

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS  
RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E  
EMPRESARIAIS**

**LUCIANA DE ABOIM MACHADO**

**RODRIGO GOLDSCHMIDT**

**VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR**

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line]  
organização CONPEDI

Coordenadores: Luciana de Aboim Machado; Rodrigo Goldschmidt; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – Florianópolis:  
CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-572-

0

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.  
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



# XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

## EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

---

### **Apresentação**

As relações sociais cotidianas, nomeadamente as de trabalho e empresa, vem desafiando novos estudos sobre a eficácia dos direitos fundamentais.

Várias pesquisas, válidas e atuais, lançam luzes sobre os limites da atuação do Estado por sobre o particular, fenômeno que se convencionou chamar de “eficácia vertical” dos direitos fundamentais.

Atualmente, com a gradativa suplantação e instrumentalização do Estado pelo poder econômico empresarial, a temática alçou novos contornos, na medida em que, de forma cada vez mais frequente, constata-se que dito poder vem exorbitando os seus limites no âmbito das relações individuais e coletivas de trabalho, afetando, com isso, a dignidade e a esfera de personalidade do trabalhador.

Os artigos científicos que compõem esta obra coletiva constituem uma possível resposta a essa problemática, procurando oferecer elementos teóricos para compreender as implicações do uso abusivo do poder econômico, bem como elementos práticos para opor limites a este poder nas relações privadas, com o mote de alcançar, na maior medida possível, um salutar equilíbrio entre a empresa e o trabalho humano, a partir de um olhar conforme a Constituição, a qual preconiza a valorização do trabalho, a livre iniciativa e a justiça social.

Nesse diapasão, preconizam a adoção de políticas públicas para promoção do trabalho decente e da máxima efetividade dos direitos humanos dos trabalhadores, inclusive com vistas ao disposto na Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho e seu seguimento, enaltecendo a imprescindibilidade de abolir o trabalho infantil, erradicar o trabalho forçado, eliminar a discriminação e valorizar a negociação coletiva ao lado da liberdade sindical.

Para tanto, os artigos em questão exploram vários marcos regulatórios internacionais, constitucionais e infraconstitucionais, assim como abarcam vários marcos teóricos, v.g., a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a função social da empresa e a função social do contrato. Porém, sem nunca descurar da necessária contextualização social, política, econômica e ambiental.

Agora todo esse material científico, elaborado com esmero e dedicação, depurado pelo debate científico no Grupo de Trabalho constituído para esse fim no âmbito do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI realizado em São Luis/MA, de 15 a 17 de novembro de 2017, está à disposição de você.

Boa leitura, boas práticas!

Prof. Dr. Rodrigo Goldschmidt - Unesc

Profa. Dra. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva - UFS

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**A VULNERABILIDADE DO TRANSEXUAL NO MERCADO DE TRABALHO E A  
NECESSÁRIA EFETIVAÇÃO DE SEUS DIREITOS SOCIAIS NO MODELO DE  
ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO**

**THE VULNERABILITY OF THE TRANSEXUAL IN THE LABOR MARKET AND  
THE NECESSARY REALIZATION OF THEIR SOCIAL RIGHTS IN THE MODEL  
OF CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL STATE**

**Angélica Souza Veríssimo da Costa <sup>1</sup>  
Rogéria Gladys Sales Guerra <sup>2</sup>**

**Resumo**

Aborda-se a discriminação por questão de gênero do trabalhador transexual, dentro da sociedade brasileira, cuja formação social tem forte tradição patriarcal e hierarquizada. Discriminar o trabalhador por conta da sua orientação sexual fere os direitos fundamentais sociais. O debate, portanto, é importante para se compreender a necessidade da inclusão expressa da liberdade de orientação sexual como direito fundamental, o respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador independentemente da orientação sexual. Faz-se necessário a aplicação de uma política pública mais efetiva que enfrente as múltiplas causas e consequências sob à ótica principiológica da igualdade material em nosso sistema.

**Palavras-chave:** Transexualidade, Direitos fundamentais, Discriminação, Mercado de trabalho

**Abstract/Resumen/Résumé**

Gender-based discrimination of the transsexual worker is addressed within Brazilian society, whose social formation has a strong patriarchal and hierarchical tradition. Discriminating the worker on account of his sexual orientation injures fundamental social rights. The debate, therefore, is important to understand the need for the explicit inclusion of freedom of sexual orientation as a fundamental right, respect for the dignity of the human person of the worker regardless of sexual orientation. It is necessary to apply a more effective public policy that faces the multiple causes and consequences from the principiological point of view of material equality in our system.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Transsexuality, Fundamental rights, Discrimination, Labor market

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela UFPE, Professora de Direito Constitucional e Administrativo da Uninassau e Integrante do Grupo de Pesquisa de Constitucionalismo na América Latina da UFPE.

<sup>2</sup> Mestra e Doutora em Direito pela UFPE, Professora de Direito do Trabalho da UNICAP e da UPE. Advogada.

## 1 Introdução

O estudo apresentado neste artigo aborda os desafios enfrentados pelos trabalhadores transexuais, em decorrência da desigualdade de gênero e do preconceito pela liberdade de orientação sexual. Os transexuais, em virtude de sua condição específica encontram barreiras intransponíveis no mercado de trabalho e estão submetidos a uma situação social e cultural de vulnerabilidade e, por conseguinte, não tem seus direitos sociais reconhecidos.

Isso porque, uma das maiores dificuldades do trabalhador transexual é a sua inserção no mercado de trabalho formal, marcada por significativas e constantes desigualdades de sexo, gênero e raça.

O que se pretende com o presente artigo, utilizando-se uma abordagem metodológica analítica, descritiva e quantitativa, é demonstrar que, enquanto ser humano, não faz diferença se o indivíduo é heteroafetivo, homoafetivo, travesti ou transexual, pois ambos são sujeitos de direito, protegidos pela Constituição Federal de 1988, no artigo 3º, IV, que veda toda e qualquer discriminação em razão da tendência ou orientação sexual, por ser um direito inalienável (personalíssimo) e deve ser garantido pelo nosso Estado Democrático de Direito.

Desta forma, o objetivo específico do artigo é demonstrar a real necessidade de superação de posicionamentos políticos preconceituosos que permearam a discussão do texto constitucional brasileiro de 1988, impedindo a descrição dos direitos à luz da perspectiva das orientações sexuais dos indivíduos, a fim de se implementar os direitos sociais do transexual no mercado de trabalho sob a ótica de uma igualdade material, na medida em que vários representantes desse grupo ainda enfrentam as consequências da falta de oportunidade no mercado formal de trabalho, decorrente da exclusão e do preconceito que, tais como a exposição às situações de violência e a prostituição contribuem para a permanência de boa parte desse grupo à margem da sociedade.

Numa abordagem constitucionalista contemporânea, partiu-se não só para discorrer sobre o conceito da transexualidade, mas também, alertar que não se pode mais permitir discursos simplistas e desagregadores, haja vista que, nesse mercado econômico de interesses variados, é dever da nossa sociedade garantir a esse grupo as condições de acesso e manutenção a um trabalho digno, senão, não faz sentido a luta pela mudança de paradigmas e

a efetivação de normas internacionais no sistema jurídico, político, social e econômico desse século.

2 A Constituição Federal de 1988 e a necessária consolidação de um direito constitucional contemporâneo fundamentado nos ideais que resguardam a dignidade da pessoa humana

Dogmaticamente, sustenta Luís Roberto Barroso (BARROSO,2013. p. 108), que nas últimas décadas visualizamos um forte movimento de relevo e afirmação do papel normativo da Constituição, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, quando visualizamos a derrocada do positivismo jurídico e de uma legalidade estrita, em função da elevação das normas constitucionais principiológicas.

Nesse sentido, percebemos um esforço no que o autor acima denomina de Direito contemporâneo para centralizar a norma constitucional no sistema jurídico, a fim de consagrar sua supremacia formal e material, de um ponto de vista axiológico, afirmando Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2013. p. 109) que esse fenômeno deve ser intitulado como constitucionalização do Direito, na medida em que a Constituição Federal deverá ser “compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, (...) transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional.”

No contexto brasileiro, denota-se que a Constituição Federal de 1988, originada após um período de regime militar, passou a representar uma força normativa na tentativa de efetivação de direitos, sobretudo, dos direitos e garantias fundamentais, tomando como principais bandeiras a defesa da dignidade da pessoa humana, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, bem como, a prevalência dos direitos humanos (conteúdos esses previstos, respectivamente, no art. 1º, inciso III, art. 3º, inciso IV e art. 4º, inciso II). Luiz Alberto David Araújo (ARAÚJO,2015. p. 18-19) explicita que:

A Constituição Brasileira de 1988 representou um momento especial na situação política brasileira. Abandonando o sistema autoritário anterior, tratou de implementar um novo marco constitucional, democrático, mais ventilado, afastando os comandos anteriores que conduziram ao

estabelecimento de um sistema antidemocrático. (...) O texto refletiva a preocupação de todos com o futuro do País, procurando resgatar, garantir e deixar os pontos claros para que não houvesse retrocesso.

Ocorre, todavia, “que esse processo de constitucionalização no sistema brasileiro ainda não ganhou a sedimentação precisa para efetivação de muitos dos direitos fundamentais consagrados, justamente em função de preleções e posturas dogmáticos entranhados em nossa realidade política e social.” (PRADO; COSTA, 2016. p. 61)

Apesar dos esforços emanados para quebra dos paradigmas tradicionais de segregação e de desrespeitos aos direitos humanos presentes no momento antecessor a aprovação do texto constitucional de 1988, é sabido que o texto foi aprovado ainda com vestígios de um sistema preconceituoso aplicado no século passado. Isso resta claro, quando visualizamos os direitos de igualdade aplicados de forma escrita apenas em seu aspecto formal, a exemplo disso, não se oportunizou de forma material a igualdade dos transexuais naquele momento, em que pese o empenho de grupos ou movimentos sociais nesse sentido.

Não é à toa que Leandro Franklin Gorsdorf (GORSDDORF, 2014. p. 679) retratando aquele tempo passado, afirma que:

A radiografia do momento do poder constituinte da Constituição de 1988 e a discussão sobre os direitos sexuais, mais especificamente sobre a discriminação e a garantia da união estável entre pessoas do mesmo sexo é reveladora de que por parte dos opositores, houve a deliberada negação acerca da integração destes sujeitos como sujeitos constitucionais e por isso não merecedores de proteção de direitos fundamentais.

Segundo o autor acima, desde a década de 60, posicionava-se no cenário brasileiro o movimento homossexual com o desafio de evidenciar no cenário político de ditadura militar as lutas dos gays e lésbicas, colocando que:

(...) o movimento homossexual brasileiro, no período da Assembleia Nacional Constituinte, lutou para que fosse incluída no texto da Constituição uma referência explícita para a não discriminação por orientação sexual, mas sua articulação política não foi forte o bastante para tanto. (GORSDDORF, 2014. p. 680)

Percebe-se que aquela organização lutava não só contra a ideia de estigmatização em função do diagnóstico do desenvolvimento de patologias clínicas em razão de orientações ou desejos sexuais dos sujeitos, mas também, por uma política legislativa antidiscriminatória, fato que não restou consagrado com a aprovação do texto original, em função de comportamentos preconceituosos dos representantes do sistema legislativo daquela época. É sabido que muitas foram as vozes legislativas baseadas em discursos moralistas

heterossexuais que se abstiveram discutir ou impediram a aprovação da expressão orientação sexual no texto normativo da Constituição de 1988. (GORS DORF, 2014. p. 680)

Na verdade, as minorias pretendiam debater e aprovar, principalmente, a menção expressa a proibição da discriminação por orientação sexual no texto da Carta Magna de 1988, fato que restou superado pela opinião política dominante, a qual considerou que dita proibição estaria implícita no inciso IV, do art. 3º, da CF, quando se constata como objetivos fundamentais da República Federativa brasileira a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ora, apenas recentemente, mais precisamente em 2011, constatamos um fenômeno de uma interpretação mais ampla da aplicação da normas constitucionais em nosso sistema, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, ao enxergarmos o Supremo Tribunal Federal numa releitura do § 3º, do art. 226, da Constituição Federal de 1988, decidir pela possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Dessa maneira, com o passar do tempo, foi preciso demandar do Poder Judiciário uma postura mais efetiva, de modo “a ponderar suas decisões, adotando uma nova postura, de índole principiológica, de maneira a aplicar efetivamente não só o princípio da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Carta Magna, como também, ratificar e assegurar como fundamento do Estado de Direito moderno a dignidade da pessoa humana.” (PRADO; COSTA, 2016. p. 62)

De acordo com o art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos, todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. A ideia de dignidade da pessoa humana, modernamente, estende-se não só ao fato da efetiva prestação dos direitos fundamentais previstos em um ordenamento jurídico, mas também, na defesa estatal e comunitária contra atos cruéis e prejudiciais à integridade física, psíquica e moral dos sujeitos.

Assim, pode-se afirmar que é uma qualidade inseparável de todo ser humano, a qual visa o cumprimento e o respeito de direitos (vida, honra, liberdade, igualdade, solidariedade, etc.), simbolizando, no dizer da Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2016. p. 576), “um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido”. Para a autora, o princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana, retratado, inclusive, no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, tem “seus próprios fundamentos no ser humano

em si mesmo, como ente final, e não como meio, em reação à sucessão de horrores praticados pelo próprio ser humano, lastreado no próprio direito positivo.” (PIOVESAN, 2016. p. 576)

Todavia, tomando como base essas premissas, infelizmente se verifica que concretamente ainda não foi possível solidificar um contexto de estados dignos no mercado de trabalho, quando destacamos os direitos de uma minoria que se sente discriminada por suas orientações sexuais. Talvez por conta dessa carga moral, heterossexual, cultural que minou a construção do texto constitucional de 1998 em nosso país. Não se estar rechaçando sua importância, inclusive, como mudança de paradigma para uma visão mais neoconstitucionalista da efetivação de direitos, porém,

(...) os avanços constitucionais e internacionais, que consagram a ótica da igualdade entre os gêneros, têm a sua força normativa gradativamente pulverizada e reduzida, mediante uma cultura que praticamente despreza o alcance destas inovações, sob uma perspectiva discriminatória, fundada em uma dupla moral, que ainda atribui pesos diversos e avaliações morais distintas a atitudes praticas por homens e mulheres. Isto é, os extraordinários ganhos internacionais e constitucionais não implicaram automaticamente a sensível mudança cultural, que, muitas vezes, adota como referência os valores da normatividade pré-1988 e não os valores da normatividade introduzida a partir da Carta democrática de 1988, reforçados e revigorados pelos parâmetros protetivos internacionais. (PIOVESAN, 2016. p. 410)

Concretiza-se esse raciocínio da autora, quando ainda se percebe nesse século XXI, nos dados e informações repassadas por várias pesquisas uma tímida iniciativa do poder público (em razão da quebra da continuidade de programas e poucas disponibilidades orçamentárias), e um grande esforço de organizações não governamentais para capacitação profissional e inserção de transexuais no mercado de trabalho, mediante parcerias com empresas privadas; entretanto, socialmente, um vasto lastro de preconceitos com essa parcela minoritária da nossa população.

Assim sendo, é difícil falar para essas pessoas, de um Estado Democrático de Direito que tem como dever garantir sua dignidade como ser humano. E, dizer a esses sujeitos discriminados que sua desigualdade está amparada por normas jurídicas, quando os mesmos não vivenciam essa realidade, pelo contrário, encontram-se estigmatizados, sobretudo, no mercado de trabalho.

3 O debate da transexualidade no contexto da desigualdade amparada pelo ordenamento jurídico

De acordo com Carmem Lúcia Antunes Rocha (ROCHA, 2008. p. 19-26), ao discorrer de forma poética, mas de maneira contundente, sobre os anseios da Declaração Universal de 1948 e do art. 5º, da vigente Constituição brasileira:

Gente é igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com as agonia e as alegrias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente-se igual. (...) Por isso, não há distinção humanamente possível entre os homens. Toda pessoa humana tem o direito de ser identificada e igualada pela sua humanidade e diferenciado, no que constitui a sua individualidade. Mas a humana individualidade não é elemento extrínseco; é intrínseco. Pelo externo, que é formalidade só, não se diferencia, discrimina-se. E o sonho de Justiça igual para todos, segundo a capacidade dos homens de pensá-la e experimentá-la, seria enterrado, porque seria a morte das ilusões de uma sociedade em que se abriga no conforto de ser, de viver e até, dignamente, ter de morrer.

É sabido que o transexual é aquela pessoa que não se reconhece no sexo determinado pelo seu nascimento, porque não há uma identificação com sua natureza biológica, mas sim, com sua personalidade emocional, fato que o leva a se reconhecer no sexo oposto.

A partir da exposição “raccioemocional” da Carmem Lúcia Antunes Rocha, porque é preciso ter sensibilidade para contextualizar de modo racional o debate da igualdade no ambiente jurídico, político e social contemporâneo, totalmente desapegado de padrões formais e morais, pode-se sustentar que não existem diferenças humanamente possíveis entre heterossexuais e transexuais.

Ora, se a esses sujeitos o ordenamento jurídico confere o direito ao respeito de sua individualidade, constituindo a sua desigualdade justamente no fato de que anseiam um respeito pela sociedade da sua intrínseca personalidade; àqueles, cabe o dever de não hostilizar, de não rejeitar, de não implicar sob o manto de atitudes discriminatórias com as escolhas do seu próximo, porque mesmo diante das diferenças externas, encontra-se várias semelhanças internas entre esses sujeitos de Direitos.

Desse modo, já não é possível falar em uma efetiva igualdade entre todos, de uma efetividade de direitos fundamentais, sobretudo os sociais, sem contemplar a ansiedade dos transexuais por um reconhecimento igualitário nos espaços econômicos, jurídicos e políticos, ou seja, para aquele “indivíduo que na maioria das vezes não se sente realizado, não dispõe de uma felicidade plena, porque seu ‘sexo psicológico’ não condiz com seu sexo biológico” (MOREIRA, 2015. p. 31).

É por isso que Flávia Piovesan ( PIOVESAN, 2016. p. 449) defende:

Ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial. Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula ‘todos são iguais perante a lei’ (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).

Por isso é preciso concretizar o debate da concepção da igualdade material, não só se desapegando de uma ideia mais simplista, mais formal, mais abstrata do direito a igualdade, mas também, reconhecer a diversidade que permeia os atores em situação de vulnerabilidade em nossa sociedade. “É a luz dessa política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural.” (PIOVESAN, 2016. p. 450)

Segundo Bruno Galindo (GALINDO, 2015. p. 51), as tentativas de minimização da situação de vulnerabilidade desses sujeitos conduzem a solidificação de um direito antidiscriminatório, o qual conceitua-se como:

(...) um conjunto de medidas jurídicas em âmbito constitucional e infraconstitucional que almeja reduzir a situação de vulnerabilidade de cidadãos e grupos sociais específicos através da proibição de condutas discriminatórias pejorativas, a exemplo (...), da implementação, quando necessário, de políticas públicas de discriminação reversa ou positiva, sempre no sentido de promover tais grupos e cidadãos a uma situação de potencial igualdade substancial/material, políticas estas normalmente transitórias até que se atinja uma redução significativa ou mesmo extinção da vulnerabilidade em questão.

Dessa feita, se o art. 170, da Constituição Federal, portanto, traz como fundamento da ordem econômica a valorização do trabalho humano calcada na efetivação dos direitos sociais presentes na relação entre empregados e empregadores (artigos 7º ao 11, CF), com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna e o firmamento da nossa República Federativa Brasileira (art. 1º, inciso IV, da CF), não há como se permitir situações concretas de discriminação no mercado de trabalho para o grupo dos transexuais. Faz-se necessário, corroborando com o autor acima, a implementação de políticas públicas mais efetivas e inclusivas a fim de garantir a esses cidadãos segregados um estado de possível igualdade substancial, como forma

de efetivação de seus direitos sociais, a fim de se superar a estigmatização desse trabalhador, excluindo-o do mercado de trabalho.

#### 4 A influência dos preconceitos que geram o processo de estigmatização e exclusão do trabalhador transexual

Retomando a ideia inicial acima esboçada, observa-se dentre os grupos que compõem a pluralidade inerente à condição humana os indivíduos transexuais, que são tolhidos de uma série de direitos básicos, por conta, principalmente, de preconceitos arraigados na sociedade. Tais concepções referentes à transexualidade tornam-se ainda mais evidentes no âmbito do mercado de trabalho, gerando um processo altamente excludente. Fato que é objeto de estudo do presente artigo.

Não é difícil compreender que, em uma formação social como a nossa, de forte tradição patriarcal e bastante hierarquizada, os transexuais encontrariam maiores dificuldades em suas reivindicações particulares. Já que nosso sistema sempre foi pautado na Divisão sexual binária: Homem versus Mulher, no qual o homem sempre foi enaltecido.

O transexual é uma pessoa que se sente em desconexão psíquico-emocional com o seu sexo de nascimento, e a partir do momento que vai crescendo se descobrindo, aumenta a vontade de pertencer ao sexo oposto. Convive com esse antagonismo por vários anos, até conseguir submeter-se a uma cirurgia de mudança de sexo, denominada transgenitalização, a fim de ajustar seu corpo ao sexo psicológico e ter garantido o princípio da dignidade da pessoa humana (MOREIRA, 2015. p. 31).

Mas o lapso de tempo entre a cirurgia de mudança de sexo e a alteração dos documentos demanda um processo desgastante para o indivíduo, muitas vezes indigno, em face da demora do processo judicial. Dentre as diversas reivindicações dos transexuais estão a necessidade ou o anseio de um processo judicial mais célere, com respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, dentre outros e garantia da segurança jurídica (MOREIRA, 2015. p. 31).

Na vida civil, os transexuais encontram barreiras para efetivar direitos básicos, como a garantia do nome social e a consequente alteração dos documentos. Tais barreiras tornam-se ainda mais intransponíveis no mercado de trabalho.

É fato, que hodiernamente os transexuais, em virtude de sua condição específica estão submetidos a uma situação social e cultural de vulnerabilidade e, conseqüentemente, não têm seus direitos sociais reconhecidos. A vulnerabilidade diz respeito precisamente a situações em que, em razão dessa condição, os ditos vulneráveis sofram discriminação, preconceito ou tenham seus direitos negados ou violados por particulares ou pelo Estado. (GALINDO, 2015. p. 49).

Tanto que na Classificação Internacional de Doença–CID da Organização Mundial de Saúde, o transexual é considerado como um tipo de transtorno da identidade sexual, ou seja, uma patologia, assim como era conhecida a homossexualidade na década de noventa. O que dificulta ainda mais transpor a barreira dos preconceitos sociais e religiosos arraigados na sociedade brasileira paternalista.

A negativa do reconhecimento de direitos a determinados grupos ou pessoas, como no caso dos transexuais, gera um problema que ultrapassa os limites da interação concreta, com tendências à generalização no mundo da vida e na esfera pública, o que, conseqüentemente, prejudica a construção e o desenvolvimento desta e os direitos humanos perdem o seu significado prático para esse grupo que fica excluído dos sistemas funcionais (NEVES, 2015. p.7).

Um dos maiores desafios do indivíduo transexual é a sua inserção no mercado de trabalho, que é marcado por significativas e persistentes desigualdades de sexo, gênero e raça. Dificilmente um trabalhador transexual conseguirá alcançar um alto cargo dentro de uma empresa, pois muitos empregadores temem ter sua imagem ou marca associadas à do funcionário e com isso afetar sua credibilidade. Então, para eles sobram os piores postos laborais, os quais, presumivelmente, são mais mal remunerados (UCHÔA, 2016. p. 94).

Diante das dificuldades enfrentadas e da falta de oportunidade no mercado formal de trabalho, decorrente da exclusão e do preconceito para sobreviverem as únicas alternativas para a maioria dos transexuais são o informalismo e a prostituição, o que aumenta a exposição às situações de violência e permanência à margem do contexto social.

O Brasil, apesar de prevê proteção contra crimes de discriminação e reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, o que configura algumas conquistas, é o país que mais mata travestis e transexuais, segundo a ONG Transgender Europe, correspondendo a 42% dos 295 casos registrados de pessoas transgêneros em todo mundo no ano de 2015. Segundo a Secretaria de Direitos Humanos com relação aos tipos de violações denunciadas durante 2012, as violências psicológicas foram as mais reportadas com 83,2% e logo após as violências físicas com 32, 68%. Dentre outros aspectos estudados, a pesquisa observou que 41% dos entrevistados tentaram suicídio (BRASIL). Referidos dados deverão ser levados em consideração nos processos de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas em geral e, em particular, das políticas de emprego, inclusão e redução da pobreza.

É importante frisar, que de acordo com o transconstitucionalismo, a questão do reconhecimento é fundamental para os direitos humanos como inclusão jurídica generalizada de pessoas. Se a ordem do outro não é levada em consideração, a situação de violação dos direitos humanos pode ser ainda mais grave. (NEVES, 2015. p. 7).

O trabalhador, independentemente, da orientação sexual tem direito à preservação de sua dignidade, intimidade, privacidade, sigilo de sua correspondência e sua própria imagem, de acordo com nosso sistema jurídico, cuja Constituição de 1988 é considerada social, ética e solidária. (FRANCO FILHO, 2016. p 28).

Os direitos fundamentais dentro da estrutura básica da sociedade indicam alguns suportes importantes, como o da dignidade da pessoa humana do trabalhador, a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade, dentre outro, a fim de que a sociedade desenvolva-se de forma ordenada e justa (MOREIRA, 2015. p. 31).

Os direitos fundamentais da igualdade e da liberdade são relevantes e norteadores para garantia da diversidade sexual. A Constituição da República de 1988 evidencia o princípio da igualdade em vários artigos, passando pelo preâmbulo. E dentre os objetivos fundamentais da República realça a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (MOREIRA, 2015. p. 31)

A igualdade sempre foi um brado contra as injustiças das discriminações pejorativas que, com fundamento em uma desigualdade natural de caráter étnico, racial, sexual, incluída a questão da preferência ou orientação, classista ou social, estiveram e estão presentes entre nós (GALINDO, 2015. p. 50).

Em que pese a Constituição de 1988 consagrar o princípio da igualdade formal e material, questiona-se se essas igualdades são efetivamente garantidas aos cidadãos transexuais. (MOREIRA, 2015. p. 31)

Quando à Constituição afirma no seu artigo 3º, IV, que é objetivo fundamental da República promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Podemos interpretar que qualquer ato discriminatório pautado na orientação sexual pode ser considerado como ato inconstitucional.

Sendo assim, a inclusão da diversidade sexual como direito fundamental é apenas um desdobramento da aplicação deste artigo, pois qualquer tipo de discriminação constitui afronta à nossa Constituição, assim, a consagração da diversidade sexual como um direito fundamental garantiria que todos os demais princípios e normas fossem aplicados, especialmente o princípio da solidariedade, pois todo ser humano deve ser respeitado, independentemente de ser hétero ou transexual (MOREIRA, 2015. p. 48-49). Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, sob pena de fortalecer estigmas sociais que acabam por causar sentimento de rejeição e sofrimentos.

A defesa do respeito ao diferente funciona como uma espécie de mínimo existencial do princípio da igualdade no ambiente político, social e jurídico, pois as constituições são o ponto de partida para a afirmação dos direitos dos diferentes em razão de sua própria diferença. (GALINDO, 2015. p. 44).

Já a liberdade é reconhecida pela doutrina enquanto direito fundamental de primeira geração, possuindo sua origem legislativa expressa na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, especialmente em seus artigos 1º, 4º e 5º. No Brasil, o princípio da liberdade já era previsto desde a Constituição do Império de 1824. A Constituição Da República de 1988 reconhece expressamente a liberdade como direito fundamental, além de ser um dos objetivos da República Federativa do Brasil, como já mencionado.

O princípio da liberdade, também nasceu da dignidade da pessoa humana e se caracteriza por ser personalíssimo, exercido exclusivamente pela própria pessoa, do qual derivam os direitos civis, políticos e individuais. Com base neste princípio, o indivíduo pode decidir sobre os caminhos da vida, tomando suas próprias decisões e se responsabilizando por elas, pois a liberdade consagrada no texto constitucional está inserida de forma abrangente

indicando, por exemplo, a liberdade de expressão, de religião, de pensamento, de comportamento e, também, a liberdade sexual.

A liberdade sexual, como toda e qualquer liberdade, decorre da autonomia privada de cada um e não pode ser tolhida ou ignorada pelo Estado, cujo papel é exatamente o de garantir que os cidadãos gozem plenamente delas. Dessa forma, todo tipo de liberdade individual pode e deve ser considerado direito fundamental, objeto de proteção constitucional de Direitos Humanos.

Enquanto ser humano, não faz diferença se o indivíduo é heteroafetivo, homoafetivo, travesti ou transexual, pois ambos são sujeitos de direito, protegidos pela Constituição Federal de 1988, no artigo 3º, IV, que veda qualquer discriminação em razão da tendência ou orientação sexual, por ser uma característica ligada à liberdade individual, sendo portanto, um direito inalienável, imprescritível, ou seja, inerente a cada cidadão (direito personalíssimo) e deve ser garantido pelo Estado e respeitado pela sociedade.

Dentre as características do direito fundamental estão à indivisibilidade e à universalidade, assim, a garantia da inclusão do direito à diversidade sexual no rol dos direitos fundamentais é medida que se institui, com o escopo de evitar a violação de direitos da igualdade e a liberdade, em decorrência da livre sexualidade de cada indivíduo.

A sexualidade integra a condição humana. É um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual (DIAS, 2004. p. 28).

Dentre as normas internacionais que vedam a discriminação, é importante ressaltar a importância da Convenção no 111 da OIT, ratificada pelo Brasil e que giza sobre discriminação no âmbito de emprego. A legislação interna infraconstitucional de nº 9.029/95 também alberga a condição de não discriminação nas relações de trabalho

Apesar do nosso ordenamento jurídico ter previsão legal que garante à liberdade de gênero, os indivíduos com orientação sexual diferente da considerada ou da instituída como ideal são alvos de estigmatização e exclusão dentro da sociedade, principalmente, no mercado ou no ambiente de trabalho. Ao serem entrevistados os trabalhadores e as trabalhadoras transexuais respondem que uma das atitudes que mais incomoda é não poder ir trabalhar vestida com roupas que se identificam, pois são alvos de piadas, grosserias, e no mínimo,

olhares de reprovação, bem como, amargam a falta de aceitação nesses ambientes de sanitário unissex.

Diante da ausência de normas protetivas específicas para os trabalhadores e trabalhadoras transexuais, nada mais justo do que garantir a extensão das normas de proteção do trabalho da mulher, no que couber, com previsão no capítulo III, da Consolidação das Leis Trabalhistas, para as trabalhadoras transexuais, a fim de combater a discriminação sofrida por esse grupo e permitir à inclusão social.

Como exemplo os incisos II, III e V do artigo 373-A, da CLT, salvo algumas disposições legais veda a recusa de emprego, promoção, dispensa, a criação de critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concurso, em empresas provadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar, ou estado de gravidez.

É necessário um conjunto de medidas administrativas, econômicas, políticas e educacionais para que esse direito possa ser efetivado, como consequência da realização do demais Direitos Humanos já reconhecidos, ultrapassando o paradigma individualista e adentrando numa visão coletivista que inclui e atua em parceria com a sociedade e suas distintas faces. (MORAIS, 2013. p. 332)

Boaventura Sousa Santos, ao afirmar que “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza, demonstra a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades (SANTOS, 2003. p. 56)

A Justiça do Trabalho vem coibindo e punindo as empresas que discriminam os trabalhadores transexuais. E um dos maiores problemas no âmbito da empresa é a vedação do uso do banheiro feminino (Processo 21076-2012-003-09-00 TRT-PR). Nesse sentido a Súmula no 443 do Tribunal Superior do Trabalho, que presume discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença que cause estigma poderá ser utilizada em sede de interpretação extensiva.

Uma nova concepção de cidadania, vinculada aos guias característicos de uma ética cívica, está, por sua vez, sincronizada com a reconstrução dos valores culturais voltados para o trabalho. Ao trabalho desvinculado da escravidão, da dor, do sacrifício, mas identificado

com a criatividade, com a igualdade de oportunidades, de segurança social, de livre produção dos bens artísticos, culturais e científicos e que não seja um instrumento nas mãos dos poderosos para a aumentar a concentração de riquezas, ampliar a fome e a exclusão social. Daí a importância do Direito do Trabalho como Direito Humano fundamental e como Direito que lida com a preservação da vida, da existência. Sendo imprescindível adaptá-lo às novas exigências sociais, como os direitos dos trabalhadores transexuais e fazê-lo contemporâneo e restaurado (ANDRADE, 20105. p. 362).

## 5 Considerações Finais

O presente estudo ressaltou ainda a necessidade da inclusão da liberdade à orientação sexual como direito social fundamental dos trabalhadores a garantia de uma ambiente de trabalho sadio proporcionando uma relação de trabalho decente, sem desrespeito e discriminação por questão de gênero ou orientação sexual.

Reconhecer a existência de grupos vulneráveis e estipular planos de debate e implementação de soluções às suas demandas é um importante passo para garantir a inclusão e o reconhecimento da diferença como direito fundamental.

Somente em um ambiente de trabalho, no qual predomine um sistema de valores equitativos e democráticos, no qual haja respeito às diferenças e aos diferentes, haverá probabilidade do exercício da democracia, da justiça e dos direitos humanos.

É papel do Estado e suas instituições, sobretudo os Poderes Legislativo e Judiciário, garantir os direitos sociais fundamentais para todos os indivíduos e promover a justiça social, sendo imprescindível, portanto, a diversidade de espaços para uma regulação sexual mais efetiva por parte da gestão pública nacional e local da nossa comunidade, mediante uma intervenção mais incisiva não só no sistema escolar, mas também, na formação de políticas públicas de ação repressiva e punitiva, em face da ausência de efetivação dos direitos sociais.

O Poder Judiciário tem importância crucial no combate à discriminação, a fim de amenizar as mazelas sociais, culturais e pessoais oriundas da segregação que permeia os transexuais no mercado de trabalho.

A luta pelos direitos dos trabalhadores transexuais não pode ser considerada uma bandeira apenas de alguns, mas sim de todos e todas, pois quando se lesa ou ameaça um direito do indivíduo por causa da sua orientação sexual, na verdade, se ameaça a humanidade.

## 6 Referências

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A questão da diversidade e a constituição de 1988**. Direito à Diversidade. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Secretaria de Direitos Humanos. **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2012**. Brasília: SDH, 2012.

\_\_\_\_\_, TRT-PR. Processo 21076-2012-003-09-00

CABETTE, Fábio André. **Assassinatos de pessoas Trans: a posição do Brasil num ranking precário mas simbólico**. Artigo Online. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2016/11/17/Assassinatos-de-pessoas-trans-a-posicao-do-Brasil-num-ranking-precario-mas-simbolico>. Acesso dia 20/08/2017.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2004.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Intimidade e privacidade do trabalhador direito internacional e comparado**. São Paulo: LTr, 2016.

GALINDO, Bruno. **O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância : igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença**. Direito à Diversidade. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

GORSDORF, Leandro Franklin. Direitos “LGBT” e a identidade do sujeito constitucional: um caminho para além do arco-íris. In: **Direito constitucional brasileiro: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais**/Clèmerson Merlin Clève, coordenador; coordenadora assistente Ana Lucia Pretto Pereira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MORAIS, Sabrina. **Direito ao Desenvolvimento, Direitos Humanos e Pluralismo Jurídico**. Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva. 2013.

MOREIRA, Izabel Rosa. **Diversidade sexual como direito fundamental : o reconhecimento jurídico da homoafetividade no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2015.

NEVES, Marcelo. **Direito Humanos: Inclusão ou Reconhecimento**. Direito à Diversidade. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

PRADO, Anna Priscylla Lima. COSTA, Angélica Souza Veríssimo da. **A identidade de gênero do transexual na principiologia da igualdade numa perspectiva neoconstitucional**. Coordenadora Daniela Marques de Moraes; Coordenador Jaime Ruben Sapolski Labonarski. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direitos de para todos.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. **Mulher e mercado de trabalho no Brasil: um estudo sobre igualdade efetiva: baseado no modelo normativo Espanhol.** São Paulo: LTr, 2016.