gênero e sexo que lhe foram impostos não pertencem à sua mente e ao seu estilo de viver. Muitas vezes não há aceitação, vida digna, trabalho e lazer, o que acaba por conduzir as pessoas transexuais ao caminho do trabalho sexual e clandestino e, em casos mais graves, a problemas psiquiátricos e ao suicídio.

Inegavelmente, essas pessoas são submetidas, em toda a sua vida, a grande intensidade de intolerância e pré-julgamentos, o que compromete o seu convívio em sociedade. Além da própria rejeição, há violência familiar, no ambiente escolar e na

²⁶⁰ De acordo com o relatório promovido pela *Transgender Europe*, o Brasil é o líder mundial de mortes de pessoas LGBT, inclusive transexuais, o que reduz significativamente a expectativa de vida desse grupo de pessoas. BALZER, Carsten; LAGATA, Carla; BERREDO. **TMM annual report 2016**: 2,190 murders are only the tip of the iceberg – An introduction to the Trans Murder Monitoring project. 2016. TvT Publication Series, vol.14, 2016. Disponível em: <<https://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf>>. Acesso em: 31 abr. 2018.

comunidade em que vive. Essa rejeição é corroborada pelo fato de a transexualidade ser considerada uma doença, qualificada no Código Internacional de Doenças da OMS.

Cumprido repisar que, ao realizar um quadro comparativo entre o grau de marginalização social e hostilidades sofridas pelas pessoas transexuais e pelas pessoas cisgêneros, deduz-se que aqueles são mais necessitados de ações afirmativas. Não se trata de revogar os direitos individuais das pessoas cisgêneros, mas de maximizar os direitos fundamentais daqueles que historicamente e socialmente se encontram gravemente prejudicados.

Vale ressaltar que estamos abordando sobre um direito de pertencer a si mesmo, de se ter uma vida compatível com aquilo que dita a própria mente. Envolve a forma de se comportar, de se vestir, a possibilidade de externar os seus sentimentos perante os colegas, de não precisar ocultar a sua própria identidade por medo de diversos tipos de represálias. Nenhum homossexual ou transexual escolhe nascer sob essa condição, sendo que estudos, ao longo de anos, ainda avaliam as possibilidades genéticas do caso. De toda sorte, é uma vontade da natureza que precisa ser respeitada, pois, caso contrário, estaremos negando a própria existência do indivíduo.

Todas essas questões nos levam à materialização do direito à igualdade, sob a sua forma de igualdade por reconhecimento, destinado a grupos estigmatizados e sujeitos a discriminação direta e indireta, seja por raça, cor, etnia, orientação sexual, etc. A máxima do princípio da igualdade por reconhecimento é justamente reconhecer e valorar a identidade de cada sujeito, oferecendo oportunidades para que seja sanada qualquer medida de distinção e que seja promovida a inclusão social.²⁶¹

Além do princípio da igualdade, deve-se recorrer ao princípio da dignidade da pessoa humana como forma de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, a fim de promover uma vida digna e justa para pessoas hostilizadas pela sociedade tão somente em

²⁶¹ O ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, buscou na igualdade como reconhecimento a solução para dois notórios casos julgados pela Corte. O primeiro deles foi no Recurso Extraordinário nº 845.779, citado no tópico anterior, e na Ação Declaratória de Constitucionalidade referente à Lei federal 12.990/2014, que trata da reserva de vagas destinada a negros em concursos públicos. Nas palavras do Ministro, “esse aspecto identifica a igualdade quanto ao respeito às minorias e ao tratamento da diferença de um modo geral. Significa respeitar as pessoas nas suas diferenças e procurar aproximá-las, igualando as oportunidades”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF nº 864**. Brasília, Distrito Federal, 2017. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo864.htm>>. Acesso em 10 de abril de 2018.

virtude da sua identidade.²⁶² Outrossim, tem o condão de guiar e dar liberdade ao ser humano para desenvolverem de maneira legítima o seu livre arbítrio, em pleno gozo e exercício dos seus direitos de personalidade. Em outras palavras, conforme pontualmente afirmado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, trata-se do “*direito de ser quem se é*” e “*viver segundo seus próprios valores, interesses e desejos*”.²⁶³

Diante disso, trazendo à baila as especificidades dos princípios da igualdade e pessoa humana, bem como o alto grau de preconceito e marginalização social a que são submetidas as pessoas transexuais e transgêneros, a melhor interpretação para o caso concreto e seguindo os preceitos constitucionais e fundamentais, é aniquilar o cenário discriminatório, promovendo a inclusão social, o que engloba, além do respeito e reconhecimento à identidade sexual, o uso de banheiros e vestiários que esteja de acordo com o atual gênero.

Cabe salientar que, ao comparar o grau de constrangimento das pessoas transexuais e das pessoas cisgêneros com relação ao uso de banheiros e vestiários, conclui-se que aquelas estarão sujeitas a graves situações vexatórias e hostis caso sejam forçadas a utilizar o banheiro que esteja de acordo com o seu sexo, conforme já se vislumbrou no julgamento proferido pelo TRT da 9ª Região.

Imagine-se a situação em que uma mulher transexual, que não aparenta, em hipótese alguma, ter nascido com o sexo masculino, mas frequenta o espaço íntimo destinado aos homens. Não raramente será observado um quadro de assédio sexual, relacionado ao desejo sexual, por termos uma mulher frequentando o espaço destinado aos homens.

Em uma segunda hipótese, caso o transexual, embora se vista e se comporte como uma mulher, mas ainda tenha traços masculinos, poderá ser vítima de assédio moral,

²⁶² Sobre o critério de ponderação, é forçoso trazer à discussão a importância do princípio da dignidade da pessoa humana como critério de interpretação, orientação a também como controle de inconstitucionalidade. De acordo com Jorge Reis Novais, “Por definição, a dignidade da pessoa humana só pode desempenhar algum papel enquanto critério de interpretação, enquanto factor orientador da ponderação de bens em colisão e enquanto parâmetro de escrutínio de razões admissíveis para a restrição de direitos fundamentais – naturalmente, nos casos em que o texto constitucional não esclarece estas questões de forma definitiva e inequívoca – se puder ser dotada de um conteúdo normativo independente ou, pelo menos, destacável do conteúdo dos próprios direitos fundamentais envolvidos”. Ato contínuo, sobre o controle de constitucionalidade, o autor complementa que “De facto, de acordo com o modo como foi constitucionalmente acolhido, há inúmeras situações em que um direito fundamental pode ceder e em que as razões para tanto invocadas pelos poderes públicos não são constitucionalmente inadmissíveis, mas onde, ainda assim, será necessário verificar se a natureza, o alcance e a medida da concreta restrição respeitam ou não as exigências e parâmetros constitucionais. Nessa altura, a dignidade enquanto princípio constitucional pode desempenhar um papel próprio e relevante nesse controlo, mas só o pode fazer adequadamente se se apresentar dotada de um conteúdo normativo autónomo”. NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.* p. 28-29.

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845.779. Voto Oral. *Op. cit.* p. 08.

humilhações e palavras de baixo calão, como ocorreu no caso Paulo Cesar dos Santo (nome social Renata Maciel dos Santos).

Em uma terceira hipótese, caso este mesmo transexual feminino utilize, na prática, o espaço destinado às mulheres cisgêneros, estas poderão sentir certa inquietação ou mero aborrecimento, porém de forma limitada, porque os banheiros e vestiários costumam destinar cabines privadas de uso pessoal e individual. Este incômodo, na verdade, relaciona-se a rejeição de uma situação que naturalmente foge do padrão.

Há, ainda, uma quarta hipótese, quando o sujeito transexual está em fase de transição de gênero, podendo alternar a sua aparência física entre masculino e feminino. É onde reside o maior dos problemas, porquanto atinge com maior escala o sentimento dos demais trabalhadores que frequentam o mesmo local. Neste caso, a transição de gênero é pública e notória, sendo as convicções pessoais, de aceitação ou rejeição, mais afloradas.²⁶⁴

Embora a solução seja complexa, devemos seguir o mesmo raciocínio de promover o reconhecimento da identidade de gênero e a não discriminação dos trabalhadores transgêneros e transexuais, sobretudo pela aplicação de princípios e direitos fundamentais. Incumbe ao empregador, diante disso, propagar medidas para a conscientização no ambiente laboral, como forma de educar e informar os demais trabalhadores.²⁶⁵

²⁶⁴ Em observação a essa quarta hipótese, a Doutora Milena Silva Rouxinol pondera que a questão merece cautela, por depender, em maior grau, da sensibilidade dos demais trabalhadores que compartilham o ambiente de trabalho. A discussão gira em torno das pessoas transgêneros, isto é, daquelas que se identificam com o gênero oposto, comportam-se como tal, porém ainda não realizaram a cirurgia de alteração do sexo. Em sua obra, a eminente doutrinadora pontua a respeito das situações em que o próprio trabalhador não se identifica nem com o gênero masculino e tampouco com o feminino, caso em que o problema também persiste. Nesta esteira, em referência a Jo Michael, que “Em casos deste tipo, diríamos que talvez que a boa prática viesse a ser a da existência de um espaço indiferenciado, ainda que, desejavelmente, com as devidas condições de privacidade. Cremos que sustentar tal solução não significa incorrer no argumento da *equal misery* – o transexual não é discriminado, porque também os homens e mulheres não transexuais contam com um espaço comum –, sinalizando antes a diluição da distinção binária entre gêneros, a qual, como se viu, dificilmente se compagina com a garantia da liberdade e dignidade pessoal dos sujeitos transexuais. Pelo contrário, advogar a construção de um terceiro espaço reservado a estes últimos significaria, bem vistas as coisas, insistir naquela dicotomia, acrescentando uma terceira hipótese – de exceção, por certo – que teria o efeito de a reforçar”. ROUXINOL, Milena Silva. *Op. cit.* p. 28.

²⁶⁵ Em crítica quanto à questão, Mark Bell reforça que a autonomia e a dignidade são capazes de fornecer uma base teórica farta e convincente quando o tema versa sobre a identidade de gênero. Na prática, os Tribunais buscam interpretar os direitos humanos de uma forma transformadora. Em referência ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, enfatiza que houve a preocupação em fornecer mecanismos legais para as pessoas transexuais, nomeadamente na reafirmação da alteração do gênero após a realização da cirurgia de redesignação sexual, porque se vislumbrava um cenário insatisfatório de indeterminação de gênero em transexuais pós-operados. Todavia, as recomendações são pouco claras quanto aos sujeitos que desejam viver neste ponto intermediário. Trata-se, assim, de uma lacuna que pode ser solucionada pela via dos direitos fundamentais. BELL, Mark. **Evolutions In Antidiscrimination Law In Europe And North America (Winter 2012)**. The American Journal of Comparative Law. Vol. 60, n. 1, pp. 127-146.

Destarte, considerando essas quatro hipóteses, nosso raciocínio caminha no sentido de reconhecer que as pessoas transexuais e transgêneros serão subordinadas a circunstâncias vexatórias em alto nível, em comparação ao mero incômodo sofrido pelas pessoas cisgêneros ao dividir o mesmo banheiro ou vestiário.

Assim, diante da colisão de direitos fundamentais, é forçoso maximizar os preceitos constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana das pessoas transexuais e transgêneros, conforme o juízo de ponderação e prevalência. Sobre as pessoas cisgêneros, não necessariamente estaremos diante de uma restrição de direitos. Isto porque o reconhecimento do direito à identidade sexual e os seus reflexos é mais uma questão de informação e educação do que supressão de direitos fundamentais.

O fato de tratar alguém conforme o seu gênero, seja pelo nome, pronomes e uso de banheiros e vestiários não representa uma minimização dos direitos fundamentais das pessoas cisgêneros, mas, sim, verdadeira e importante efetivação de direitos individuais daquelas pessoas que se encontram invisíveis na sociedade.

Esta conclusão nos remete à análise de eventual obrigatoriedade do empregador em criar espaços exclusivos destinados aos trabalhadores transexuais e transgêneros, o que, salvo melhor juízo, não merece prosperar. Não há como onerar o empregador de tamanha incumbência que, na prática, poderia agravar a discriminação no ambiente laboral justamente em virtude do tratamento diferenciado oferecido. O agravamento poderia atingir tanto a esfera contratual quanto a pré-contratual, uma vez que o empregador poderá deixar de contratar candidatos transexuais e transgêneros. No mais, não há qualquer previsão legal neste sentido. O dever do empregador, diante do problema, é sensibilizar e conscientizar os trabalhadores a respeito da aceitação e respeito ao trabalhador transexual e transgênero, a fim de tratar com maior naturalidade a questão. Via de consequência, evita-se eventuais práticas de assédio moral e sexual.^{266 267}

²⁶⁶ No mesmo sentido, Milena Silva Rouxinol destaca que “Pode ainda perguntar-se se poderia exigir ao empregador a disponibilização de um espaço sanitário exclusivo. Na verdade, este feixe de problemas coloca-se ainda no espectro ocupado pelo princípio da não discriminação. Com efeito, pode dizer-se que o transexual será alvo de tratamento diferenciado se, contrariamente aos demais trabalhadores, não puder usar um espaço sanitário em que se sinta confortável, tendo em conta a sua identidade de gênero. Simplesmente, responder de modo afirmativo às questões enunciadas, mormente à segunda, poderá significar onerar a entidade empregadora com um dever de adaptação das condições de trabalho, lato sensu, em função da especificidade pessoal destes trabalhadores – um dever que, contrariamente ao que sucede no campo da discriminação em razão da deficiência, não tem explícito arrimo legal, embora, segundo alguma doutrina, pudesse fazer-se radicar no elementar princípio da dignidade pessoal”. ROUXINOL, Milena Silva. *Op. cit.* p. 26-27.

²⁶⁷ Por cautela, insta esclarecer que a mesma conclusão não atinge os trabalhadores portadores de deficiência física, os quais necessitam de cuidados especiais e também de uma estrutura física que lhes promova a inclusão

6.2. O direito ao nome.

Outro ponto sensível em torno do tema da transexualidade é a possibilidade de retificação do nome civil após o reconhecimento da identidade de gênero, seja antes ou após a realização da cirurgia de redesignação sexual, ou, na jurisdição brasileira, a adoção do nome social. O problema diz respeito à identificação do trabalhador transexual, por meio do nome e uso de documentos, que muitas vezes podem conflitar com a sua aparência (nome masculino com aparência feminina e vice-versa).

Cabe salientar que as pessoas transgêneros e transexuais enfrentam obstáculos para proceder a alteração do nome, vislumbrando-se, na prática, incompatibilidade entre a sua aparência física e a forma de identificação. Consequentemente, tornam-se alvos de atos discriminatórios, porquanto a identidade de gênero se torna pública e se afloram os pré-julgamentos. Assim, demonstra-se importante abordar alguns casos que retratam a complexidade do problema, além da legislação vigente.

O primeiro caso emblemático a ser destacado corresponde ao processo movido por Christine Goodwin em face do Reino Unido, autuado sob o número 28957/95, que foi julgado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em 11 de julho de 2002²⁶⁸. A autora da ação, que é mulher transexual e foi submetida a cirurgia de redesignação sexual, invocou como fundamentos a impossibilidade de se inscrever na Seguridade Social conforme o seu novo gênero (feminino), o que prejudica a aplicação da redução de idade (60 anos para as mulheres, alcançados em 1997) para o recebimento da aposentaria, sendo que teria que contribuir por mais cinco anos para o recebimento do benefício (65 anos para os homens). Alegou também certa preocupação e temor em manter o mesmo número de seguridade, que correspondia ao gênero masculino, onde consta o seu nome originário, já que o seu novo empregador poderia descobrir a realização da cirurgia de mudança de sexo.²⁶⁹

Em sua Petição, Christine demonstrou inconformismo em relação aos aspectos legais da pessoa transexual no Reino Unido e sustentou a violação dos arts. 8, 12, 13 e 14 da

social e a acessibilidade. Assim, deve o empregador destinar um espaço exclusivo para os trabalhadores portadores de alguma debilidade física.

²⁶⁸ Resumo do caso disponível no sítio virtual da Corte Europeia de Direitos Humanos. HUMANOS, Corte Europeia de Direitos. **Gender identity issues: Questões de identidade de gênero.** 2017. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_ENG.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2017.

²⁶⁹ GONÇALVES. *Op. cit.* p. 211 e ss.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem que tratam do respeito à vida privada e familiar, direito ao casamento, direito a um recurso efetivo e proibição de discriminação.²⁷⁰

Ao julgar o caso em 2002, a Corte entendeu pela violação dos arts. 8 e 12 da Convenção de Direitos do Homem e afirmou que seria incoerente reconhecer a possibilidade de realização da cirurgia de redefinição do sexo e, ao mesmo tempo, negar os seus reflexos jurídicos.²⁷¹ Cabe salientar que essa decisão serviu de impulso para a proteção da pessoa transexual, sobretudo quanto à sua vida privada e identidade de gênero, o que foi confirmado em decisões subsequentes.²⁷²

No âmbito brasileiro, observa-se a Reclamação Trabalhista movida pela reclamante David William Feliciano (nome social “Débora”), mulher transexual, em face do seu ex-empregador e da empresa que efetivamente prestava serviços. O processo judicial foi autuado sob o número 0011472-51.2014.5.15.0135, no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.^{273 274}

Extraí-se da Petição Inicial que a autora celebrou contrato temporário com a reclamada, que perdurou por dois meses no ano de 2013. Afirmou que a sua transexualidade sempre foi de conhecimento das entidades empregadoras e manteve a aparência feminina durante a execução das atividades laborais. Todavia, alega ter sido vítima de transfobia por parte da Gerente da 2ª reclamada, Lojas Renner. Menciona que a sua Gerente, além de lhe difamar no ambiente laboral, passou a exigir que alterasse a sua aparência física e adotasse um visual masculino, o que envolveria o corte de cabelo e uso de roupas masculinas. Além disso, a sua superiora hierárquica se recusava a lhe chamar pelo nome social, referindo-se sempre pelo seu nome de batismo “David”. Desta forma, sustentou juridicamente a violação dos seus direitos de personalidade e requereu a condenação das reclamadas ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

²⁷⁰ ALMEIDA, Suzana *apud* GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Op. cit.* p. 211-212.

²⁷¹ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, p.497-524, jan. 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67955>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

²⁷² GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Op. cit.* p. 215.

²⁷³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Processo nº 0011472-51.2014.5.15.0135**, Campinas, São Paulo, autuado em 06 de setembro de 2014. Disponível em <<https://pje.trt15.jus.br/primeirograu/login.seam?loginComCertificado=true&cid=29282>>. Acesso em 14 de abril de 2018, mediante certificação digital.

²⁷⁴ Em respeito à sua transexualidade, embora detenha nome masculino no registro civil, utilizaremos os termos gramaticais referentes ao gênero feminino.

Em contestação, a 1ª reclamada, real entidade empregadora, negou com veemência os fatos narrados pela autora e sustentou a ausência de provas sobre o suposto ato ilícito em análise. Aduz que nunca houve ato discriminatório no ambiente laboral, motivado por sua transexualidade. A 2ª reclamada, por sua vez, impugnou as alegações autorais, sustentando desconhecer os fatos narrados na exordial. Fundamenta que a trabalhadora nunca foi submetida a qualquer constrangimento ou humilhação, repudiando eventual conduta dos seus Gerentes ou Supervisores neste sentido. No que diz respeito ao uso do nome de batismo, a 2ª ré argumenta que a Gerente do setor chamava a reclamante pelo nome “David” porque era o nome constante em todos os seus documentos. Deste modo, as demandadas requereram a improcedência do pedido de pagamento de indenização por danos morais.

Ao julgar o mérito da Ação Trabalhista ajuizada, o Exmo. Sr. Dr. Juíz do Trabalho Valdir Rinaldi Silva, titular da 4ª Vara do Trabalho de Sorocaba/São Paulo, deferiu o pleito autoral. Em sua motivação, o Magistrado entendeu que a reclamante comprovou os fatos narrados na peça de ingresso, sendo vítima de assédio moral no ambiente laboral. Isto porque as testemunhas arroladas e ouvidas na audiência de instrução e julgamento confirmaram que a Gerente do setor rejeitava a vestimenta e os maneirismos da autora, excluindo-a da equipe nos momentos de captação de clientela. Além disso, restou demonstrado que a superiora hierárquica, embora tivesse conhecimento da adoção do nome social “Débora”, chamava a trabalhadora por seu nome civil “David”. Ainda, a testemunha corroborou o fato de que a reclamante foi vítima de humilhações e situações vexatórias, sendo dirigidas em seu desfavor palavras e frases que denegriam a sua imagem, motivadas tão somente por sua transexualidade. Diante disso, o Magistrado condenou as reclamadas, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).²⁷⁵

Dentro do prazo legal as reclamadas interpuseram Recurso Ordinário para o TRT da 15ª Região, objetivando a reforma da Sentença proferida em primeiro grau. Reiteraram, na oportunidade, os fatos e argumentos jurídicos lançados nas respectivas Contestações.

A 3ª Turma, da 5ª Câmara, do E. TRT da 15ª Região, em Acórdão, confirmou a fundamentação constante na Sentença proferida pelo Juízo *a quo*, corroborando o fato de que a reclamante foi vítima de assédio moral no ambiente de trabalho. Na oportunidade, os Magistrados consignaram que a Gerente da 2ª reclamada manteve comportamento

²⁷⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Sentença de 25 de novembro de 2016 (Id “9197809”). *Op. cit.* p. 169-182.

desrespeitoso e humilhante em relação à reclamante, motivado exclusivamente pelo fato de ser transexual, tornando o ambiente de trabalho nocivo para a sua saúde psicológica. Diante disso, foi mantida a condenação das reclamadas ao pagamento da importância de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais.²⁷⁶

Em sentido semelhante e em trâmite no mesmo Tribunal (TRT 15ª Região), há o processo número 0011996-43.2015.5.15.0093 movido por Higor Martins Pereira (nome social “Melissa) em face do seu antigo empregador (Atento Brasil S.A.) além da empresa em que efetivamente prestou serviços (Vivo S.A).²⁷⁷ A reclamante, admitida por prazo indeterminado pela primeira reclamada em julho de 2012, prestava serviços de suporte técnico de Internet em favor da segunda ré, sendo o contrato de trabalho rescindido por justa causa em março de 2015, sob a alegação de demasiadas suspensões.

Na exordial, narra que é mulher transexual e foi vítima de assédio moral por parte do seu supervisor. Informa que este, em ato público, reprovava e rejeitava a sua identidade de gênero, materializando a suas convicções pessoais por meio atos hostis e aplicação de penalidades (suspensões no trabalho). Além disso, em determinado momento, com o intuito de provocação, gritou por seu nome constante no registro civil (“Higor”), ignorando a adoção do nome social “Melissa”, causando-lhe grave constrangimento perante os colegas de trabalho. Diante disso, sustenta a violação dos seus direitos de personalidade, requerendo a condenação das reclamadas ao pagamento de indenização por danos morais no valor de cem salários mínimos vigentes.

Em sua defesa, a primeira reclamada, real empregadora, apresentou fatos e fundamentos jurídicos contrários aos narrados pela parte autora, sobretudo quanto à dispensa por justa causa, transfobia e assédio moral. Como de praxe processual, a empresa negou que

²⁷⁶ Conforme se observa no Acórdão, os Magistrados ressaltaram que “O comportamento desrespeitoso e jocoso por parte da supervisora da 2ª reclamada, perante os demais empregados e até em público, a respeito da opção sexual da parte trabalhadora, constitui conduta que atenta contra a preservação e respeito à intimidade e imagem, valores resguardados constitucionalmente (art. 5º, X da CF) e que constituem pressupostos para a promoção de condições dignas de trabalho. O empregado tem direito de ter preservada a sua intimidade, sem interferência do empregador sobre questões a ela afetas, o que inclui privacidade sobre aspectos íntimos de sua vida e personalidade. Por tudo quanto exposto no depoimento acima, evidencia-se que a parte reclamante era alvo de perseguição de sua superiora hierárquica, sendo exposta a inúmeras situações humilhantes, sofrendo medidas abusivas de constrangimento no trabalho, de forma repetida e prolongada, que causaram dano à sua dignidade, o que permite reconhecer o assédio moral configurador da obrigação das reclamadas de indenizar a autora pelos danos morais sofridos”. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Acórdão de 22 de novembro de 2017 (Id “d275676”). *Op. cit.* p. 252-259.

²⁷⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Processo nº 0011996-43.2015.5.15.0093**, Campinas, São Paulo, autuado em 07 de outubro de 2015. Disponível em < <https://pje.trt15.jus.br/segundograu/login.seam>>. Acesso em 14 de abril de 2018, mediante certificação digital.

a reclamante tenha sido submetida a constrangimentos e humilhações e menciona que resta ausente qualquer comprovação do fato constitutivo do seu direito. Ademais, destaca que busca a promoção da diversidade no ambiente laboral, não compactuando com o cometimento de atos discriminatórios, seja por motivos de raça, etnia, religião, opção sexual, dentre outros. No que diz respeito à dispensa por justa causa, sustenta a sua legalidade, porquanto a demandante manteve conduta desidiosa durante a vigência do contrato de trabalho.²⁷⁸ Assim, requereu a improcedência do pleito autoral.

Vale ressaltar que a segunda reclamada não compareceu na primeira audiência, motivo pelo qual a parte autora requereu a aplicação da pena de revelia e confissão quantos aos fatos narrados na peça de ingresso.

Ao decidir a lide e as matérias ora levantadas, Exmo. Sr. Dr. Juiz do Trabalho Rafael Marques de Setta entendeu que a reclamante se desincumbiu do ônus que lhe competia, comprovando que foi vítima de assédio moral por parte do seu Supervisor. Quando inquirida, a testemunha confirmou que o Supervisor do setor “*perseguia a reclamante, a tratava pelo nome de registro, sabendo que ela não gostava, e ela ficava chateada com o fato*”. O Magistrado ressaltou na Sentença que o comportamento do superior hierárquico violou o princípio da dignidade da pessoa humana e causou constrangimentos para a autora. Deste modo, fixou a condenação no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de indenização por danos morais.

É importante frisar que, com relação à dispensa por justa causa, o Magistrado entendeu como correta a penalidade aplicada pela empresa, tendo em vista que os documentos carreados aos autos comprovam a aplicação de sanções gradativas à trabalhadora (advertências e suspensões), decorrentes de faltas injustificadas. Consignou que não houve correlação entre o assédio moral e a rescisão contratual.²⁷⁹

²⁷⁸ No Direito do Trabalho Brasileiro, a desídia é um dos fatores ensejadores da dispensa por justa causa, com previsão no art. 482, alínea “e”, da CLT. Sobre o seu conceito, Maurício Godinho Delgado afirma que se relaciona com a conduta negligente e improdutiva do trabalhador, que não cumpre com zelo as suas obrigações contratuais. De acordo com o autor, “para autorizar a resolução culposa do contrato, exige, assim, regra geral, a evidenciação de um comportamento repetido e habitual do trabalhador, uma vez que as manifestações da negligência tendem a não ser tão graves, caso isoladamente consideradas”. DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 1332.

²⁷⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Sentença de 20 e abril de 2017 (Id “b924b17”). *Op. cit.* p. 442-457.

Inconformadas com parte do *decisium*, a reclamante apresentou Recurso Ordinário para o E. TRT da 15ª Região, assim como a primeira ré interpôs Recurso Adesivo, ambos com o objetivo de reformar parcialmente a Sentença proferida pelo Juízo *a quo*.

No Acórdão de 10 de agosto de 2017, os Exmos. Sres. Desembargadores da 6ª Turma da 11ª Câmara do TRT da 15ª Região negaram provimento aos Recursos interpostos pelas partes, em votação unânime, sendo mantido o inteiro teor da Sentença proferida em primeiro grau. Quanto à reversão da dispensa por justa causa, os Magistrados ressaltaram que a autora descumpria a escala de trabalho e as penalidades foram aplicadas em respeito à legislação vigente, de forma gradativa. Também não vislumbraram relação entre as sanções disciplinares e o assédio moral. Com relação à indenização por danos morais, os nobres Desembargadores reconheceram a conduta discriminatória do Superior da autora, o qual, mesmo tendo conhecimento da transexualidade e da adoção do nome social, insistia em chama-la pelo nome constante no registro civil. Nas palavras do Relator, verifica-se, assim, “*evidente lesão à moral da reclamante, já que houve violação a sua liberdade de orientação sexual e a sua dignidade (art. 1º, III da CF/88)*”. Diante disso, manteve a condenação fixada pelo Juízo *a quo*.^{280 281}

²⁸⁰ Como base da fundamentação jurídica constante no Acórdão, além da menção aos princípios e direitos constitucionais, o Desembargador Relator Marcus Menezes Barberino Mendes recordou a importância dos Princípios de Yogyakarta diante da discussão sobre o reconhecimento da identidade de gênero e os seus reflexos. Além disso, socorreu-se à fundamentação jurídica constante no Acórdão de 29 de agosto de 2014 prolatado nos autos do processo nº 0001620-67.2013.5.15.0028, pela 1ª Turma da 2ª Câmara do mesmo Tribunal, em que também se debateu a questão do uso do nome social por parte do trabalhador. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Acórdão de 10 de agosto de 2017 (Id “fb8fcac”). *Op. cit.* p. 524-539.

²⁸¹ Em sentido semelhante, porém com resultado diverso, observa-se o processo nº 0021144-91.2014.5.04.0005, em trâmite no E. TRT da 4ª Região, movido por Feliciano Machado Siqueira (nome social “Fernanda), transexual feminino, em face da Caixa Econômica Federal.²⁸¹ Em suma, alega que procedeu a transformação de gênero no decorrer do contrato, sendo vítima de terror psicológico por parte dos superiores hierárquicos, que mantinham conduta discriminatória no ambiente laboral, como agressões verbais e invasão da sua privacidade. Houve explícita rejeição quanto a sua transexualidade, que envolve a forma de se vestir, comportar-se, uso de acessórios e cosméticos voltados para o público feminino, exclusão de eventos sociais da empresa, dentre outros. Especificamente com relação ao uso do nome, sustenta que a empresa lhe obrigou a usar um crachá no ambiente de trabalho, constando o seu nome civil, cargo e função. Não logrou êxito na solicitação de alteração do crachá, para constar o seu nome social. Desta forma, considerando o tratamento degradante e vexatório a que foi submetida, requereu a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, no montante de trinta vezes o salário mínimo nacional. Não obstante os fatos narrados na exordial, tanto o ilustre Juízo de primeiro grau, quanto os Doutores Desembargadores da 5ª Turma do E. TRT da 4ª região negaram provimento ao pedido de indenização por danos morais, porquanto as provas colacionadas aos autos não revelaram atos discriminatórios supostamente cometidos pela entidade empregadora. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Processo nº 0021144-91.2014.5.04.0005**, Rio Grande do Sul, autuado em 27 de agosto de 2014. Disponível em < <https://pje.trt4.jus.br/segundograu/login.seam>>. Acesso em 14 de abril de 2018, mediante certificação digital.

Vistos e analisados os casos supramencionados, incumbe-nos tecer algumas considerações jurídicas a respeito da transexualidade e o direito ao nome, aspecto sensível pertencente à temática e que, conforme vislumbrado, afeta também o Direito do Trabalho.

A problemática revela os efeitos reflexos da transexualidade, que abarca o direito do transexual ou transgênero de usar um nome que esteja de acordo com o gênero identificado, com a sua vestimenta, maneirismos e aparência física. Revelar-se-ia incompatível e incongruente permitir a transição de gênero e reconhecer a identidade de gênero e, ao mesmo tempo, negar a alteração do seu nome. Um fato leva ao outro, inevitavelmente. Não há como se admitir que uma mulher transexual, com aparência feminina, mantenha o nome originariamente masculino, porquanto poderá ser alvo de violência e atos discriminatórios.^{282 283}

No âmbito laboral, a conduta discriminatória poderá afetar o acesso ao emprego, a vigência do contrato de trabalho e também justificar a rescisão contratual. Cumpre exemplificar a situação em que uma mulher transexual é convocada para uma entrevista de emprego. No momento da inquirição, embora tenha a aparência feminina, apresenta documentos referentes ao sexo e gênero masculino. Naquele momento, o empregador tomará ciência da sua transexualidade, o que poderá comprometer a contratação por variados motivos, incluindo o preconceito. Também poderá ser colocada em dúvida as informações constantes no currículo *vitae*, já que a aparência física não se coaduna com os documentos e

²⁸² A sensibilidade da questão é tratada na obra da Doutora Berenice Bento, por meio da narrativa do transexual masculino de nome Pedro, a saber: “Eu estava em um corredor com um tantão de gente esperando para ser atendido. Aí uma enfermeira chegava na porta e falava o nome, aí todo mundo olhava para mim e eu escutava os comentários: “uai, um homem com nome de mulher? Coisa estranha”. BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo. Sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Gramond, 2006. P. 57.

²⁸³ Há também o caso da mulher transexual de nome Carolina, citado na obra de Flávia Teixeira, em que se observa a recusa de um médico a realizar a consulta por motivo de incompatibilidade entre a aparência física da paciente e as informações constantes nos prontuários e exames. Vejamos o relato de Carolina, *in verbis*: “Cumprimentei a atendente da recepção e apresentei a ela o comprovante de consulta, o meu cartão do hospital e um papelzinho no qual estava escrito meu nome feminino e solicitei que quando me chamasse para ser atendida pelo médico, que me chamasse por esse nome (...) O doutor me chamou “Carolina”, me levantei e fui em sua direção, mas ele não respondeu ao cumprimento. De uma forma grosseira e em um tom áspero, ele dirigiu sua fala à minha pessoa. “Quem é esta aqui?” Apontando para o meu nome masculino no prontuário médico. Eu disse “Sou eu”. Ele disse, “e quem é esse aqui?” Apontando para o nome no papelzinho, e eu disse: “sou eu”. O médico apontando para o meu nome no prontuário e em seguida para o nome no papelzinho, nessa ordem disse: “Eu atendo este aqui, mas não este aqui”. Mesmo percebendo a agressividade do médico e a falta de respeito do médico para comigo, eu mantive o bom senso e disse a ele: “Doutor, tudo que for documental, receitas, exames, etc., o senhor faz como se deve, ou seja, usa o nome que está registrado no prontuário médico, mas, por respeito a minha pessoa, o senhor, me trate no feminino. O doutor me deu a seguinte resposta: “você não entendeu! Eu atendo o XXX XXX, mas você eu não te atendo”. TEIXEIRA, Flávia. **Dispositivos de dor: saberes – poderes que (con)formam a transexualidade**. São Paulo: AnnaBlume, 2013.

qualificações profissionais apresentados. Neste caso, há um grave problema de identificação do trabalhador que poderá comprometer o seu acesso ao emprego.

Diferentemente da questão que envolve a utilização de banheiros e vestiários, não há colisão de direitos fundamentais. Não se pode alegar o direito à liberdade ou autonomia para violar os princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade, sob a forma de reconhecimento, além do direito à vida privada. Neste caso, resta incontroverso o direito da pessoa transgênero e transexual de se identificar conforme o gênero adotado. Trata-se do legítimo respeito ao espaço e vida alheia, de reconhecer o direito do outrem de viver em paz com a sua própria mente e de pertencer a si mesmo. Vale ressaltar que o nome é instituto basilar do ser humano e da sua identificação como pessoa.^{284 285 286}

No que diz respeito ao dever do empregador, a pergunta que se realiza é: Há algum prejuízo para a entidade patronal em reconhecer o nome adotado pelo trabalhador transexual e transgênero? Sem hesitar, a resposta é negativa. Isto porque o empregador, além de possuir o dever de manter o ambiente de trabalho equilibrado, também se obriga a preservar a saúde do trabalhador, o que envolve o fator psicológico. A obrigação é de proteção a um direito fundamental do trabalhador de prestar serviços em um posto de trabalho salubre e saudável.^{287 288}

²⁸⁴ A respeito do tema Tuanny Soeiro Sousa ressalta que “[...] Se o documento de identidade é tão importante para a vida social, acompanhando o sujeito em diversos espaços institucionais, como exigir que permaneçam e transitem por essas instituições? Como exigir que permaneçam nas escolas, quando são interpeladas a serem algo que não as/ok representa? Como possibilitar que tenham acesso a espaços importantes de cidadania se a sua própria dignidade será diminuída sempre que lhe chamarem pelo “nome”? Como impedir que não sejam empurrados mais para as margens a cada vez que se tornam ininteligíveis?”. SOUSA, Tuanny Soeiro. *Op. cit.* p. 127.

²⁸⁵ Conforme a brilhante fundamentação do Ministro do STF Luís Roberto Barroso, “Há um limite à autonomia de todas as pessoas: o dever de respeitar o espaço legítimo de liberdade e os direitos fundamentais das outras pessoas, a partir de um juízo de ponderação e proporcionalidade. Porém, a recusa ao transexual do direito de ser tratado socialmente em consonância à sua identidade de gênero não encontra fundamento legitimador em qualquer valor constitucionalmente relevante. Referir-se a um indivíduo como Senhor ou Senhora não restringe, ao menos de modo significativo, direito fundamental algum daquele que está a fazer a referência; ao passo que negar o uso do pronome feminino à pessoa que é objeto da fala e que se identifica com o gênero feminino implica rejeição ao seu próprio modo de vida, a como ela se identifica”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845.779. Voto Oral. *Op. cit.* p. 09.

²⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. Sobre o nome da pessoa humana. In **Revista da EMERJ**. V. 03, n. 12, 2000. P. 51.

²⁸⁷ Cf. Ingo W. Sarlet, “Numa agenda socioambiental, o meio ambiente do trabalho, tanto na perspectiva individual quanto coletiva, deve ser, sim, integrado como norma de direito fundamental à proteção mais ampla da agenda ambiental”. SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental ao meio ambiente do trabalho saudável. In **Revista TST**, Brasília, vol. 80, n. 01, jan/mar de 2014. p. 28.

²⁸⁸ Sobre a importância da preservação do ambiente de trabalho, Antônio Braga da Silva e Paulo José Leite Farias enfatizam que “a qualidade do meio ambiente do trabalho é condicionada à inexistência ou minimização de diversos riscos ocupacionais. É dizer, para a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado e saudável, mostra-se essencial o esforço para eliminação de fatores ameaçadores da plena

Como é cediço, o local de trabalho é onde o trabalhador, com certa frequência semanal, desenvolve as suas qualidades profissionais, convive com colegas de trabalho, percebe remuneração e invariavelmente expõe a sua vida pessoal. Há, assim, um conjunto de condições de trabalho e questões físicas e psíquicas a serem consideradas pelo empregador, como uma forma de preservar o ambiente de trabalho saudável e livre do cometimento de assédios moral e sexual e atos discriminatórios em geral.²⁸⁹ Não reconhecer o nome adotado pelo transexual é submetê-lo a tratamento hostil, degradante e que revela a negativa da sua própria existência. Ato contínuo, é (ou deveria ser) do interesse do empregador reconhecer a identidade de gênero, porquanto contribui para a humanização do trabalho e a melhor produtividade dos seus funcionários.

Sobre a questão, é importante destacar o Decreto nº 8.727, de 20 de abril de 2016²⁹⁰, vigente no Brasil, que trata a respeito do “*uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional*”. O art. 1º do Decreto conceitua os termos nome social²⁹¹, sendo dever dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional a adoção do nome social de travestis e transexuais, sendo rechaçado o uso de termos pejorativos e discriminatórios, conforme o art. 2º. O Decreto sobreveio com uma forma de preservar as pessoas transgêneros e transexuais de eventuais discriminações decorrentes da incompatibilidade entre a aparência física e o nome constante no registro civil.²⁹²

saúde do trabalhador. A título de exemplo, podemos citar como riscos ocupacionais três tradicionais grupos: os riscos físicos, dentre os quais se encontram os riscos em maquinários (ruído, temperatura, radiações), explosivos, trabalho em altura, trânsito urbano; os riscos químicos, referentes a inflamáveis, solventes, gases tóxicos; os riscos biológicos, relativos à contaminação orgânica, animais peçonhentos. Existe, ainda, um grupo de risco associado a fatores psicossociais, do qual fazem parte a jornada exaustiva, o assédio moral e sexual e até mesmo a violência urbana”. SILVA, Antônio Braga da; FARIAS, José Leite. O Meio Ambiente do Trabalho como Nova Diretriz Constitucional da Tutela Ambiental: o Contraste entre o Ideal Constitucional e a Realidade Brasileira. In **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 1, p. 144-174, abr. 2017. p. 160.

²⁸⁹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 22-23.

²⁹⁰ BRASIL. Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016. **Decreto Nº 8.727**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

²⁹¹ “Designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida”.

²⁹² Em crítica à conjuntura brasileira, Berenice Bento trata o instituto do nome social como uma forma suprir uma lacuna legislativa, afirmando que “O Brasil é o único país do mundo onde, no vácuo de uma legislação geral, instituições garantem um direito negado globalmente. Aqui transmutamos o respeito à identidade de gênero em “nome social”. Universidades, escolas, ministérios e outras esferas do mundo público aprovam regulamentos que garantem às pessoas trans a utilização do “nome social” Mudar sem alterar substancialmente nada na vida da população mais excluída da cidadania nacional. Assim, por exemplo, uma estudante transexual terá seu nome feminino na chamada escolar, mas no mercado de trabalho e em todas as outras dimensões da vida terá que continuar se submetendo a todas as situações vexatórias e humilhantes e portar documentos em

A Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da Resolução nº 7, de 7 de julho de 2016²⁹³, passou a permitir que os Advogados transexuais utilizem o nome social nos materiais de publicidade e nos cartões profissionais que utilizar, com o respectivo número de inscrição na OAB. O Conselho Federal de Medicina também emitiu parecer favorável ao uso do nome social por parte dos Médicos Transexuais em documentos administrativos internos, o que não abarca a carteira de identificação profissional (CFM).²⁹⁴

O STF Brasileiro, em recente julgamento da ADI 4.275 em 01 de março de 2018, apresentou avanço significativo sobre a matéria, autorizando que as pessoas transgêneros, que ainda não realizaram a cirurgia de redesignação sexual, procedam à retificação do nome constante no registro civil. A partir de então, tornou-se desnecessária a autorização judicial para que o Cartório declare o novo nome adotado. O entendimento já valia para as pessoas transexuais que foram submetidas à cirurgia.²⁹⁵ No âmbito brasileiro, a decisão encerra a discussão de um dos pontos sensíveis sobre o tema, referente às pessoas que, embora se identifiquem com o gênero oposto ao seu sexo biológico, dependiam de autorização judicial para realizar a retificação do nome.

Em Portugal, vislumbra-se a Lei nº 7/2011 de 15 de março, que estabelece os critérios para a realização da cirurgia de alteração do sexo e retificação do nome. De acordo com o art. 2º, *“Têm legitimidade para requerer este procedimento as pessoas de nacionalidade portuguesa, maiores de idade e que não se mostrem interditas ou inabilitadas por anomalia*

completa dissonância com suas performances de gênero”. BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. *In Contemporânea, Revista de Sociologia da UFScar*, São Carlos, vol. 04, n. 01, p. 165-182, 2014. p. 175. Disponível em <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2199251>>. Acesso em 08 de maio de 2018.

²⁹³ BRASIL, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do. **Resolução Nº 07/2016**: Altera a alínea "b" do inciso VIII do parágrafo único do art. 2º e o caput do art. 44 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, aprovado pela Resolução n. 02/2015. 2016. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/resolucoes/07-2016?dateinitial=01/05/2016&datefinal=12/07/2016&resolucoes=True>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

²⁹⁴ MEDICINA, Conselho Federal de. **CFM orienta CRMs sobre o uso de nome social por médicos transgêneros em documentos administrativos**. 2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26634:2016-12-14-19-38-12&catid=3>. Acesso em: 20 jan. 2017.

²⁹⁵ Nos termos da parte dispositiva da decisão, “Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.3.2018.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275**. Brasília, Distrito Federal, 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

psíquica, a quem seja diagnosticada perturbação de identidade de género”. Estabeleceu também a possibilidade de alteração do nome, acrescentando a hipótese no art. 104, alínea “g”, do Código de Registo Civil Português.²⁹⁶ Importa destacar que atualmente há certa divergência quanto aos termos estabelecidos na legislação, na medida em que surgiram estudos aprofundados a respeito da matéria nos anos seguintes, com o crescimento da corrente que defende a despatologização da transexualidade. Assim, a utilização das expressões “*anamolia psíquica*” e “*perturbação*” estão desatualizadas e desconexas com Resolução nº 2048, de 2015, da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa.²⁹⁷

Cabe salientar que mesmo com o crescente reconhecimento e autorização do uso do nome conforme o gênero, os transexuais e transgêneros ainda enfrentam dificuldades, conseqüentes do preconceito da sociedade e da falta de aptidão das empresas em lidar com a diversidade sexual, como é o caso da transexual Roberta Nunes que, após a realização da cirurgia de mudança de sexo, recebeu um crachá em branco pelo setor de Recursos Humanos da empresa de telefonia “Claro”, o que perdurou durante três anos. Note-se que a trabalhadora afirmou que desistiu de brigar pelo uso do seu nome social no crachá, pois aquele trabalho era o que mantinha a sua subsistência.²⁹⁸

A importância da retificação do nome para a identificação do transexual é manifesta, visto que tem como escopo promover a sua inclusão social e proteção dos seus direitos e garantias fundamentais. O uso do nome social também gera conforto e preserva a saúde e a higiene do trabalhador, no seu aspecto mental e psicológico. Também contribui para o acesso ao emprego, já que visa evitar o cometimento de atos discriminatórios por parte do empregador.²⁹⁹

É de extrema relevância que o Direito do Trabalho promova a proteção dos trabalhadores transexuais e a adoção do nome que esteja conforme o atual gênero do

²⁹⁶ PORTUGAL. Lei 7/2011, de 25 de março. **Lei 7/2011**. Lisboa, Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1308&tabela=leis>. Acesso em: 20 de maio 2018.

²⁹⁷ Cfr. Proposta de Lei nº 75/XIII, da Presidência do Conselho de Ministros, apresentada pelo Governo à Assembleia da República. PORTUGAL. Presidência do Conselho de Ministros. Proposta de Lei nº 75/XIII, de 06 de abril de 2017. **Proposta de Lei nº 75/XIII**. Lisboa, Disponível em <<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=41320>>. Acesso em 20 de maio de 2018.

²⁹⁸ O GLOBO. **Empresa dá crachá em branco para transexual: Empresa nega direito para transexual usar o nome feminino: falta inclusão no mercado? Por Maíra Amorim**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/emprego/empresa-da-cracha-em-branco-para-transexual-7070699>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

²⁹⁹ Cf. CUNHA, Leandro Reinaldo, *Op. cit.* p. 154 e ss.

trabalhador, visto que a posição de desequilíbrio havida entre empregado e empregador pode provocar graves violações dos seus direitos de personalidade.

7. OS PROBLEMAS ENFRENTADOS NA FASE PRÉ-CONTRATUAL, CONTRATUAL E NO DESPEDIMENTO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA E DA LEGISLAÇÃO LUSO-BRASILEIRA.

Primeiramente, antes de adentrar nos problemas a serem enfrentados em cada fase do contrato de trabalho, é relevante salientar que o ordenamento jurídico português, em matéria laboral, deu um respeitável passo em favor do direito à identidade de gênero, por meio da Lei nº 28 de 14 de abril de 2015.³⁰⁰ Consagrou-se, assim, o direito à identidade de gênero no art. 24º do Código do Trabalho Português, com a sua consequente elevação no âmbito do acesso ao emprego e promoção das condições de trabalho.

Em contrapartida, o Direito do Trabalho Brasileiro ainda não previu expressamente este direito, embora conste, na Lei 9.029, de 13 de abril de 1995³⁰¹, a proteção ao trabalhador em função do sexo.³⁰² É imperioso acentuar que a Reforma Trabalhista promovida pela Lei 13.467/2017, introduziu na CLT o art. 223-C, prevendo que a “ *honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física* ”.³⁰³

Trata-se de inovação legislativa, visto que a CLT não dispunha, até então, de capítulo próprio a respeito do dano extrapatrimonial, razão pela qual os operadores do Direito recorriam aos dispositivos do Código Civil. Observa-se que a redação do artigo prevê

³⁰⁰ PORTUGAL. Lei nº 28, de 14 de abril de 2015. **Lei N.º 28/2015**. 72. ed. Lisboa, 14 abr. 2015. Disponível em: <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/Lei_28_2015.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

³⁰¹ BRASIL. Lei nº 9.029, de 29 de abril de 1995. **Lei Nº 9.029, de 13 de Abril de 1995**. Brasília, 17 abr. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 18 jan. 2017.

³⁰² Sobre a ausência de norma específica, o doutrinador Leandro Reinaldo da Cunha destaca, com absoluta razão, que “a questão da identidade de gênero é, inegavelmente, uma realidade social que se mostra ignorada pelo ordenamento jurídico, em uma manifesta demonstração de marginalização de uma parcela da sociedade, numa grave ofensa a dignidade da pessoa humana, mormente ao se considerar que nesta área não se vê a plena utilização social e legislativa da aplicação dos preceitos genéricos firmados na Constituição Federal, ne mesmo a adequada aplicação das técnicas para o suprimento de lacunas legislativas”. CUNHA, Leandro Reinaldo da. *Op. cit.* p. 93.

³⁰³ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 05 de maio de 2018.

expressamente o termo “*sexualidade*”, porém é preciso aguardar os entendimentos da doutrina e jurisprudência a respeito da sua abrangência.³⁰⁴

7.1. O período pré-contratual: a identificação do trabalhador e a invasão da vida privada.

O problema da fase pré-contratual surge no momento da entrevista de emprego, quando há desequilíbrio entre empregador e trabalhador, evidenciado pela fragilidade deste em relação àquele. Segundo Teresa Coelho Moreira, a desigualdade é resultante, da “*singular debilidade econômica e da escassa expectativa de emprego, o que induz a abdicar parcialmente da sua personalidade [...] em garantia de adesão do seu comportamento futuro à vontade ordenadora e dispositiva do empregador*”.³⁰⁵

Cabe salientar que na entrevista há uma expectativa de contratação do entrevistado, porém ainda são avaliadas as qualificações e competências profissionais. É o momento em que o candidato se apresenta ao empregador, com os seus documentos pessoais e títulos obtidos.³⁰⁶

No momento da contratação se verifica a incidência de três princípios, a saber, o da liberdade contratual, o do acesso ao emprego e o da não discriminação, cabendo ao empregador a escolha sobre quem deseja contratar, desde que não leve em consideração fatores discriminatórios como, por exemplo, por motivos religiosos, étnicos, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, deficiência física, idade, dentre outros.³⁰⁷

³⁰⁴ A melhor doutrina laboral brasileira defende que o rol protetivo previsto no art. 223-C, da CLT, é exemplificativo e não exaustivo, motivo pelo qual comportará outros bens jurídicos tutelados. DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Op. cit.* P. 146. CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Op. cit.* p. 41.

³⁰⁵ SEIN, Goñi *apud* MOREIRA, Teresa Coelho. **Igualdade e Não Discriminação: Estudos de Direito do Trabalho.** Coimbra: Almedina, 2013. p. 133.

³⁰⁶ Segundo o Doutor João Leal Amado, “como contrato que é, o contrato-promessa é um negócio jurídico bilateral, pressupondo o consenso de duas declarações de vontade contrapostas (proposta-aceitação). Porém, do contrato-promessa tanto poderão resultar obrigações para ambas, como para apenas uma das partes, caso em que estaremos perante uma promessa unilateral, prevista no art. 411º do CCivil. Esta última hipótese é, aliás, claramente admitida pelo art. 103º, nº 1, do CT, ao aludir a assunção da obrigação pelo promitente ou promitentes, pelo que bem poderá dar-se o caso de o contrato-promessa vincular apenas uma das partes à celebração do contrato de trabalho”. AMADO, João Leal. **Contrato de Trabalho: Noções Básicas.** Coimbra: Almedina Editora, 2016. p. 140.

³⁰⁷ AMADO, João Leal. *Ibidem.* p. 141-142.

Há dois problemas a serem analisados na fase do acesso ao emprego, a saber: i) a identificação do trabalhador e a incompatibilidade entre a aparência física e os documentos apresentados na candidatura ao emprego; e ii) a invasão da vida privada do candidato.

A primeira questão se relaciona com a fundamentação jurídica constante no tópico denominado de “*o direito ao nome*”, sendo um dos pontos cruciais e sensíveis deste trabalho. Atenta-se com a forma como o trabalhador transexual e transgênero se apresenta na entrevista de emprego e os documentos pessoais e títulos acadêmicos por ele obtidos. Por isso, reiteramos a fundamentação constante no referido tópico, no sentido de garantir à pessoa transexual e transgênero o pleno exercício dos reflexos da identidade de gênero, que inclui a alteração do nome e demais documentos pessoais. A diligência tem como principal objetivo coibir eventuais atos discriminatórios, o que poderá ocorrer tanto procura pelo emprego quanto no período contratual.

No que diz respeito ao segundo problema, a indagação que se realiza é a seguinte: Pode o empregador invadir a esfera do trabalhador no momento da entrevista de emprego, por meio de perguntas e preenchimento de questionários? O trabalhador, quando indagado, pode ocultar ou mentir sobre questões que envolvem a sua vida pessoal? Para se alcançar a melhor solução, incumbe-nos estabelecer o silogismo sobre a invasão da vida privada do trabalhador e os seus limites.

Como é notório, o surgimento de novas tecnologias e das redes sociais (*Facebook, Instagram, Whatsapp, etc.*) desencadeou a exposição exacerbada da figura humana, por meio de publicações, fotos pessoais e qualificações profissionais. Tornou-se praxe comercial a entidade empresarial acessá-las para avaliar se aquele candidato se enquadra no perfil do cargo almejado e também para apurar se mantém boa conduta extralaboral. Assim, tornaram-se um fator considerável no momento de convidar o candidato para a entrevista de emprego ou para a sua efetiva contratação.^{308 309}

Da mesma forma, com o avanço da medicina, os exames clínicos se tornaram acessíveis para a avaliação de doenças, como o caso do trabalhador portador de câncer, do

³⁰⁸ Para o aprofundamento da polêmica que envolve as redes sociais e os poderes do empregador, ver MELO, Geraldo Magela. **A reconfiguração do Direito do Trabalho a partir das redes sociais digitais**: de acordo com a Reforma Trabalhista e com o marco civil da Internet. São Paulo: LTr, 2018.

³⁰⁹ A Alemanha e o Estado de Maryland, nos Estados Unidos, aprovaram legislações que vedam o empregador de solicitar aos selecionáveis ao emprego as senhas para acesso das redes sociais. ABRANTES, José João. **Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho**: em especial, a reserva da intimidade da vida privada (algumas questões). Coimbra: Almedina, 2014. P. 16.

vírus HIV ou o estado gravídico nas mulheres, questões que também motivos passaram a ser ensejadores de violência discriminatória no ambiente laboral.³¹⁰

O cenário levou os operadores do Direito a debater a respeito dos poderes do empregador e os limites à invasão da vida privada do trabalhador. Isto porque os aspectos pessoais ou as condutas extralaborais se tornaram obstáculos para o acesso ao emprego e, no caso da vigência do contrato de trabalho, de eventual dispensa discriminatória.³¹¹ Sob essa ótica, a proteção da vida privada do trabalhador ganhou relevo, inclusive no direito antidiscriminatório, como prerrogativa do exercício da cidadania e do direito fundamental à liberdade.^{312 313 314}

Com base nessas considerações, percebe-se que é possível, porém categoricamente reprovável, que o empregador, em uma entrevista de emprego, colete informações que transcendem o suficiente e justificado para se aferir a idoneidade ou não do candidato ao emprego ofertado, como é o caso da orientação sexual do indivíduo ou sua transexualidade. Ao empregador é legítimo aprofundar questões que estejam relacionadas ao exercício da função pretendida.^{315 316}

³¹⁰ Cumpre repisar que a CLT prevê, no art. 168, que incorrerá por conta do empregador a realização de exames médicos para se verificar a aptidão física e mental do trabalhador para o desenvolvimento das atividades laborais. Normalmente o exame é realizado no momento da admissão e da demissão. No momento da demissão, o objetivo é verificar eventuais doenças derivadas do trabalho, como é o caso de doenças ocupacionais e acidente de trabalho.

³¹¹ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. In **Information Privacy Law**, 6ª Ed. New York, 2018. P. 21.

³¹² DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. São Paulo: Renovar, 2006. P. 142.

³¹³ Segundo Miguel Ángel Presno, em referência ao entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Pretty c. Reino Unido*, “la vida privada es una noción amplia que engloba, entre otras cosas, aspectos de la identidad física y social de una persona, concretamente el derecho a la autodeterminación, el derecho al desarrollo personal y el derecho al establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior”. PRESNO, Miguel Ángel. El concepto inclusivo de familia como principio emancipatorio de la vida social. In **Revista da AJURIS** – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: AJURIS, a. 38, n. 122, junho de 2011. P. 309 e ss.

³¹⁴ De acordo com José João Abrantes, “o trabalhador pode, em regra, dispor da sua vida extraprofissional, sendo vedado ao empregador investigar e/ou fazer relevar factos dessa sua esfera, a não ser que haja uma ligação directa com as suas funções. Nomeadamente, factos que integram a vida privada do trabalhador (até mesmo, por exemplo, no caso de uma condenação penal) não podem constituir justa causa para o seu despedimento, a não ser que, em concreto, tenham “reflexos prejudiciais no serviço”, isto é, possam perturbar a empresa e o correcto desenvolvimento das prestações contratuais, por motivos directamente ligados às funções por ele exercidas ou à natureza da própria empresa (por ex. empresa de tendência). ABRANTES, José João. *Op. cit.* P. 13.

³¹⁵ MOREIRA, Teresa Coelho. *Op. cit.* p. 133-134.

³¹⁶ Segundo o Doutor João Leal Amado, “Mas, do mesmo passo, e em princípio, o empregador não poderá exigir a candidato a emprego que preste informações relativas à sua vida privada, à sua a saúde ou ao seu eventual estado de gravidez (art. 17º, nº 1). Daí que o empregador não possa, no decurso de uma entrevista de seleção ou em questionários escritos, colocar questões ao candidato que cindiam, p. ex. na sua vida afetiva ou na sua orientação sexual, nas suas convicções políticas, ideológicas ou religiosas, nas suas preferências sindicais, na sua paixão clubista, na sua (atual ou desejada) gravidez, etc.” AMADO, João Leal. *Op. cit.* p. 143.

O Código do Trabalho Português, no art. 24º, protege o trabalhador contra atos discriminatórios no acesso ao emprego, por variados motivos, incluindo a orientação sexual e a identidade de gênero. Por sua vez, a lei brasileira 9.029/1995, em seu art. 1º, veda a adoção de práticas discriminatórias por motivo de sexo. Assim, é vedado ao empregador coletar informações neste sentido para obstar o acesso ao emprego desse grupo de trabalhadores.

No caso específico das pessoas transexuais e transgêneros, é forçoso reconhecer que não se trata da mera obtenção injustificada e ilegítima de dados pessoais ou biológicos, mas de algo profundamente sensível que envolve os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. É a expressão da personalidade da pessoa, sendo que a conduta invasiva encontra óbice na sua razão de existir e viver. Seria privá-la, por toda a vida, de buscar um trabalho digno que mantenha a sua subsistência e se sentir incluída na sociedade. Frise-se que aquele candidato ao emprego foi submetido, em toda a sua vida, a estigmatização e marginalização social decorrentes do preconceito enraizado na sociedade. No caso da realização da cirurgia de redesignação sexual, os procedimentos médicos e psicológicos são ainda mais intensos.³¹⁷

É importante esclarecer que há entendimento doutrinário que sustente a defesa desta coleta de informações no caso de postos de trabalho ideológicos.³¹⁸ Todavia, em que pese o nosso respeito em relação a este juízo, o fato de a atividade laboral ou empresarial estar ou não relacionada com alguma ideologia não justifica a invasão da vida sexual do trabalhador, porquanto não influencia no desempenho das suas tarefas.³¹⁹

No momento da contratação, deve-se avaliar a qualificação profissional do trabalhador e não sua orientação sexual ou transexualidade, sendo que, caso contrário, a

³¹⁷ Em outras palavras, Camila de Jesus Mello Gonçalves destaca que “percebe-se, assim, que a identificação com o sexo oposto se insere no âmbito da vida privada e resulta da dinâmica da vida. Nessa medida, liga-se ao livre desenvolvimento da pessoa e à expansão da personalidade, pressupondo uma esfera de não impedimento e, portanto, de autonomia para definir os próprios projetos de vida, alcançada pela tutela da vida privada. O direito à intimidade, outrossim, garante o segredo da informação, o que permite uma maior liberdade de escolha. Daí de afirmar que o direito à vida privada num ordenamento expressamente orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana desafia uma ampla compreensão, assentada na autonomia e no livre desenvolvimento da personalidade”. GONÇALVES. *Op. cit.* p. 125.

³¹⁸ De acordo com a Doutora Teresa Coelho Moreira, “em relação às outras, ou seja, em relação aos postos de trabalho ideológicos, tem-se defendido que a orientação sexual pode ser objeto de indagação e entende-se, por exemplo, que a heterossexualidade ou a homossexualidade é mais um elemento a ter atenção na altura de comprovar a capacidade profissional do trabalhador, embora também se defenda que, neste último caso, não bata ser homossexual, tendo de ter um comportamento grave e notório que desacredite a ideologia da empresa”. MOREIRA, Teresa Coelho. *Op. cit.* p. 139.

³¹⁹ ABRANTES, José João. *Op. cit.* p. 17.

conduta do empregador poderá ser considerada discriminatória.³²⁰ Em nossa opinião, não conseguimos vislumbrar alguma situação concreta em que haveria obstáculos para a contratação de um trabalhador homossexual, bissexual ou transexual, como ocorreria, por exemplo, caso um partido político contratasse um empregado filiado a partido concorrente e com tendência contrária.³²¹

É inevitável que surja discussão quanto a aplicação do número 2, do art. 25, do Código do Trabalho Português.³²² Contudo, a sua análise e aplicação merece cautela. Apesar de o dispositivo não considerar como discriminatória a conduta que promova a distinção entre os seus trabalhadores, quando corresponda a um “*requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, em virtude da natureza causa ou do contexto da sua execução*”, isto não se aplica à coleta de informações sobre a vida sexual do seu empregado.³²³ Note-se que o artigo é claro ao mencionar as expressões “*natureza em causa*” e “*contexto da sua execução*”, já indicando que se trata de exceção à regra. Torna-se aplicável, por exemplo, quando o interesse da coletividade se sobressai ao interesse individual em uma atividade de risco.

Portanto, é terminantemente vedado ao empregador realizar qualquer indagação sobre a vida sexual do empregado na fase pré-contratual, restando inaplicável o disposto no art. 25, nº 2, do Código do Trabalho, tendo em vista que essa informação não é determinante,

³²⁰ Sobre esta questão, o Direito Laboral Brasileiro, por meio da Lei 9.029, de 13 de abril de 1995, protege o trabalhador contra atos discriminatórios, seja no momento do acesso ao emprego ou na execução do contrato de trabalho, por motivos de “*sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros*”. Esta Lei pode ser invocada para resguardar o direito à vida privada e sexual do transexual, tendo em vista a cautela do legislador em mencionar expressamente o termo “*sexo*”.

³²¹ Sobre a exceção aos despedimentos discriminatórios, faz-se alusão aos brilhantes apontamentos do Doutor João Leal Amado. AMADO, João Leal. *Op. cit.* p. 342, rodapé 385.

³²² “Não constitui discriminação o comportamento baseado em fator de discriminação que constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, em virtude da natureza da atividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional”. PORTUGAL. Lei nº 7, de 12 de fevereiro de 2009. **Código do Trabalho Português**. Lisboa, Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25082016.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

³²³ Das considerações da doutrinadora Teresa Coelho Moreira, extrai-se que “não nos podemos esquecer que esta redação resulta da transposição da Diretiva nº 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional e que o art. 4º, nº 1, estabelece que “os Estados-Membros podem prever que uma diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com qualquer dos motivos de discriminação referidos no artigo 1 não constituirá discriminação sempre que, em virtude da natureza da atividade profissional em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito essencial e determinante para o exercício dessa atividade, na condição de o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional”. Tendo em atenção estes preceitos não visualizamos situações onde a orientação sexual deva ser entendida como um requisito essencial e determinante, preferindo o termo essencial da Diretiva ao termo justificável do Código do Trabalho”. MOREIRA, Teresa Coelho. *Op. cit.* p. 135.

suficiente e tampouco justificável para avaliar se está apto para o exercício das atividades laborais.³²⁴

É forçoso mencionar que o art. 17, do Código do Trabalho Português protege expressamente os dados pessoais do trabalhador, sobretudo sobre a sua vida privada (alínea *a*), sua saúde e estado de gravidez (alínea *b*). No mesmo sentido, resta inaplicável a exceção prevista na alínea *a* do art. 17, do Código do Trabalho, que ressalva a invasão na vida privada “*quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar da respetiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação*”, visto que as informações sobre a orientação sexual e transexualidade do trabalhador são irrelevantes para aferir a sua competência.

O problema é que o próprio candidato, embora usufrua do direito ao silêncio, temendo perder a vaga de emprego, poderá se sujeitar a oferecer dados da sua privacidade e intimidade em favor do empregador, incidindo, conforme assinado pela Doutora Teresa Coelho Moreira, a limitação voluntária do direito de personalidade, prevista no art. 81, do Código Civil Português.^{325 326}

De outro lado, quando indagado, caso decida não prestar dados sobre a sua vida privada, o trabalhador poderá mentir ou ocultar informações, o que também levanta discussão jurídica. Pergunta-se se o trabalhador goza do “*direito à mentira*” e se futuramente poderá ser penalizado por essa conduta, caso efetivamente seja contratado e o empregador descubra a estratégia. Haverá vício no contrato de trabalho ou violação do dever contratual da boa-fé? No âmbito português, o debate versa sobre o art. 102º, do Código do Trabalho, que prevê que “*Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato de trabalho deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos culposamente causados*”.³²⁷

³²⁴ Pertinentes são os comentários da Doutora Teresa Coelho Moreira sobre a questão, a qual aduz que “Por esta razão, qualquer atuação do empregador que tente indagar sobre estes factos direta ou indiretamente é ilícita e ao trabalhador é legítimo recusar-se a responder e, quando for mesmo necessário dar uma resposta, poderá não dar elementos, pois a não prestação de dados que não são relevantes para a celebração do contrato é lícita na medida em que se apresente como uma das possíveis defesas dos seus direitos fundamentais. Porém, a falta de resposta envolverá, por vezes, riscos acrescidos, já que poderá não ser contratado e, por isso mesmo, o candidato poderá falsear os dados, isto é, mentir sobre a sua orientação sexual”. MOREIRA, Teresa Coelho. *Ibidem*. p. 135.

³²⁵ MOREIRA, Teresa Coelho. *Op. cit.* p. 134.

³²⁶ O Doutor João Leal Amado coloca em discussão o caso em que o empregador, embora impedido, pretenda adentrar nos aspectos íntimos e privados do trabalhador. Neste caso, sustenta que “o trabalhador pode contestar a questão e/ou recusar-se, legitimamente a responder”. AMADO, João Leal. *Op. cit.* p. 144.

³²⁷ PORTUGAL. Lei nº 7, de 12 de fevereiro de 2009. **Código do Trabalho Português**. Lisboa, Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25082016.pdf>>. Acesso em: 19 maio. 2017.

Para responder ao questionamento, pensemos na hipótese em que o candidato ao emprego, arrimo da família, passa por dificuldades financeiras e necessita do emprego para promover a sua subsistência. Na entrevista de emprego, é questionado sobre aspectos da sua vida privada, como, por exemplo, alguma doença crónica. Caso o entrevistado negue ou oculte o fato, poderá ser culpado? Haverá violação do princípio da boa-fé? Para responder às questões, recorreremos à conclusão do Doutor João Leal Amado, no sentido de “*o único meio suscetível de preservar a possibilidade de acesso ao emprego e de prevenir práticas discriminatórias consiste em o trabalhador não se calar, antes dando ao empregador a resposta que ache que este pretende ouvir (e assim, eventualmente, mentindo)*”.³²⁸

Neste sentido, não há como condenar o entrevistado que se esquivava de perguntas sobre a sua vida privada, sendo que uma resposta verdadeira poderia obstar o seu acesso ao emprego. Vale ressaltar que o mesmo entendimento não se aplica aos fatos mentirosos sobre as qualificações profissionais e títulos obtidos pelo candidato, considerados inadmissíveis e que revelam de forma incontestável a má-fé e o dolo.^{329 330}

Cabe salientar que ao empregador, em regra, é vedada a invasão da esfera privada do trabalhador quanto à sua vida sexual, seja no âmbito pré-contratual ou contratual, sob pena de condenar e censurar todo um grupo de indivíduos, além de violar os direitos de personalidade do trabalhador. A limitação à reserva da intimidade e vida privada somente é possível para avaliar a competência profissional do candidato ao emprego e desde se relacione com as atividades laborais.³³¹ Caso contrário incorrerá em manifesto abuso de direito, vedado pelos arts. 187, do Código Civil Brasileiro e 334, do Código Civil

³²⁸ AMADO, João Leal. *Op. cit.* p. 144.

³²⁹ O Doutor João Leal Amado finaliza o silogismo afirmando que “[...] a boa-fé não manda responder com verdade a quem coloca questões ilegítimas e impertinentes. E o dolo na negociação não relevará em sede anulatória, pois incide sobre aspetos que o próprio ordenamento jurídico considera não poderem releva na decisão de contratar ou não. Como é óbvio, este direito à mentira só existirá em face de questões ilícitas. Se o candidato a trabalhador não responder com verdade a pergunta legítimas e pertinentes, sujeitar-se-á às devidas consequências, desde a eventual responsabilidade civil pré-contratual à possível anulação do contrato celebrado, nos termos gerais”. AMADO, João Leal. *Op. cit.* p. 145.

³³⁰ ABRANTES, José João. *Op. cit.* p. 14.

³³¹ *Idem.*

Português.^{332 333 334} Na mesma linha de raciocínio, tampouco o empregado deve se sujeitar a limitar os seus direitos de personalidade para ter acesso ao emprego e, caso se recuse ou minta e oculte informações, não pode ser penalizado por isto.³³⁵

7.2 O período contratual e as suas implicações.

No que diz respeito à execução do contrato de trabalho, toda a problemática referente ao uso do nome também se aplica, tendo em vista que muitas vezes o empregador ou colegas de trabalho se recusam a reconhecer o nome adotado pelo transexual ou transgênero, conforme observado nos casos estudados. Há situações em que os documentos de identificação no posto de trabalho, como é o caso dos crachás, referem-se ao nome constante no registro civil do trabalhador, rejeitando-se o nome escolhido posteriormente e que esteja de acordo com o seu gênero. O mesmo ocorre com relação ao uso de vestiários, na medida em que a polêmica surge dentro do estabelecimento empresarial, revelando a controvérsia no período contratual. Assim, reiteramos a fundamentação constantes nos capítulos “o vestiário em conflito” e “o direito ao nome”.

Entretanto, também há outros problemas que merecem ser destacados e que são vislumbrados durante a vigência da relação laboral, como, por exemplo, atos

³³² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.

³³³ Cf. FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010. Pág. 151. MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no Direito Privado**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. Pág. 143.

³³⁴ PORTUGAL. Decreto-lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Código Civil Português**. Lisboa, Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 19 jan. 2017.

³³⁵ Sobre a fase pré-contratual, necessário frisar o princípio da boa-fé, bem como os deveres de honestidade, lealdade e de informação, que são corolários lógicos daquele, que carecem de ser observados pelas partes contraentes no momento da celebração do negócio jurídico. No Direito Português, a boa-fé está prevista no art. 227 do Código Civil, bem como no art. 102 do Código do Trabalho. No Direito Brasileiro, encontra-se prevista nos arts. 187 e 422 do Código Civil. A Doutora Teresa Coelho Moreira enfatiza que o dever de lealdade, no âmbito laboral, deve ser entendido “cum grano salis”, afirmando que “o trabalhador não está obrigado a expor espontaneamente circunstâncias que o possam vir a prejudicar. Assim, considera-se que as obrigações de informação que incumbem ao candidato a trabalhador incluem a de responder clara, correta e veridicamente às questões relacionadas com a sua aptidão ou idoneidade para o trabalho, esclarecendo o empregador sobre todos aqueles erros ou falsas concepções que possam surgir nessa fase. Também deve comunicar, por sua própria iniciativa, todos os aspetos que não possam ser conhecidos pela contraparte utilizando uma diligência normal, isto é, os que possam escapar, pelo seu carácter oculto, extraordinário ou excepcional, do círculo normal de indagação do empregador”. MOREIRA, Teresa Coelho. *Op. cit.*. p. 137.

discriminatórios ofensivos à imagem, à honra e a dignidade do trabalhador, o assédio moral, a aplicação de normas protetivas a determinado gênero e a concessão de benefícios.

Em primeiro plano, merece relevo a Ação Trabalhista nº 0078000-40.2008.5.15.0018, em trâmite no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – Campinas/São Paulo³³⁶, movido por Nilson Pereira da Silva em face do Município de Itu.

Na peça de ingresso, a reclamante, mulher transexual, aduz que foi contratada pela reclamada em 17 de novembro de 1997 e passou a ser vítima de humilhação e perseguição por parte dos seus superiores hierárquicos quando decidiu expor a sua transexualidade, o que ocorreu no ano de 2006. Alega que lhe foi imposta a ociosidade no trabalho, visto que os seus superiores determinaram que parasse de conduzir as viaturas de ambulância. Diante disso, pleiteou a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais. Em Defesa, a reclamada refutou as alegações autorais e requereu a improcedência total dos pedidos apresentados na Petição Inicial.

Ao julgar a lide, o Exmo. Juiz do Trabalho da Vara do Trabalho de Itu/São Paulo, Sr. Dr. Luis Martins Junior, indeferiu o pedido formulado pela demandante, sob o argumento de que esta não se desincumbiu do ônus de comprovar o fato constitutivo do seu direito, porquanto a prova testemunhal produzida na audiência de instrução e julgamento contrariou os fatos narrados na exordial. Afirmou que as testemunhas não vislumbraram qualquer tratamento diferenciado em relação à autora após a manifestação da sua transexualidade. Assim, julgou improcedente o pedido.³³⁷

Inconformada com a referida Sentença proferida pelo Juízo *a quo*, a reclamante interpôs Recurso Ordinário para o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, sendo que a 5ª Câmara do Tribunal deu provimento apelo. O Exmo. Sr. Desembargador Relator Lorival Ferreira dos Santos destacou que o preposto da reclamada confessou a ociosidade da autora no ano de 2007, a qual ficou isento da execução de atividades laborais, fato este também confirmado pelas testemunhas ouvidas na audiência de instrução e julgamento. Assim, o nobre Julgador reconheceu a ociosidade e o assédio moral sofridos pela autora, visto que foi afastado das suas atividades cotidianas e laborais sem justificativa plausível e após externar a

³³⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Processo nº 0078000-40.2008.5.15.0018**. Campinas, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSO&pIdProc=1638369&pDbLink=>>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

³³⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Sentença. *Op. cit.* p. 361-364.

sua transexualidade. Via de consequência, arbitrou o valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a título de indenização por danos morais, em favor da reclamante.³³⁸

É imperioso acentuar que há outras Reclamações Trabalhistas, julgadas no Brasil, e que corroboram o persistente cenário do cometimento de atos discriminatórios e assédio moral em desfavor de trabalhadores transexuais e transgêneros, por motivos de repulsa e inconformismo com a sua forma como vivem, vestem-se e se portam publicamente.

Importa reiterar dois processos judiciais já destacado neste trabalho. O primeiro, a Reclamação Trabalhista nº 0021144-91.2014.5.04.0005, em trâmite no E. TRT da 4ª Região, movido por Feliciano Machado Siqueira (nome social “Fernanda”) em face da Caixa Econômica Federal, que aborda o terror psicológico por parte dos superiores hierárquicos, que mantinham conduta discriminatória no ambiente laboral, como agressões verbais e invasão da sua privacidade. Houve explícita rejeição quanto a sua transexualidade, que envolve a forma de se vestir, uso de acessórios e cosméticos voltados para o público feminino e exclusão de eventos sociais da empresa.³³⁹ O segundo é o processo trabalhista número 0011996-43.2015.5.15.0093, em trâmite no TRT da 15ª Região, movido por Higor Martins Pereira (nome social “Melissa”) em face do seu antigo empregador, Atento Brasil S.A., e Vivo S.A, em que há a alegação de assédio moral por parte do seu supervisor, que rejeitava publicamente a sua identidade de gênero.³⁴⁰

São instauradas situações graves de assédio moral no posto de trabalho, em que os trabalhadores são vítimas de verdadeiro terror psicológico diário e perante os colegas de trabalho. A ociosidade arbitrária também é uma forma de assédio moral, porque se retira do trabalhador a possibilidade de colaboração e inserção na sociedade e no ambiente

³³⁸ Vale ressaltar o argumento lançado pelo Exmo. Sr. Desembargador Relator Lorival Ferreira dos Santos, constante no brilhante Acórdão prolatado nos autos daquele processo judicial, para deferir a pretensão autoral, *in verbis*: “Não se pode olvidar, assim, que a humilhação decorre do sentimento de inferioridade em relação aos demais companheiros, como se fosse uma peça descartável, que não interessa mais ao empregador, ensejando, pois, a sensação de desvalia profissional. Enfim, o episódio vivenciado pelo reclamante foi de absoluta insegurança, aflitivo sobremaneira, mormente em se tratando de empregado com mais de vinte anos de casa, o que nos remete à conclusão de que, ainda que continuasse a auferir salário embora ausente qualquer prestação de serviços, esta situação lhe acarretava sofrimento íntimo ainda maior, uma vez que demonstrada que esta se dava em razão da sua condição sexual e não de capacidade profissional, caracterizada, portanto, a sua conotação, inclusive, discriminatória”. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Acórdão de 01 de junho de 2010. *Op. cit.* p. 406-411.

³³⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Processo nº 0021144-91.2014.5.04.0005**, Rio Grande do Sul, autuado em 27 de agosto de 2014. Disponível em <<https://pje.trt4.jus.br/segundograu/login.seam>>. Acesso em 14 de abril de 2018, mediante certificação digital.

³⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Processo nº 0011996-43.2015.5.15.0093**, Campinas, São Paulo, autuado em 07 de outubro de 2015. Disponível em <<https://pje.trt15.jus.br/segundograu/login.seam>>. Acesso em 14 de abril de 2018, mediante certificação digital.

empresarial. Muitas vezes o ato é cometido por superiores hierárquicos que, no exercício da sua autoridade, humilham e constroem os trabalhadores que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo biológico, com o objetivo de inferiorizá-los ou induzi-los ao pedido de demissão no emprego.³⁴¹

As consequências do assédio moral invadem a esfera psicossocial do trabalhador, repercutindo na sua saúde, produtividade e no cumprimento das obrigações contratuais, visto que a vítima do *mobbing*, insatisfeita com o ambiente de trabalho, perde a motivação para o regular desenvolvimento das suas atividades, iniciando-se um quadro de problemas disciplinares.³⁴²

Diante do assédio moral, reiteramos a fundamentação constante no tópico denominado de “o direito ao nome”, nomeadamente no que tange aos deveres do empregador. O empregador, dentro do seu poder diretivo e fiscalizatório, tem o dever de manter o ambiente de trabalho equilibrado e promover boas condições de trabalho, preservando não só o estabelecimento físico da empresa, mas também a saúde psíquica do trabalhador. Há um dever de cuidado e prevenção para coibir a prática do assédio moral no posto de trabalho.^{343 344}

³⁴¹ Sobre o assédio moral, o Doutor João Leal Amado leciona que “Ora, um espaço com essas características – território de autoridade e de convivialidade – constituiu, desde sempre, um palco privilegiado para os múltiplos e diversificados fenómenos que integram o chamado assédio moral ou *mobbing*. E, ao que parece, o fenómeno da violência psicológica no trabalho tende a agudizar-se nos nossos dias, por diversas razões: seja porque estes são tempos marcados por uma intensa pressão competitiva, por uma grande agressividade concorrencial e por uma acentuada precariedade do emprego (fatores que contribuem para aumentar o assédio entre trabalhadores, seja o assédio horizontal seja o assédio vertical descendente promovido pelos superiores hierárquicos em relação aos seus subalternos, seja, até porque o assédio moral surge, amiúde, como efeito perverso da tutela constitucional da segurança no emprego, traduzindo-se numa estratégia patronal de acoamento do trabalhador, tendente a induzi-lo a abandonar, ele mesmo, o seu emprego (assédio estratégico, promovido pelo empregador em ordem a quebrar o trabalhador, impelindo-a a demitir-se)”. AMADO, João Leal. *Op. cit.* p. 188.

³⁴² COSTA, Ana Cristina Ribeiro. Revisitando o assédio e o caminho para o seu enquadramento no regime dos acidentes de trabalho e doenças profissionais. In **Prontuário de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, n.º 2, 2017. p. 281 e ss.

³⁴³ Segundo Monteiro Fernandes, “[...] o local de trabalho – seja ele a fábrica, a oficina, o gabinete, o *atelier*, o laboratório, um terreno ao ar livre – constitui o ambiente em que o trabalhador passa grande parte do seu tempo. Tanto sob o ponto de vista do bem-estar e da realização pessoal que se associa ao trabalho, como na própria perspectiva da produtividade, a qualidade do ambiente oferecido pelo empregador não é um elemento neutro nas relações de trabalho. [...] a garantia de “boas condições de trabalho” tem uma amplitude que pode compreender não só aspectos ligados ao ambiente físico e social em que a actividade do trabalhador é realizada, mas também responsabilidades atinentes ao combate ao assédio e à conciliação vida-trabalho”. FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*. 17.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 254-257.

³⁴⁴ Sobre os deveres do empregador, ver o estudo aprofundado em ROUXINOL, Milena Silva. **A obrigação de segurança e saúde do empregador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

Dentro do período contratual há também o debate a respeito à aplicação, em relação à mulher transexual, das normas de proteção à mulher, previstas no Direito do Trabalho Brasileiro, nomeadamente sobre o art. 384 da CLT.³⁴⁵ ³⁴⁶ Esta norma foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por uma razão social e como uma forma de preservar as mulheres de evidente capacidade física em relação aos homens durante a execução das atividades laborais. Trata-se assim, de norma que, até o advento da Lei 13.467/2017, que promoveu a Reforma Trabalhista, assegurava o direito de saúde, higiene e segurança da mulher no trabalho.³⁴⁷

No caso da mulher transexual, que originariamente nasceu com o sexo biológico masculino, indaga-se se estaria beneficiada no intervalo previsto na referida norma. Cumpre ressaltar que é um debate jurídico novo, tendo em vista os recentes avanços da discussão sobre o direito à identidade de gênero.³⁴⁸

Considerando que a razão de ser da norma também se situa no campo social, isto é, para privilegiar a mulher que também exerce atividades no âmbito familiar, seja nas tarefas domésticas ou cuidados com a família, algo que atualmente é contestado em razão do avanço da corrente feminista e com a conquista dos direitos das mulheres no último século, entendemos pela sua plena aplicação em relação às mulheres transexuais. Isto porque quando há a transição de gênero (de masculino para o feminino), passa a cumprir o seu papel na sociedade e na família conforme o seu novo gênero.

³⁴⁵ “Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho”. BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 21 jan. 2017.

³⁴⁶ É importante destacar que este dispositivo foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conforme brilhante Acórdão prolatado nos autos do Recurso Extraordinário número 658.312. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 658.312**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 de novembro de 2014. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 10 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE658312.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2017. Sobre esta questão, cf. BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª Edição. São Paulo: Editora Ltr, 2016. p. 707-710.

³⁴⁷ Vale ressaltar que o art. 384, da CLT, foi revogado pela Lei 13.467/2017, que introduziu alterações significativas na legislação laboral brasileira. Desta forma, o direito estava assegurado aos trabalhadores até 11 de novembro de 2017, quando a nova lei entrou em vigor. Trata-se de interpretação do Direito Intertemporal, sendo que a nova lei se aplica a todos os contratos de trabalho vigentes. Contudo, reconhecemos que a questão é controversa na doutrina brasileira, principalmente com relação ao direito adquirido.

³⁴⁸ Faz-se referência ao artigo científico elaborado por Brena Késsia Simplício Bomfim, que trata a respeito do tema. BOMFIM, Brena Késsia Simplício do. A Questão de Gênero, o Trabalho dos Transexuais Femininos e a Repercussão nas Garantias Trabalhistas Voltadas à Proteção do Trabalho da Mulher. **Direitos, Gênero e Movimentos Sociais: Congresso Nacional do CONPEDI**, João Pessoa, p.417-433, 05 nov. 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c0ffb7232b77166>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

Assim, a aplicação da norma deve observar o papel do transexual feminino na sociedade como já ocorre com relação à mulher. A extensão do art. 384, da CLT representa evidente efetivação dos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, privilegiando os reflexos sociais e jurídicos da cirurgia de redesignação sexual.³⁴⁹

Não raramente estaremos diante de situações em que o trabalhador transexual e transgêneros é preterido na obtenção de vantagens, promoções e benefícios no ambiente laboral por motivos de identidade de gênero. Muitas vezes o estereótipo adotado pelo empregado, seja pela forma de se comportar ou se vestir, é valorado para a obtenção de benefícios. O fato ocorreu no conhecido caso americano Price Waterhouse vs. Hopkins, embora Ann Hopkins não seja efetivamente uma pessoa transexual. O caso foi considerado, consoante os apontamentos de Milena Silva Rouxinol, “*como marco da reversão da anterior jurisprudência neste domínio*”.³⁵⁰

Durante a vigência do contrato de trabalho, foi negada uma promoção a Ann Hopkins, sob o argumento de que não mantinha aparência “suficientemente feminina”. A empresa, composta majoritariamente por homens, recomendou que a trabalhadora adotasse um estilo visual mais feminino. Ao julgar o conflito, o Tribunal entendeu que se trata de discriminação em razão do sexo, devendo a norma tutelar também o “*sex stereotyping*”. Embora Hopkins seja mulher cisgênero, o Tribunal consignou que os trabalhadores não devem ser discriminados por apresentarem um comportamento ou aparência física dissonante daquela esperada para determinado gênero, isto é, que mulheres sejam notadamente femininas.

Considerando que a decisão envolveu a questão do estereótipo sexual e sua tutela, serviu de inspiração para o julgamento de outras ações judiciais, que abordaram a transexualidade, em que se vislumbra esse problema entre a aparência mantida pela pessoa transexual e transgênero no local de trabalho e o comportamento efetivamente exigido pela sociedade, na qual há um padrão enraizado historicamente, isto é, que homens mantenham

³⁴⁹ A discussão também é relevante no ramo do Direito do Desporto, indagando-se se o atleta profissional transexual pode ou não competir de acordo com o seu gênero. Neste ponto, admirável o posicionamento da Federação Internacional de Vôlei ao permitir que a atleta Tiffany Abreu jogue em equipes femininas. ESPORTE, Globo. **Na Itália, transexual brasileira quebra barreiras e joga entre as mulheres**. 2017. Por João Gabriel Rodrigues. Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/volei/noticia/natalia-transexual-brasileira-quebra-barreiras-e-joga-entre-as-mulheres.ghtml>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

³⁵⁰ ROUXINOL, Milena Silva. *Op. cit.* p. 196.

maneirismos e vestimentas notadamente masculinos e mulheres sejam suficientemente femininas.³⁵¹

7.3. A rescisão do contrato de trabalho: a dispensa discriminatória e o ônus da prova.

No que se refere ao despedimento, inevitável fixar a seguinte pergunta-problema: Pode o empregador dispensar o trabalhador em virtude da sua orientação sexual ou transexualidade? Considera-se como dispensa discriminatória? Mantendo-se a coerência deste trabalho, incumbe-nos retratar ações as judiciais que se relacionam com o a matéria e a pergunta problema, além de desenvolver a fundamentação jurídica pertinente, sobretudo no contexto luso-brasileiro.

Primeiramente, em um comparativo constitucional, cabe salientar que a Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 7^a, I, protege o trabalhador contra a dispensa arbitrária e sem justa causa, dependendo a matéria de regulação por lei complementar, o que, até então, não foi realizado no Brasil, embora a Constituição Cidadã tenha sido promulgada em 1988. É sabido que a Convenção nº 158 da OIT resolveria o problema da ausência da lei complementar, porém o STF, em setembro de 1997, entendeu pela inconstitucionalidade da norma, suspendo a sua eficácia jurídica no território brasileiro. Assim, a execução da regra contida no art. 7^o, I, da CRB depende da publicação de lei complementar, o que aparentemente não interessa ao legislador e ao empresariado brasileiro.³⁵²

A Constituição da República Portuguesa, no que lhe concerne, no art. 53^o veda a dispensa arbitrária ou por motivos políticos ou ideológicos.³⁵³

³⁵¹ A Doutora Milena Silva Rouxinol elenca uma série de casos decididos após o julgamento que envolveu Price Waterhouse vs. Hopkins, em que houve a tutela do estereótipo sexual. Na oportunidade, citou os casos Nichols vs. Azteca Restaurant Enterprises, Inc, Schroer vs. Billington²⁶, e Smith vs. City of Salem e Glenn v. Brumby. Todos os referidos casos abordam a questão da tutela antidiscriminatória diante de situações que refogem do estereótipo socialmente esperado e exigido. ROUXINOL, Milena Silva. *Op. cit.* 197-198.

³⁵² DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.* p. 1236-1237.

³⁵³ Em discussão ao quadro comparativo existente entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português, o Doutor João Leal Amado pontua que “em Portugal, e por força da CRP, tanto o despedimento *for no cause*, caracterizado pela ausência de um qualquer motivo justificativo, como o despedimento *for bad cause*, caracterizado pela presença de um motivo antijurídico, são ilícitos; mas, dir-se-ia, este último é mais ilícito do que o outro, reveste-se de uma carga extra de antijuridicidade, tendo em conta que se baseia numa causa tida como “vil” ou “torpe” – o que pode e deve ter consequências ao nível dos respectivos efeitos”. AMADO, João Leal. Em torno do despedimento discriminatório: um olhar luso-brasileiro. In **Revista Direito das Relações**

Com relação ao despedimento por motivos de orientação sexual ou transexualidade, a Lei 9.029/1995, vigente no Brasil, protege o trabalhador contra a dispensa discriminatória por motivo de “*sexo*”, consagrando, em seu art. 4º, o direito facultativo do empregado em requerer a reintegração no emprego com o ressarcimento das parcelas devidas relativas ao período do afastamento.

Soma-se a isso o direito do trabalhador em requerer a condenação da empresa ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos, conforme art. 927, do Código Civil Brasileiro.³⁵⁴ É normal que os trabalhadores, vítimas de assédio moral ou dispensa discriminatória, prefiram requerer em Juízo a indenização devida, em detrimento da reintegração no emprego, uma vez que a relação empregatícia muitas vezes se encontra desgastada e prejudicada após o cometimento de atos discriminatórios.

Destaca-se também a tendência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula 443³⁵⁵, em proteger trabalhadores que estão sujeitos a algum ato discriminatório que coloque em risco a vigência do contrato de trabalho, como é o caso da presunção em relação ao trabalhador portador de doença grave ou do vírus HIV. Neste caso, o despedimento é declarado inválido, sendo o empregado reintegrado no emprego. Essa proteção, conferida por meio de Súmula, é justificável, já que o empregador, após tomar ciência da gravidade da doença que acomete o seu empregado, poderá rescindir o contrato por temer manter em seu quadro de funcionários um trabalhador com eventual capacidade laborativa reduzida.

Apesar da existência das referidas normas, não há, no Brasil, legislação expressa que trate a respeito do direito à identidade de gênero no âmbito laboral, o que representa um grave problema jurídico e social, já que o trabalhador sexual é alvo de discriminações diretas e indiretas no mercado de trabalho, seja no acesso ao emprego ou durante a vigência do contrato de trabalho.

Sociais e Trabalhistas, Centro Universitário do Distrito Federal, Brasília. Documento que ainda será publicado. p. 02.

³⁵⁴ “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

³⁵⁵ “Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego”. BRASIL. Súmula nº 443, de 27 de setembro de 2012. **Súmula Nº 443 do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443>. Acesso em: 22 jan. 2017.

Além da inexistência de norma expressa que reconheça a identidade de gênero na seara laboral, a prova de eventual despedimento baseado em fator discriminatório é diabólica. Isso porque o empregador tem o direito potestativo de dispensar arbitrariamente e abusivamente o seu empregado sem justo motivo, deixando de ratificar, portanto, a Convenção 158, da OIT, que trata sobre o despedimento causal ou motivado.^{356 357}

Nesta esteira, o empregador pode dispensar sem justo motivo o seu empregado, mesmo que, em seu foro íntimo, haja um motivo, que pode ser a orientação sexual ou a identidade de gênero do trabalhador, e este dificilmente conseguirá provar os fatos narrados para alcançar os seus direitos trabalhistas. Dificilmente o empregador brasileiro produzirá alguma prova em favor do empregado no ato da dispensa como, por exemplo, indicar o motivo da rescisão contratual, para que posteriormente seja condenado a reintegrar o trabalhador, com o conseqüente pagamento de eventual indenização. Se o empregador tem em seu favor o direito potestativo de dispensar arbitrariamente o empregado, certamente não indicará o motivo discriminatório do despedimento.

Um dos casos que demonstra a dificuldade de produção de prova da dispensa discriminatória é o processo movido por Emerson Nunes Aleixo contra A, Grings S.A, autuado sob o número 0020258-58.2015.5.04.0781, em trâmite no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – Estado do Rio Grande do Sul.³⁵⁸ Na Petição Inicial, a reclamante, transexual feminino, alegou que foi contratada pela reclamada em 20 de fevereiro de 2014, sendo dispensada em 16 de abril de 2014 pelo fato de ser transexual.

Alega, em síntese, que foi humilhada por seu superior hierárquico, o qual teria afirmado que sente repulsa em relação à autora, que esta não tinha o perfil da empresa e que aquele local de trabalho não era o adequado para ela. Diante disso, a reclamante formulou pedido de condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais. Em

³⁵⁶ Para melhor aprofundamento a respeito do direito potestativo do empregador e o regime brasileiro em matéria de despedimento, recomenda-se os brilhantes ensinamentos do Doutor João Leal Amado. AMADO, João Leal. O Despedimento entre o Direito Potestativo e o Ato *Contra Legem*: um olhar português. In: **Revista Magister de Direito do Trabalho**, v. 12, n. 72, p. 85-100, maio/jun. 2016.

³⁵⁷ Em relação à dificuldade de produção de prova, socorremo-nos aos ensinamentos do Doutor João Leal Amado, no sentido de que “o empregador, autor do despedimento, em regra “não passa recibo” da motivação que o anima pelo o que a questão do ônus da prova de revela, por vezes, um obstáculo inultrapassável para o trabalhador despedido: este sabe que foi alvo de um ato discriminatório, sabe que o empregador sabe que discriminou, sabe que o empregador sabe que foi alvo de discriminação, mas nem sempre será fácil persuadir o tribunal da existência dessa discriminação...”. AMADO, João Leal. *Op. cit.* p. 10.

³⁵⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Processo nº 0020258-58.2015.5.04.0781**. Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2015. Disponível em: <<http://pje.trt4.jus.br/segundograu/>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

Contestação, a reclamada refutou as alegações autorais, bem como os fundamentos jurídicos apresentados, aduzindo que o primeiro contrato de trabalho da autora foi extinto pelo decurso do prazo do contrato de experiência e que a segunda rescisão contratual ocorreu sem justo motivo.

Ao julgar pleito, o Exmo. Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Estrela, Sr. Dr. Rogério Donizete Fernandes não reconheceu a dispensa discriminatória, sob o fundamento de que a reclamante não legrou êxito em comprovar os fatos constitutivos do seu direito, conforme determinam os arts. 818, da CLT e 333, do Código de Processo Civil Brasileiro. O nobre Julgador informou que os documentos juntados pela reclamante (atestados médicos e fotografias) não constituem provas verdadeiras e não correspondem à época dos fatos narrados. Além disso, destacou que a prova oral produzida apresentou divergências quanto aos momentos das rescisões contratuais. Apesar de ter negado provimento ao pedido de declaração da dispensa discriminatória, o ilustre Juízo *a quo* deferiu o pedido de pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), com acréscimo de juros e correção monetária (Súmula 439, do C. TST), visto que restou cabalmente comprovado, por meio da testemunha ouvida na audiência de instrução e julgamento, que o superior hierárquico do reclamante a ofendeu com palavras de baixo calão, chamando-a de “traveco” e “travesti”.

O Magistrado destacou, com absoluta razão, que “*a discriminação por questões orientação sexual tem evidente efeito negativo na autoestima do trabalhador, capaz de ferir sua imagem e dignidade. O tratamento injusto dispensado ao reclamante por sua orientação sexual viola a intimidade e sua vida privada*”.³⁵⁹

Inconformada com a Decisão proferida pelo Juízo de Primeira Instância, a reclamada apresentou Recurso Ordinário para o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, com o objetivo de reformar o *decisium*. Todavia, o Acórdão prolatado pela 8ª Turma do TRT da 4ª Região manteve a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, em virtude da comprovação do assédio moral sofrido pela reclamante. Porém, quanto à alegada dispensa discriminatória, o pedido foi julgado improcedente.³⁶⁰

³⁵⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Sentença de 23 de outubro de 2015 (ID c842c3b). *Op. cit.* P. 188-215.

³⁶⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão de 14 de dezembro de 2015 (ID c71fd1d). *Op. cit.* P. 238-247.

Outro caso que repercute a dificuldade de produção de prova é a Reclamação Trabalhista movida por Bianca Simões Pinto em face dos seus antigos empregadores, Uranet Projetos e Sistemas Ltda e Vivo S.A, autuado sob o número 1001521-05.2016.5.02.0039, em trâmite no TRT da 2ª Região (São Paulo/SP).³⁶¹ Sustenta que foi vítima de transfobia e assédio moral, sendo preterida nas soluções de cargos de Supervisor, quando vagos e havia recusa à adoção do seu nome social, seja nos documentos da empresa ou pela forma como era tratada verbalmente.

Sobre a rescisão contratual, afirma que foi dispensada imotivadamente logo após entregar à empresa os novos documentos, como a Carteira de Trabalho, constando o novo nome adotado. Aduz que não houve qualquer outro fato que gerasse a rescisão contratual, considerando estranho e coincidente a entrega dos novos documentos e a sua demissão. Diante disso, requereu a condenação das reclamadas ao pagamento de indenização por danos morais, o importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), além dos salários referentes ao período entre o despedimento e a propositura da ação. Em suma, as reclamadas, em Contestação, negaram os fatos narrados na peça de ingresso, requerendo a improcedência dos pedidos.

Em Sentença, o ilustre Exmo. Juiz do Trabalho Diego Cunha Maeso Montes entendeu que, consoante as provas juntadas aos autos do processo, não havia indícios da dispensa discriminatória. Com base na oitiva de testemunhas em audiência de instrução e julgamento, ressaltou que a empresa também emprega outros funcionários transexuais e homossexuais, não adotando prática discriminatória no ambiente laboral. Assim, concluiu que *“Sob tais circunstâncias, tenho que a autora não fora alvo de procedimentos discriminatórios e que, o contrato de trabalho fora resilido pela primeira ré sem qualquer motivação segregatório, tendo exercido o seu lídimo direito potestativo”*.³⁶²

Vale ressaltar que a Sentença foi mantida pelo Acórdão prolatado pelos Doutos Desembargadores do TRT da 2ª Região, convencendo-se de que a autora não logrou êxito em comprovar a dispensa discriminatória.³⁶³

No ordenamento jurídico português, em matéria infraconstitucional de despedimento ilícito são aplicáveis os arts.381 a 385 e 389 a 393, do Código do Trabalho. Diferentemente

³⁶¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Processo nº 1001521-05.2016.5.02.0039**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://pje.trtsp.jus.br/primeirograu/login.seam>>. Acesso em: 01 de junho de 2018.

³⁶² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Sentença de 19 de abril de 2017 (Id 0202986). *Op. cit.* P. 1019-1035.

³⁶³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Acórdão de 10 de novembro de 2017 (Id fe488e9). *Op. cit.* P. 1149-1159.

da regra geral contida no Direito Brasileiro, o Direito do Trabalho Português protege o trabalhador no momento do despedimento, já que é necessário invocar o motivo justificável e previsto na lei, além de seguir o procedimento previsto no Código do Trabalho.

Nesta esteira, é preciso dar ênfase para o art. 381º, do Código do Trabalho, o qual trata dos fundamentos gerais de ilicitude de despedimento. Consagra, na alínea *a*, que o despedimento será ilícito “*se for devido a motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos, ainda que com invocação de motivo diverso*”. Percebe-se que não há menção expressa de discriminação em razão do sexo, porém a melhor interpretação deve associar este dispositivo com a inteligência contida no art. 24º, número 1, do Código do Trabalho, já que motivos constantes neste dispositivo são tão relevantes quanto os estabelecidos naquele.^{364 365}

Pode-se levantar uma questão, em matéria de ônus da prova, com relação ao art. 25º, número 5, do Código do Trabalho.³⁶⁶ O legislador português estabeleceu uma espécie de compartilhamento do ônus da prova, tendo em vista a dificuldade em produzir o conjunto probatório com relação a fatores discriminatórios. Representa uma medida legal positiva e que visa a busca pela verdade real no processo.³⁶⁷ Contudo, insta esclarecer que as dificuldades ainda persistem, devendo o empregado vítima de discriminação provar o verdadeiro motivo ensejador da rescisão contratual.³⁶⁸

³⁶⁴ AMADO, João Leal. *Op. cit.* p. 342, rodapé 385.

³⁶⁵ Discorrendo sobre fatores discriminatórios estabelecidos no art. 381º, do CT, o Doutor João Leal Amado indaga “[...] porquê estes? Porquê só estes, e não outros? [...]”, referindo-se aos mesmos como um “quarteto fantástico” persistente na legislação portuguesa. Ato contínuo, com fundamento nos arts. 24 do CT e 13º da CRP, conclui que “o trabalhador não pode, decerto, ser despedido/discriminado por motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos; mas também não poderá sê-lo, com igual vigor, por motivo de género ou de orientação sexual, de estado civil ou situação familiar, de idade ou de património genético, de filiação sindical, etc.26. Aliás, nos termos do art. 24.º do CT, o trabalhador não pode ser privado de qualquer direito em razão do extenso leque de motivos discriminatórios que enuncia — e um desses direitos poderá ser o direito ao emprego, o direito de o trabalhador manter o seu emprego, salvo se e quando surgir um motivo legítimo que autorize a promoção do despedimento por parte do empregador. cremos, pois, que os fatores suspeitos de discriminação enunciados no art. 381.º devem ser entendidos como meramente exemplificativos, correspondendo, apenas, à ponta do iceberg, devendo ser complementados pelos restantes fatores proibidos constantes do catálogo do art. 13.º da CRP e do art. 24.º do CT”. AMADO, João Leal. *Op. cit.* p. 20.

³⁶⁶ “Cabe a quem alega discriminação indicar o trabalhador ou trabalhadores em relação a quem se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer fator de discriminação”.

³⁶⁷ MOREIRA, Teresa Coelho. *Op. cit.* p. 138.

³⁶⁸ Sobre o ônus da prova diante de despedimento discriminatório, Teresa Coelho Moreira aduz que “problema delicado que apresenta um despedimento com base na discriminação por motivos de orientação sexual é o da sua eventual prova, podendo ser bastante difícil demonstrar que o verdadeiro móbil da atitude do empregador foi algum destes motivos. A não ser nas situações em que aquele tenha referido na nota de culpa ou exteriorizado doutra forma que esse era o motivo, de difícil ocorrência na prática, torna-se muito complicado para o trabalhador provar que foi despedido com base nestas circunstâncias. Sustentamos, assim, que todas as

NOTAS CONCLUSIVAS

Conforme exposto ao longo deste estudo, no momento do nascimento, o indivíduo, com base no sexo de nascimento, é biologicamente e culturalmente enquadrado como “ser homem” ou “ser mulher”, o que influencia também na padronização dos gêneros masculino e feminino. Seja de forma direta ou indireta, há um problema de inclusão das pessoas transexuais e transgêneros, as quais refogem do modelo binário enraizado na sociedade.

Em termos conceituais, verificou-se que o gênero ultrapassa a concepção de sexo biológico, na medida em que também é determinado pelo estilo de vida de uma pessoa, a forma como se comporta, caminha, veste-se e os maneirismos. Em outras palavras, o comportamento e a autoconsciência também são relevantes para a configuração do gênero. O sexo, por sua vez, está intimamente ligado aos fatores biológicos, jurídicos e sociais, a anatomia humana e a fisiologia. Todavia, há também outras vertentes sobre o sexo, nomeadamente sob o prisma psicológico, social e jurídico.

O direito à identidade de gênero corresponde a autoafirmação do indivíduo sobre o gênero com o qual se identifica, independentemente do sexo de nascimento. Este direito, que vem sendo sustentado pela melhor doutrina e jurisprudência moderna pode ser enquadrado como um direito fundamental, respeitado internacionalmente, sobretudo em virtude do surgimento dos Princípios de Yogyakarta. Representa, assim, uma extensão e efetivação dos princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, concedendo à pessoa transexual o direito de se auto afirmar e se sentir incluída na sociedade.

Cabe salientar que o direito à identidade de gênero está intimamente associado à pessoa transexual, que se reconhece, na autoconsciência, como pertencente ao gênero oposto e busca na cirurgia de redesignação sexual uma forma de autoafirmação pessoal, e ao transgênero, que detém parcialmente ou totalmente identificação com o gênero oposto, porém não vislumbra a cirurgia como forma de autoafirmação.

As pesquisas avaliadas revelam que expressiva parte dos trabalhadores sofreram algum tipo de discriminação no trabalho em razão da sua orientação sexual, o que inegavelmente prejudica o desempenho das atividades laborais, e que as empresas possuem certa restrição ou inaptidão em contratar esse grupo de trabalhadores. Especificamente com

sanções aplicadas com base exclusiva na orientação sexual serão ilícitas, salvo raras exceções, pois é matéria que integra a esfera mais íntima do trabalhador, de carácter irrenunciável e indisponível”. MOREIRA, Teresa Coelho. *Ibidem*. p. 162.

relação aos transexuais, resta cabalmente demonstrado que, em razão da ausência de oportunidades no mercado de trabalho, muitos recorrem à prostituição para manter a sua sobrevivência.

Em termos de legislação internacional e direito comparado, verifica-se a importância do surgimento dos Princípios de Yogyakarta, dentro de um cenário de lacunas de normas protetivas à identidade de gênero. Não obstante isto, por meio de uma interpretação ampla, é possível recorrer a Tratados, Resoluções, Diretiva e Convenções Internacionais para promover a proteção das pessoas historicamente e socialmente prejudicadas.

Dentro do Direito Comparado e no domínio laboral, observou-se que Portugal deu um grande passo ao consagrar o direito à identidade de gênero no art. 24º, número 1, do Código do Trabalho, por meio da Lei nº 28/2015. No mesmo sentido, o ordenamento jurídico espanhol avançou substancialmente sobre o tema, por meio da Lei Orgânica 3/2007, de 22 de março, Lei 35/2010 de 17 de setembro, Lei 15/2014, de 16 de setembro e Lei 16/1983, de 24 de outubro. O Brasil, todavia, ainda caminha rumo à proteção dos trabalhadores transexuais, porém não há previsão expressa em lei que garanta esta tutela, incumbindo aos operadores do Direito recorrer aos princípios constitucionais e à Lei 9.029/1995.

Pela análise dos casos relevantes relatados ao longo do estudo, verifica-se que os trabalhadores transexuais enfrentam dificuldades com relação aos reflexos jurídicos da cirurgia de redesignação sexual, sendo que muitas vezes lhe são negados o acesso ao banheiro compatível ao gênero identificado, a alteração do registro civil, os benefícios remuneratórios decorrentes do novo gênero e são submetidos ao preconceito de superiores hierárquicos ou colegas de trabalho, que se materializam no assédio moral, por apresentar certa resistência em aceitar a alteração do gênero do trabalhador, o que desencadeia a prática de condutas discriminatórias. Estes comportamentos se incluem dentro da concepção jurídica de atos discriminatórios de ordem direta e indireta em desfavor dos trabalhadores que realizaram a transição de gênero.

Especificamente quando ao uso dos vestiários, debateu-se a respeito da colisão de direitos fundamentais e se construiu um silogismo em favor do uso de banheiros que estejam em conformidade com o gênero adotado. Isto porque os sujeitos que passam pela transição e gênero enfrentam graves problemas de inclusão social e marginalização social e, ao realizar um quadro comparativo entre o grau de marginalização social e hostilidades sofridas pelas pessoas transexuais e pelas pessoas cisgêneros, deduz-se que aqueles são mais necessitados

de ações afirmativas. Assim sendo, a melhor interpretação é maximizar os direitos fundamentais das pessoas transexuais e transgêneros.

Com relação ao direito ao nome, constatou-se que o problema abarca o direito do transexual ou transgênero de usar um nome que esteja de acordo com o gênero identificado e com a aparência física. A efetivação desse direito tem como escopo promover a sua inclusão social e a preservação da saúde e a higiene do trabalhador, no seu aspecto mental e psicológico. Além disso, contribui para o acesso ao emprego, porque coíbe, em certo grau, o cometimento de atos discriminatórios.

No campo dos problemas práticos, entendemos que, embora as partes outorgantes estejam resguardadas pelo princípio da liberdade contratual, é vedado ao empregador promover qualquer ato discriminatório no momento da contratação, tendo em vista os princípios da igualdade e não discriminação, restando inteiramente rechaçada a invasão à esfera privada e sexual do trabalhador. A orientação sexual do trabalhador não deve servir como base para aferir a capacidade técnica do trabalhador, mesmo em casos de postos de trabalho ideológicos. Em termos de identificação pessoal, deve ser resguardado o direito do trabalhador transexual de se identificar conforme o seu nome adotado após a transição de gênero, seja no momento da entrevista de emprego ou no uso de crachás no ambiente de trabalho.

No âmbito da execução do contrato, sobretudo com relação à legislação laboral brasileira, defendemos a tutela do Direito face aos casos de assédio moral no ambiente de trabalho e que o art. 384, da CLT, relativo à proteção da mulher no trabalho no âmbito brasileiro, também deve ser aplicado à trabalhadora transexual que cumpre o seu papel na sociedade conforme o gênero feminino. Deve ser fomentada a sua inclusão social, o seu bem-estar e principalmente a sua dignidade no ambiente de trabalho, gozando dos benefícios previsto na lei.

Em matéria de rescisão contratual, torna-se imperioso proteger o trabalhador transexual contra despedimentos discriminatórios na transexualidade, porém reconhecemos que a prova da conduta ilícita do empregador é diabólica. No Direito Brasileiro enfrentamos a problemática da dispensa imotivada e do direito potestativo do empregador e, em Portugal, por mais que haja o compartilhamento do ônus da prova (art. 25, número 5, do Código do Trabalho), o problema ainda persiste.

Assim, sendo o Direito ao Trabalho corolário lógico dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, deve acompanhar a evolução social e as novas concepções acerca do gênero, tutelando os trabalhadores transexuais, que se enquadram como minorias ou grupos estigmatizados, sujeitos a condutas discriminatórias.

O Estado, no âmbito das suas obrigações constitucionais, deve promover a criação de leis protetivas e o desenvolvimento de programas de educação e conscientização da população, inclusive os empregadores, com o objetivo de sanar a problemática e promover a inclusão dos transexuais no mercado de trabalho, o que hoje representa um grave problema jurídico e prático. No âmbito laboral, é imperioso coibir a prática de condutas discriminatórias, seja no acesso ao emprego, durante a execução do contrato de trabalho ou no momento do despedimento.

BIBLIOGRAFIA

40% DOS PROFISSIONAIS LGBT JÁ SOFRERAM DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO, DIZ ESTUDO. São Paulo, 09 abr. 2015. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/carreira/40-dos-profissionais-lgbt-ja-sofreram-discriminacao-no-trabalho-diz-estudo/>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

40% DOS PROFISSIONAIS LGTBTS JÁ SOFRERAM DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO: 61% têm medo de escolher companhia que não aceite sua orientação. 47% revelam a orientação, sendo 32% para o chefe e 2% para o RH. São Paulo, 28 abr. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2015/04/40-dos-profissionais-lgbts-ja-sofreram-discriminacao-no-trabalho.html>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

ABRANTES, José João. **Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho:** em especial, a reserva da intimidade da vida privada (algumas questões). Coimbra: Almedina, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMADO, João Leal. **Contrato de Trabalho:** Noções Básicas. Coimbra: Almedina Editora, 2016.

AMADO, João Leal. Em torno do despedimento discriminatório: um olhar luso-brasileiro. *In Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, Centro Universitário do Distrito Federal, Brasília. Documento que ainda será publicado.

AMADO, João Leal. O Despedimento entre o Direito Potestativo e o Ato *Contra Legem*: um olhar português. In: **Revista Magister de Direito do Trabalho**, v. 12, n. 72, p. 85-100, maio/jun. 2016.

ANTUNES, Ricardo. **A Rebeldia do Trabalho**. São Paulo: Ensaio, 1988. p. 77.

ARGENTIERI, Simona. Travestimos, transexualismo, transgêneros: identificação e imitação. In **Jornal de Psicanálise**, São Paulo, v.42, n.77, 2009. p. 179. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-58352009000200012>. Acesso em: 12 fev. 2018.

ARISTOTLE. **Generation of Animals**. Trad. A. L. Peck. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1963, 727b, 728a, 729a.

ARIZPE, Lourdes *et. al.* Cultural diversity, conflict and pluralismo. In **World culture report, 2000: cultural diversity, conflict and pluralism**. UNESCO Publishing, 2000.

BALZER, Carsten; LAGATA, Carla; BERREDO. **TMM annual report 2016: 2,190 murders are only the tip of the iceberg – An introduction to the Trans Murder Monitoring project**. 2016. TvT Publication Series, vol.14, 2016. Disponível em: <<https://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf>>. Acesso em: 31 abr. 2018.

BARBERA, Marzia. **Il nuovo diritto antidiscriminatorio: Il quadro comunitario e nazionale**. Milano: Giuffré Editore, 2007.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª Edição. São Paulo: Editora Ltr, 2016. p. 2016.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O outro Leviatã e a Corrida ao Fundo do Poço**. São Paulo: Almedina, 2015.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Tradução de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BELL, Mark. **Evolutions In Antidiscrimination Law In Europe And North America (Winter 2012)**. The American Journal of Comparative Law. Vol. 60, n. 1, pp. 127-146.

BENTO, Berenice Alves de Melo. Da transexualidade oficial às transexualidades. In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2008.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo. Sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Gramond, 2006.

BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. *In Contemporânea, Revista de Sociologia da UFScar*, São Carlos, vol. 04, n. 01, p. 165-182, 2014. p. 175. Disponível em <<https://edisiplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2199251>>. Acesso em 08 de maio de 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2004.

BOMFIM, Brena Késsia Simplício do. A Questão de Gênero, o Trabalho dos Transexuais Femininos e a Repercussão nas Garantias Trabalhistas Voltadas à Proteção do Trabalho da Mulher. **Direitos, Gênero e Movimentos Sociais: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**, João Pessoa, p.417-433, 05 nov. 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c0ffb7232b77166>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

BOVERO, Michelangelo. Identità individuali e collettive. **Ricerche Politiche Due: Identità, interessi e scelte collettive. Il Saggiatore**, Milano, 1983.

BRASIL, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do. **Resolução Nº 07/2016**: Altera a alínea "b" do inciso VIII do parágrafo único do art. 2º e o caput do art. 44 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, aprovado pela Resolução n. 02/2015. 2016. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/resolucoes/07-2016?dateinitial=01/05/2016&datefinal=12/07/2016&resolucoes=True>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 05 de maio de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 8727, de 28 de abril de 2016**. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da União, DF, 28 abr. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.029, de 29 de abril de 1995. **Lei Nº 9.029, de 13 de Abril de 1995**. Brasília, 17 abr. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 18 jan. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei nº 5002, de 2013. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. **PL 5002/2013**. Brasília, DF, Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>.

Acesso em: 11 maio 2018.

BRASIL. Súmula nº 443, de 27 de setembro de 2012. **Súmula Nº 443 do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, DF, Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443>. Acesso em: 22 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 864**. Brasília, Distrito Federal, 2017. Disponível em <

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo864.htm>>. Acesso em 10 de abril de 2018.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e a subversão da identidade**.

Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed.

Coimbra: Almedina, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa**

Anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

CAOS, Santo. **Apresentação detalhada do estudo Demitindo Preconceitos**. [mensagem

pessoal] Mensagem recebida por: <murilocomerio@hotmail.com> em: 09 jan. 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma**

trabalhista: Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. São Paulo: Editora Método, 2017.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. São Paulo: Editora RT, 1994.

COMISSÃO EUROPEIA. **Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu**. Relatório sobre a aplicação da

Diretiva 2004/113/CE do Conselho que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento. Bruxelas, 05 de maio

de 2015. Disponível em < [https://eur-lex.europa.eu/legal-](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0190#footnote10)

[content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0190#footnote10](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0190#footnote10)>. Acesso em 13 de maio de 2018.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva nº 2000/78/CE, de 27 de novembro de

2000. Que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional. **Directiva 2000/78/CE do Conselho**. Bruxelas, Disponível em:

<<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/78/oj>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

COSTA, Ana Cristina Ribeiro. Revisitando o assédio e o caminho para o seu enquadramento no regime dos acidentes de trabalho e doenças profissionais. *In* **Prontuário de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, nº 2, 2017. p. 281 e ss.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e Redesignação de Gênero**: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

D'AGOSTINO, Francesco. A bioética, as biotecnologias e o problema da identidade da pessoa. *In*: **Bioética segundo o enfoque da filosofia do direito**. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2016. Tradução de Luisa Raboline.

DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, volume 4. 1998. .

DIVERSITY. **The 2018 Diversityinc Top 50 Companies For Diversity**. 2018. Disponível em: <https://www.diversityinc.com/st/DI_Top_50>. Acesso em: 20 fev. 2018.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. São Paulo: Renovar, 2006.

EMPRESAS 'ABRAÇAM' A CAUSA LGBT; ATÉ QUE PONTO ESSE ENVOLVIMENTO É REAL?: Dados mostram que o ambiente corporativo ainda não está totalmente aberto ao público LGBT, e grupos se formam para dar voz à causa. São Paulo, 24 jun. 2017. Disponível em: <<http://emails.estadao.com.br/noticias/comportamento,discussao-sobre-diversidade-de-genero-nas-empresas-e-restrita-mas-positiva,70001858466>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

ESPORTE, Globo. **Na Itália, transexual brasileira quebra barreiras e joga entre as mulheres**. 2017. Por João Gabriel Rodrigues. Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/volei/noticia/na-italia-transexual-brasileira-quebra-barreiras-e-joga-entre-as-mulheres.ghtml>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

ETTELBRICK, P. L.; ZERÁN, A. T. **The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development**. A Study of November 2007 – June 2010. Final Report. Disponível http://ypinaction.org/wpcontent/uploads/2016/10/Yogyakarta_Principles_Impact_Tracking_Report.pdf>. Acesso em 04 de maio de 2018.

EUROPEIA, Agência de Direitos Fundamentais da União. **Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis**. Junho de 2008. Disponível em

<<http://fra.europa.eu/en/publication/2010/homophobia-and-discrimination-grounds-sexual-orientation-eu-member-states-part-i>>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

EUROPEIA, Agência de Direitos Fundamentais da União. **Homofobia e Discriminação em razão da Orientação Sexual e da Identidade de Gênero nos Estados-Membros da UE: Parte II: A Situação Social**. Viena, 2009. 174 p. Disponível em: <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-hdgso-report-part2_pt.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2017.

EUROPEIA, Agência de Direitos Fundamentais da União. **Manuel sobre a legislação europeia antidiscriminação**. Luxemburgo, 2010. P. 107. Disponível em: <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_PT.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

EUROPEIA, Agência de Direitos Fundamentais da União. **Ser Trans na UE: Análise comparativa dos dados do inquérito LGBT europeu**. Viena: Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2014. Disponível em: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary_pt.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2017.

FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho**. 17ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRASER, Nancy. Redistribution, recognition and participation: towards an integrated concept of justice. *In World culture report, 2000: cultural diversity, conflict and pluralism*. UNESCO Publishing, 2000. p. 48-57.

FROHN, Dominic. **Out im Office?! Sexuelle Identität, (Anti)Diskriminierung und Diversity am Arbeitsplatz**. 2007. Disponível em: <https://www.dominicfrohn.de/downloads/Out-im-Office_SNW_2007.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2018.

G1. Sergipe. 05 maio 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/90-dos-transexuais-estao-fora-do-mercado-formal-de-trabalho-em-sergipe.ghtml>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Transexualidade e Direitos Humanos: O Reconhecimento da Identidade de Gênero entre os Direitos da Personalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

GONÇALVES, Joelma. 90% dos transexuais estão fora do mercado formal de trabalho em Sergipe: Falta de apoio familiar, pouco estudo e preconceito prejudicam o alcance de uma

qualificação', diz especialista.. **G1**. Sergipe. 05 maio 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/90-dos-transexuais-estao-fora-do-mercado-formal-de-trabalho-em-sergipe.ghtml>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

GRANT, Jaime M.; MOTTET, Lisa A.; TANIS, Justin. **Injustice at every turn: a report of the national transgender discrimination survey**, The National Gay and Lesbian Task Force e The National Centre for Transgender Equality, 2011. Disponível em http://www.thetaskforce.org/static_html/downloads/reports/reports/ntds_full.pdf. Acesso em 26 de fevereiro de 2018..

GUANTER, Salvador Del Rey. **Estatuto de los trabajadores**: comentado e con jurisprudencia. Madrid: La Ley, 2007.

HAMMARBERG, Thomas. **Direitos Humanos e Identidade de Gênero**. Transrespeito versus Transfobia no Mundo” (TvT), série de publicações, Volume 5. 2011. p. 8. Disponível em < <http://transrespect.org/wp-content/uploads/2015/08/Hberg-port.pdf>>. Último acesso em 07 de janeiro de 2017.

HUMANOS, Corte Europeia de Direitos. **Gender identity issues**: Questões de identidade de gênero. 2017. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_ENG.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

KLABIN, Aracy. Aspectos Jurídicos do transexualismo. *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 90, 1995. P. 203. Disponível em < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67295/69905>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1992.

LAPA, Nádia. O preconceito contra transexuais no mercado de trabalho. **Carta Capital**. São Paulo, p. 1-1. 31 out. 2013. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-pra-que/o-preconceito-contratransexuais-no-mercado-de-trabalho-2970.html>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

LAQUEUR, Thomas. **Inventando o sexo: Corpo e gênero dos gregos a Freud**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001. Tradução de: Vera Whately.

LEHTONEN, Jukka; MUSTOLA, Kati. **“Straight people don` t tell, do they...?”**: Negotiating the boudaries of sexuality and gender at work. 2004. Elaborado pelo Ministério do Trabalho da Finlândia. Disponível em: <<http://www.felgtb.org/rs/3926/d112d6ad-54ec-438b-9358-4483f9e98868/b3c/fd/1/filename/lgtb-en-el-trabajo-finlandia-eng.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LUKÁCS, George. **Ontologia do Ser Social: Os Princípios Ontológicos Fundamentais de Marx**. São Paulo: Lech, 1979.

MARIN, Jeferson Dytz. **Princípio da Liberdade de Orientação Sexual: Gênero, Identidade e Democratização do Afeto**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

MARQUES, Mário Reis. A dignidade humana como *prius* axiomático. **Estudos em Homenagem Ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**, Coimbra, 2010.

MEDICINA, Conselho Federal de. **CFM orienta CRMs sobre o uso de nome social por médicos transgêneros em documentos administrativos**. 2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26634:2016-12-14-19-38-12&catid=3>. Acesso em: 20 jan. 2017.

MEIRA, Renan Sales de. **O banheiro em disputa: igualdade, reconhecimento e identidade de gênero**. Belo Horizonte: Initia Via, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, Geraldo Magela. **A reconfiguração do Direito do Trabalho a partir das redes sociais digitais: de acordo com a Reforma Trabalhista e com o marco civil da Internet**. São Paulo: LTr, 2018.

MILLOT, Catherine. **Extrasexo: ensaio sobre o transexualismo**. São Paulo: Escuta, 1992.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no Direito Privado**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 219.

MORAES, Maria Celina Bodin. Sobre o nome da pessoa humana. *In Revista da EMERJ*. V. 03, n. 12, 2000.

MOREIRA, Teresa Coelho. **Igualdade e Não Discriminação: Estudos de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Dignidade e Direitos Fundamentais, Volume I. Coimbra: Grupo Almedina, 2016.

O GLOBO. **Empresa dá crachá em branco para transexual: Empresa nega direito para transexual usar o nome feminino: falta inclusão no mercado? Por Maíra Amorim**.

Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/emprego/empresa-da-cracha-em-branco-para-transexual-7070699>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

O'FLAHERTY, Michael; FISHER, John. **Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law**: Contextualising the Yogyakarta Principles. *Human Rights Law Review* 8: Oxford University Press. 2008. p. 211.

OTERO, Paulo. **Instituições e Políticas Constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2017.

PEREIRO, Jaime Cabeza; AROCHENA, José Fernando Lousada. **El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral**. Albacete: Editorial Bomarzo, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *In Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan/abr. 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PORCHAT, Patrícia. **Psicanálise e Transexualismo**: Desconstruindo gêneros e patologias com Judith Butler. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**, de 25 de abril de 1976. Disponível em <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

PORTUGAL. Decreto-lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Código Civil Português**. Lisboa, Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 19 jan. 2017.

PORTUGAL. Lei 7/2011, de 25 de março. **Lei 7/2011**. Lisboa, Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1308&tabela=leis>. Acesso em: 20 de maio 2018.

PORTUGAL. Lei nº 28, de 14 de abril de 2015. **Lei N.º 28/2015**. 72. ed. Lisboa, 14 abr. 2015. Disponível em: <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/Lei_28_2015.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

PORTUGAL. Lei nº 7, de 12 de fevereiro de 2009. **Código do Trabalho Português**. Lisboa, Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25082016.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

PORTUGAL. Presidência do Conselho de Ministros. Proposta de Lei nº 75/XIII, de 06 de abril de 2017. **Proposta de Lei nº 75/XIII**. Lisboa, Disponível em <<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=41320>>. Acesso em 20 de maio de 2018.

PRESNO, Miguel Ángel. El concepto inclusivo de familia como principio emancipatorio de la vida social. In **Revista da AJURIS** – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: AJURIS, a. 38, n. 122, junho de 2011.

Princípios de Yogyakarta. 2006. Disponível em: <<http://www.yogyakartaprinciples.org/principles-sp/>>. Último acesso em: 14 de maio de 2017.

QUINN, Sheila; PARADIS, Evelyne. **Going Beyond the Law: promoting equality in employment**. Bruxelas: Ilga Europe, 2007. Disponível em: <http://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/going_beyond_the_law_2nd_edition.pdf>. Acesso em: 11 jan. de 2017.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Igualdade e não discriminação em razão do género no domínio laboral – situação portuguesa e relação com o direito comunitário. Algumas notas. In **Estudos de Direito do Trabalho**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2003. P. 228-246.

RAMALHO, Maria Irene. A sogra de Rute ou intersexualidades. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalização : fatalidade ou utopia?** Porto: Edições Afrontamento, 2002. p. 525-554.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, p.497-524, jan. 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67955>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

RAMSEY, Gerald. **Transexuais: perguntas e respostas**. São Paulo: Summus, 1998.

RIGHTS, Danish Institute For Human. **The social situation concerning homophobia and discrimination on grounds of sexual orientation in Finland**. 2009. Disponível em: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/372-FRA-hdgs0-part2-NR_FI.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2018.

RODOTÀ, Stefano. Présentation Générale des problèmes liés au transsexualisme. In: **Transsexualisme, medicine e droit. Actes XXIII Colloque de droit européen**. Vrije Universiteit Amsterdam, 14-16 abril 1993, Strasbourg, 1995.

ROUGHGARDEN, Joan. **Evolution's Rainbow: Diversity, Gender, and Sexuality in Nature and People**. London: University Of California Press, 2004.

ROUXINOL, Milena Silva. **A obrigação de segurança e saúde do empregador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ROUXINOL, Milena Silva. Discriminação em razão da identidade de gênero (em contexto laboral). In: MÉNDEZ, Lourdes Mela; MARTÍNEZ, Silvia Fernández. **Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo**: Cambios sociales y nuevos retos para la igualdad y la salud: España, Portugal, Francia, Italia, Brasil. Bern: Peter Lang Ag, 2017. ISBN 978-0343-2840-1. Vol. II.

SAADEH, Alexandre. **Transtorno de identidade sexual: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino**. 2004. 266 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Ciências, Departamento de Psiquiatria da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Cap. 24. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-09082005-115642/pt-br.php>>. Acesso em: 10 fev. 2018. P. 20-42.

SALIH, Sara. **Judith Butler e a Teoria Queer**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015. Tradução de Guacira Lopes Lauro.

SANCHES, Patrícia Corrêa. **Mudança de nome e a identidade de gênero**: Diversidade sexual e o direito homoafetivo. São Paulo: Editora RT, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza Santos. **As tensões da modernidade**. Porto Alegre: Fórum Social Mundial, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: Na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Arquivo Kindle. l. 1851-1896.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental ao meio ambiente do trabalho saudável. In **Revista TST**, Brasília, vol. 80, n. 01, jan/mar de 2014.

SASSAREGO, Carlos Fernández. El cambio de sexo y su incidencia em las relaciones familiares. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. A. 15, v. 56, abril/junho. 1991.

SAÚDE, Organização Mundial de. **International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision (ICD-10)**. 2016. Disponível em: <<http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en#/F64.0>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

SILVA, Antônio Braga da; FARIAS, José Leite. O Meio Ambiente do Trabalho como Nova Diretriz Constitucional da Tutela Ambiental: o Contraste entre o Ideal Constitucional e a Realidade Brasileira. In **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 1, p. 144-174, abr. 2017.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p.89-94, abr/jun, 1998.

SOUSA, Tuanny Soeiro. **O nome que eu (não) sou**: retificação de nome e sexo de pessoas transexuais e travestis no registro civil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo**. Aspectos médico-legais. São Paulo: Editora RT, 1993.

TAYLOR, Charles. **Fuentes del yo**: La construcción de la identidad moderna. Barcelona: Paidós, 1996. Tradução de Ana Lizón.

TEIXEIRA, Flávia. **Dispositivos de dor**: saberes – poderes que (con)formam a transexualidade. São Paulo: AnnaBlume, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

URBANO, Maria Benedita. Globalização: os direitos fundamentais sob stress. **Estudos em Homenagem Ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. IV**, Coimbra, 2010.

VAN BALEN, B. et. al. The Situation of LGBT Groups in the Labour Market in European Member States. **Report of the Network of Socio-Economic Experts in the Field of Anti-Discrimination**. 2011 VT-2008-007 ed. European Commission, DG Justice. 59 p. Disponível em <https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/ec_sen_synthesisreport2010parti_en_ext.pdf>. Acesso em 28 fev. 2018.

VEIGA JUNIOR, Hélio. **O Direito de Pertencer a Si Mesmo**: A despatologização do transexualismo e sua regulamentação jurídica como um direito fundamental ao gênero. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

WARREN, Samuel. BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *In* **Information Privacy Law**, 6ª Ed. New York, 2018.

WILLYS, Jean. **Tempo Bom, Tempo Ruim: identidades, políticas e afetos**. São Paulo, 2014. Editora Editora Paralela.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275**, de 01 de março de 2018. Voto do Senhor Ministro Celso de Mello. Brasília, Distrito Federal, 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275DFVotodoMin.CelsodeMello.pdf>>. Acesso em 12 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 658.312**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 de novembro de 2014. Diário Judicial Eletrônico. Brasília, 10 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE658312.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 845.779**. Brasília, Distrito Federal, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4657292>>. Acesso em: 02 de março de 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Processo nº 0011472-51.2014.5.15.0135**, Campinas, São Paulo, autuado em 06 de setembro de 2014. Disponível em <<https://pje.trt15.jus.br/primeirograu/login.seam?loginComCertificado=true&cid=29282>>. Acesso em 14 de abril de 2018, mediante certificação digital.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Processo nº 0078000-40.2008.5.15.0018**. Campinas, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSO&pIdProc=1638369&pDbLink=>>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Processo nº 0011996-43.2015.5.15.0093**, Campinas, São Paulo, autuado em 07 de outubro de 2015. Disponível em <<https://pje.trt15.jus.br/segundograu/login.seam>>. Acesso em 14 de abril de 2018, mediante certificação digital.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Processo nº 1001521-05.2016.5.02.0039**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://pje.trtsp.jus.br/primeirograu/login.seam>>. Acesso em: 01 de junho de 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Processo nº 0021144-91.2014.5.04.0005**, Rio Grande do Sul, autuado em 27 de agosto de 2014. Disponível em <<https://pje.trt4.jus.br/segundograu/login.seam>>. Acesso em 14 de abril de 2018, mediante certificação digital.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Processo nº 0020258-58.2015.5.04.0781**. Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2015. Disponível em: <<http://pje.trt4.jus.br/segundograu/>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Processo Nº 0000939-77.2012.5.09.0003**. Curitiba, Paraná, 2012. Disponível em: <<https://www.trt9.jus.br/autosdigitais/visualizador/index?processo=21076&ano=2012&vara=3®iao=9&recurso=0&digito=0#aba-8958286>>. Acesso em: 17 jan. 2017, mediante assinatura digital.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Processo nº 0210689-57.2017.4.02.5101**. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em

<<http://procweb.jfrj.jus.br/portal/login.asp?CW=S>>. Acesso em 10 de junho de 2018, mediante assinatura digital.

ESTADOS UNIDOS. Court Of Appeals For The Tenth Circuit. **Etsitty v. Utah Transit Authority, 502 F.3d 1215 (10th Cir. 2007)**. 2007. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/1235728/etsitty-v-utah-transit-authority/>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

EUROPEIA, Tribunal de Justiça da União. **Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de fevereiro de 1998**: No processo C-249/96. 1998. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-249/96>>. Acesso em: 15 maio 2018.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão N.º 121/2010. Lisboa, 28 de abril de 2010. **Acórdão N.º 121/2010**: Processo n.º 192/2010. Disponível em: <<https://dre.pt/application/conteudo/2897033>>. Acesso em: 15 maio 2018.