

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

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

CECILIA CABALLERO LOIS

SILVANA BELINE TAVARES

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

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

G326

Gênero, sexualidade e direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cecilia Caballero Lois, Silvana Beline Tavares, Anderson Orestes Cavalcante Lobato – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-543-0

Modo de acesso: 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. Discriminação. 3. Exclusão de gênero.
4. Movimento feminista XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

Apresentação

O Grupo temático Gênero, Sexualidade e Direito retoma mais uma vez uma proposta de discussão sobre temas de extrema relevância em relação aos direitos das mulheres e da população LGBTTTs (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e transgêneros). Traz para o debate uma grande quantidade de trabalhos que analisam as questões de identidade e sexualidade e das orientações sexuais discriminadas. Perspectivas que tem tomado importantes espaços acadêmicos e de movimentos sociais se faz presente nas múltiplas temáticas desenvolvidas por autoras e autores nos trabalhos apresentados.

Cabe lembrar que estamos vivendo momentos de extremo retrocesso em relação às questões de gênero e das sexualidades, com caráter classista, racista e machista, tanto no âmbito público quanto privado. Propostas que buscam avançar em relação a igualdade de gênero relacionadas às questões do aborto, sexualidade e homossexualidade são impedidas no Congresso Nacional com segmentos moralistas e conservadores, que, desconsideram o número de mortes e todos os tipos de violência contra as mulheres e os LGBTTTs.

Parece-nos então, emergencial que este Grupo continue como um espaço de demarcação de denúncias das desigualdades de gênero no combate à disparidade e discriminação por uma sociedade em que, a democracia seja reconfigurada e produza relações nas quais mulheres na sua pluralidade e a população LGBTTTs tenham tratamento respeitoso e igualitário.

Boa leitura!

Profa. Dra. Silvana Beline Tavares - UFG

Profa. Dra. Cecilia Caballero Lois - UFRJ

Prof. Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato - FURG

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.

A EXTENSÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER PREVISTOS NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO À MULHER TRANSGÊNERA

THE EXTENSION OF THE PROTECTION OF WOMEN'S RIGHTS INTENDED FOR THE CONSOLIDATION OF LABOR LAWS TO THE TRANSGENDER WOMEN

Daniela Miranda Duarte ¹

Renata Miranda Duarte ²

Resumo

O trabalho pretende demonstrar que a proteção dos direitos da mulher previstos na Consolidação das Leis do Trabalho deve se estender à mulher transgênera. O artigo inicia-se esclarecendo conceitos sobre transexualismo, passando por instrumentos legais de proteção à mulher e por decisões judiciais inovadoras, para terminar em breves considerações sobre o capítulo da CLT que prevê os direitos aplicáveis especificamente à mulher, proporcionando um tratamento igual aos desiguais. Ao final, pretende-se comprovar que os direitos trabalhistas específicos da mulher aplicam-se àquelas cuja identidade de gênero diverge do seu sexo biológico.

Palavras-chave: Direito, Trabalho, Transgênero, Dignidade, Mulher

Abstract/Resumen/Résumé

The paper intends to demonstrate that the protection of women's rights provided for in the Consolidation of Labor Laws should also be extended to transgender women. The article begins by clarifying a few concepts on transsexualism, passing through some legal instruments for protection of women and innovative judicial decisions, closing with brief considerations on the CLL's chapter that includes rights specifically applicable to women, thus providing equal treatment to the unequal ones. In the end, it is intended to prove that women's specific labor rights apply to women whose gender identity diverges from their biological sex.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rights, Labor, Transgender, Dignity, Woman

¹ Procuradora do Conselho Regional de Farmácia – Especialista em Direito Administrativo pela Universidade de Itaúna – MBA em Direito do Trabalho pela Fundação Getúlio Vargas.

² Defensora Pública pelo Estado do Paraná – Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Veiga de Almeida/RJ.

1 Introdução

O presente trabalho pretende demonstrar que os direitos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no capítulo referente ao trabalho da mulher, devem ser aplicados também às mulheres transgêneras, ou seja, àquelas que nasceram com a identidade de gênero diversa do seu sexo biológico.

Muito se tem discutido sobre liberdade, direitos, preconceitos, reafirmação de direitos, diversidade sexual, liberdade sexual, e os transgêneros estão imersos nessa discussão.

Transexuais são pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo biológico, ou seja homens que acreditam e se comportam como mulheres e mulheres que acreditam e se comportam como homens. Para Raewyl Connell, transexuais são apenas pessoas normais que, por razões desconhecidas, sejam fisiológicas ou psicológicas, transformam-se em mulheres ou homens (CONNELL, 2016, p. 195).

Em que pese a Constituição Federal, prever que todos são iguais sem discriminação de qualquer natureza não representa a realidade dos transgêneros no Brasil, a começar porque no país as estatísticas são alarmantes, revelando que, nos últimos anos, centenas de gays, travestis e lésbicas foram assassinados (BRASIL, 2004). Os transgêneros são uma minoria renegada dentro de outra minoria e a segregação em relação a eles é mais acentuada. Talvez, por essa razão, a população transgênera seja extremamente vulnerável e desumanizada, vítima de crimes quase sempre chocantes em razão da barbárie com que são cometidos. O preconceito começa em casa, no seio da família, perpassa pelos bancos das escolas, chegando ao mercado de trabalho, o qual se apresenta completamente dividido em masculino e feminino, com funções preestabelecidas para homens e mulheres.

Assim, retomando a igualdade de tratamento entre homens e mulheres prevista no art. 5º, inciso I da Constituição Federal, vê-se que existem instrumentos legais, dentre eles um capítulo específico na CLT, que dá tratamento diferenciado à mulher, seja em razão da maternidade, seja em relação à condição física mais frágil (BRASIL, 1998).

O cerne do presente trabalho é exatamente defender a extensão dos direitos da mulher, previstos na CLT, à mulher transgênera.

A metodologia aplicada será a investigação científica por meio da pesquisa doutrinária e jurisprudencial. O instrumento de coleta e análise de dados será utilizado por meio de pesquisa em periódicos, revistas científicas e jurisprudência disponível na internet.

2 Breves considerações sobre a identidade de gênero

Não obstante, historicamente, tenha-se compreendido o gênero como uma característica ligada necessariamente a um determinado sexo, associando, a cada um dos sexos, determinadas características pessoais, subjetivas e papéis sociais, este consiste em um aspecto estritamente biológico aferido no momento do nascimento, enquanto aquele consiste na construção cultural que comumente vincula-se a um determinado sexo.

A partir dessa compreensão sobre a dissociação entre sexo e gênero, vislumbra-se que o indivíduo transexual identifica, psicologicamente, em si mesmo, uma incompatibilidade entre seu sexo e gênero, pois reconhece-se por gênero distinto do sexo biológico.

Para muitas pessoas, quando se fala em gênero existem dois papéis preestabelecidos: homem e mulher, de acordo com o sexo biológico. O transgênero é exatamente aquele indivíduo em que o sexo psicológico não se identifica com o sexo biológico, levando muitos deles a tirarem a própria vida para acabar com o sofrimento gerado.

De acordo com o *site* da Associação de jovens LGBTI e apoiantes com sede na cidade de Lisboa em Portugal, o transgenerismo:¹

é a ruptura com os papéis de gênero tradicionais. Na nossa sociedade existem dois papéis sociais “clássicos”: o de homem e o de mulher. Estes dois papéis sociais estão intimamente ligados à noção de “sexo biológico”. Simplificando: espera-se que uma pessoa se comporte de determinada maneira em função dos órgãos genitais com que nasceu. As pessoas cuja expressão e/ou identidade difere daquilo que a sociedade esperaria em relação ao gênero que lhes foi atribuído, podem ser consideradas pessoas transgênero.

Nesse sentido, a transexualidade refere-se à questão da identidade de gênero, devendo ser abordada por um viés psicológico e social, visando atender ao direito do indivíduo de exercer seus direitos fundamentais em plenitude e em consonância com a dignidade que lhe é conferida constitucionalmente. E, por mais absurdo que possa parecer, não se pode esquecer que, ainda hoje, o transexualismo é considerado uma doença.

O transexual tem desejo de viver e ser aceito como um membro do sexo oposto, ou seja, é um homem que se identifica com o sexo feminino ou uma mulher que se identifica como o sexo masculino. A questão suscita dúvidas, pois não é fisiológica propriamente dita, é situação, ainda mais torturante por ser de identificação psicológica, ou seja, por estar na mente de quem sente.

¹ <https://www.rea.pt/transgenerismo/>

Nesse contexto, é importante esclarecer que o sujeito ao qual se refere o presente trabalho não é o homossexual feminino ou o bissexual, mas as mulheres que nasceram psicologicamente mulheres em corpos masculinos e que passam grande parte do tempo tentando explicar para a sociedade quem realmente são.

Nesse esteio, quando uma pessoa se autodenomina travesti ou transexual, ela não está reivindicando para si apropriação de homem ou mulher, está apenas colocando como o padrão natural de gênero e corpos, ignorando ou considerando menos válidas experiências e corpos não-cis.

Atualmente, tem-se uma lista de cerca de 31 tipos de identidades, a exemplo: *drag queen*, intersexo, transgeneristas, entre outras. Mas para o presente trabalho interessam apenas os conceitos de cisgênero e transgênero. Cisgêneras são pessoas que foram designadas com um gênero ao nascer e se identificaram com ele; já as transgêneras foram designadas com um gênero ao nascer e não se identificaram com ele.

Nesse sentido, este trabalho tem como objetivo estender às mulheres transgêneras o tratamento diferenciado dado pela Consolidação das Leis do Trabalho às mulheres cisgêneras.

3 Direito do Trabalho e a proteção à mulher

O Direito do Trabalho representa a proteção do trabalhador, seja por meio da regulamentação legal das condições mínimas da relação de emprego, seja por meio de medidas sociais adotadas e implementadas pelo governo e sociedade (CASSAR, 205, p. 6). Assim, o direito laboral surge em decorrência da necessidade de proteção ao trabalhador, excessivamente explorado no período pós-revolução industrial.

O Direito do Trabalho é criticado por parte de alguns operadores do Direito no sentido de sê-lo *pro labore*, porém, uma investigação mais detida faz-nos perceber que, dentro do arcabouço do direito, o Direito do Trabalho é que mais se aproxima das garantias dos Direitos Fundamentais abarcados pela CFR/88 (ZEMPULSHI, 2016).

No Brasil, é preciso voltar no tempo para se identificar o nascimento do Direito do Trabalho codificado que surgiu, efetivamente, após os movimentos sociais coletivos da década de 30, com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A CLT é a codificação dos direitos trabalhistas e do processo trabalhista. E nessa codificação existe um capítulo especificamente de proteção à mulher e ao menor trabalhador.

E não poderia ser diferente, pois se os trabalhadores homens já eram explorados, as mulheres e os menores o eram muito mais, sem falar na desigualdade entre homens, mulheres e crianças.

Isso posto, o capítulo específico de proteção à mulher previsto na CLT se aplica à mulher transgênera?

Insta salientar que o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, institui como fundamento da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos os indivíduos, sem quaisquer preconceitos, destacando-se o sexo e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, no Estado Democrático de Direito, em que se proíbe toda forma de discriminação, inclusive a discriminação de gênero, sendo esta uma preocupação inclusive da Organização Internacional do Trabalho, o Poder Judiciário tem desenvolvido papel importante na preservação dos direitos da população trans? E por que não o fazer também na CLT?

4 Isonomia de tratamento à mulher cisgênera e à mulher transgênera

O Direito existe para promover a pacificação e a conservação social, razão pela qual não se pode falar em tratamento diferenciado para a mulher cisgênera e a mulher transgênera.

Conforme já dito, os transexuais não se confundem com homossexuais ou bissexuais. Os transexuais são pessoas que expressam ou que se identificam com o gênero diferente do gênero do seu sexo biológico. A questão posta é de identidade, e não de querer ou não, ou de patologia ou não patologia.

A matéria é controvertida e ainda novidade, mas é importante notar uma atual preocupação social, em especial do Estado que tem implementado políticas antidiscriminatórias. O Poder Judiciário, como um dos poderes da República e sob o manto da Constituição Federal, apresenta papel importante no reconhecimento dos direitos das minorias e, nessas minorias, pode ser a comunidade transgênera incluída.

Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, é um dos objetivos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nessa linha de raciocínio, em 2014 foi distribuído no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 845779 (BRASIL, 2016), originário do Estado de Santa Catarina, cuja

questão central era saber se uma pessoa poderia ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do biológico, mas com o qual se identifica e se apresenta publicamente, por exemplo, utilizando-se de sanitários públicos do sexo com que se identifica e não com o sexo biológico.

No caso em apreço, o autor, com nome de registro masculino, mas aparência feminina, foi impedido de utilizar o banheiro feminino de um shopping center. O autor é transexual, ou seja, identifica-se como mulher. O Tribunal reformou a sentença de primeira instância, entendendo que a proibição de uso do banheiro público não foi suficiente para causar um dano passível de ser indenizado.

O autor recorreu e o processo foi encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, tendo por Relator o Ministro Luís Roberto Barroso que, de forma brilhante, ressaltou “o caso em questão, no entanto, é qualitativamente distinto dos referidos precedentes, porque envolve a projeção social da identidade sexual do indivíduo, aspecto diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e a diversos direitos da personalidade (CRFB/1988, arts. 1º, III, e 5º, V e X).” (BRASIL, 2015). E, mais, que: “O tema não pode ser reduzido a uma mera questão patrimonial de responsabilidade civil.” (BRASIL, 2015). E não pode mesmo, visto tratar-se de usurpação de direitos fundamentais. O julgamento ainda não terminou, mas o Procurador Geral da República já se manifestou pelo provimento do recurso extraordinário, a fim de que seja reconhecido o direito à indenização da recorrente pelo dano moral sofrido em decorrência da sua abordagem, por funcionária do estabelecimento recorrido, por utilizar banheiro do sexo oposto ao qual se dirigiu, sugerindo a fixação da seguinte tese: “Não é possível que uma pessoa seja tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual encontra proteção nos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal.” (BRASIL, 2015).

A questão é tão relevante que foi distribuída no Supremo Tribunal Federal, em julho de 2007, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, movida pela Procuradoria da República pretendendo que seja proferida decisão de interpretação conforme a Constituição do Art. 58 da Lei 6.015/73, reconhecendo o direito dos transexuais, que assim o desejarem à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização.

Na petição inicial a Procuradoria da República sustenta que “há um direito fundamental à identidade de gênero, inferindo dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º,

inciso IV), da liberdade (art. 5º,caput) e das privacidade (igualdade (art. 5º,X)” (BRASIL, 2017), para concluir que “ o direito fundamental à identidade de gênero sustenta a exegese de que o art. 58 da Lei 6.015 autoriza a mudança de sexo e prenome no registro civil, no caso dos transexuais.” (BRASIL.2017)

Dada a importância a decisão a ser proferida na ADI, inúmeras entidades solicitaram o ingresso como *amicus curie* ou terceiro interessado nesta ação, tais como: Instituto Brasileiro De Direito De Família, Grupo De Advogados Pela Diversidade Sexual – Gadvs, Associação Brasileira De Gays, Lésbicas E Transgêneros – Abgl, Laboratório Integrado Em Diversidade Sexual E De Gênero, Políticas Direitos - Lidis, Centro Latino-Americano Em Sexualidade E Direitos Humanos – Clam.

O processo foi pautado no dia 07 de junho de 2017, tendo sustentado pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Dra Dr^a. Gisele Alessandra Schmidt e Silva, a primeira advogada transexual a sustentar no mais importante tribunal brasileiro.

De acordo com notícia vinculada no site para a advogada “a orientação sexual e a identidade de gênero de uma pessoa não são, em si próprias, doenças médicas a serem tratadas, curadas ou eliminadas.” E completou “como experiência interna, o gênero da pessoa não pode depender de demonstração exaustiva de certo padrão de feminilidade ou de masculinidade para que se conceda a ratificação de registro civil à pessoas transexuais.”²

Na mesma linha de reconhecimento do sexo psicossocial, o Superior Tribunal de Justiça³ noticiou em seu sítio eletrônico, no dia 09 de maio do corrente ano, processo cujo número não foi divulgado em razão de segredo de justiça, com decisão no sentido de que os transexuais têm direito à alteração do nome, independentemente de fazerem a cirurgia. E não poderia ser diferente, pois se trata de uma questão de identificação e não apenas física ou patológica.

O Ministro Relator Luís Felipe Salomão fundamentou seu voto em conceitos essenciais como sexo, identidade de gênero e orientação sexual. Para o Ministro, as pessoas caracterizadas como transexuais, via de regra, não aceitam seu gênero, vivendo em desconexão psíquico-emocional com seu sexo biológico e, de modo geral, buscando formas de adequação ao seu sexo psicológico. O Ministro, acertadamente, entendeu que:

² <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346000>

³ http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Transexuais-t%C3%AAm-direito-%C3%A0-altera%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia.

se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante do registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se, a meu juízo, flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade.

Nessa mesma linha, a Defensoria Pública do Paraná, em caso similar na Comarca de Apucarana, propôs uma ação de requalificação civil para alteração de prenome e sexo, perante a Vara da Família. O foro justifica-se porque a situação refere-se à mudança complexa no estado da pessoa, com alteração do nome e gênero, diante da incompatibilidade entre a manutenção do nome e gênero distintos daqueles que incorporam a personalidade da pessoa. É fato que tal conjuntura viola direitos fundamentais e personalíssimos, dos quais todo indivíduo é dotado, transcendendo inclusive o ordenamento jurídico brasileiro, reconhecido no plano internacional. A ação obteve êxito já em primeira instância, embora a sentença tenha sido prolatada pelo juízo cível, em razão de declaração de incompetência da Vara de Família.

A 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, nos autos 08818-2012-084-09-00-7-ACO-30365-2015, condenou ao pagamento de indenização por assédio moral o empregador que repreendia a autora quando da não utilização de seu nome civil no ambiente de trabalho:

TRT-PR-27-10-2015 TRANSEXUALISMO - DISCRIMINAÇÃO - LIMITAÇÃO DO PODER DIRETIVO - DIGNIDADE DO TRABALHADOR - O poder diretivo do empregador cinge-se ao modo de organização e estrutura do espaço empresarial; nada para além disso! Por outro lado, o contrato de trabalho tem como um de seus caracteres principais a "bilateralidade" - de forma que o empregado tem a obrigação de prestar o serviço e o empregador o de pagar os salários pelo serviço que lhe foram prestados. Questões outras, como, v. g., a questão atinente a opção sexual, é assunto que transcende a esfera contratual, limitando-se a esfera do "individual" - à esfera da intimidade. A Constituição da República Federativa do Brasil, ao proteger o direito à vida, protege, para além dela, o direito "ao modo de escolha de vida.". No presente caso, a autora (transexual) optou por fazer tratamento para mudança de sexo e por ser denominada por "Vivian", não cabendo ao empregador ou a qualquer terceiro desrespeitar o seu direito de escolha. A criação de banheiro específico para a autora, ainda que, eventualmente, a pedido de colegas do sexo feminino, é discriminatória e vai de encontro ao Princípio da dignidade do empregado. Da mesma forma, a atitude do empregador em repreender a autora quando da não utilização de seu nome civil no ambiente de trabalho (artigos 3º e 5º da CRFB). Diante da prova do ilícito perpetrado, imperiosa a condenação da ré ao pagamento de indenização decorrente do assédio moral sofrido pela autora (**TRT-PR-08818-2012-084-09-00-7-ACO-30365-2015 - 4A. TURMA. Relator: CÉLIO HORST WALDRAFF Publicado no DEJT em 27-10-2015**)

O Judiciário tem resguardado os direitos dos cidadãos transgêneros tanto na seara cível e trabalhista como também na seara penal, pois tem reconhecido a condição de mulher aos transgêneros femininos, concedendo-lhes ou aplicando-lhes a proteção à mulher cis, ou seja, à mulher que se identifica com seu sexo biológico.

E não poderia ser diferente, pois a Lei Maria da Penha tem como objetivo a proteção à integridade física, psíquica, moral, patrimonial e sexual do gênero feminino, assim sendo, não abranger lésbicas, travestis e transexuais seria afrontar os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade sexual e da dignidade da pessoa humana, reputados como direitos fundamentais.

O Desembargador Ely Amioka, do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos Autos do Mandado de Segurança nº 2097361-61.2015.8.26.0000, concedeu a segurança para aplicar em favor de Impetrante GABRIELA DA SILVA PINTO as medidas protetivas de urgência previstas no artigo 22, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, da Lei nº 11.340/06, ou seja, as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, sob o argumento de que:

O Juízo de origem, contudo, indeferiu as medidas pleiteadas alegando que estas têm por objetivo a prevenção e coibição de violência doméstica e familiar motivada por desigualdade de gênero em face da mulher, excluindo, assim, sua aplicação em favor da ora IMPETRANTE, que biologicamente pertence ao sexo masculino.

Todavia, a lei em comento deve ser interpretada de forma extensiva, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim é que a Lei nº 11.340/06 não visa apenas a proteção à mulher, mas sim à mulher que sofre violência de gênero, e é como gênero feminino que a IMPETRANTE se apresenta social e psicologicamente.

Tem-se que a expressão “mulher”, contida na lei em apreço, refere-se tanto ao sexo feminino quanto ao gênero feminino. O primeiro diz respeito às características biológicas do ser humano, dentre as quais GABRIELA não se enquadra, enquanto o segundo se refere à construção social de cada indivíduo, e aqui GABRIELA pode ser considerada mulher.

A IMPETRANTE, apesar de ser biologicamente do sexo masculino e não ter sido submetida à cirurgia de mudança de sexo, apresenta-se social e psicologicamente como mulher, com aparência e traços femininos, o que se pode inferir do documento de identidade acostado às fls. 18, em que consta a fotografia de uma mulher. Acrescenta-se, por oportuno, que ela assina o documento como GABRIELA, e não como JEAN CARLOS

É, portanto, na condição de mulher, ex-namorada de RAFAEL, que a IMPETRANTE vem sendo ameaçada por este, inconformado com o término da relação. GABRIELA sofreu violência doméstica e familiar, cometida pelo então namorado, de modo que a aplicação das normas da Lei Maria da Penha se fazem necessárias no caso em tela, porquanto comprovada sua condição de vulnerabilidade no relacionamento amoroso.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 2010, no Habeas Corpus nº 1.0000.09.513119-9/000, já havia se manifestado dizendo que “quanto ao sujeito passivo abarcado pela lei, exige-se uma qualidade especial: ser mulher, compreendidas como tal as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino.” (BRASIL, 2010). Ora, tal posicionamento é óbvio porque o reconhecimento da transexualidade prescinde de intervenção cirúrgica para alteração de sexo: é a forma como

a pessoa se vê e se sente.

Em relação à Lei Maria da Penha, é importante ressaltar que existe o Projeto de Lei 8032 de 2014 da Deputada Jandira Feghali do PCdoB-RJ, já com parecer pela aprovação da Comissão de Direitos Humanos, prevendo a ampliação da proteção de que trata a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha – às pessoas transexuais e transgêneros. A Relatora do projeto, Deputada Professora Dorinha Seabra Rezende, entende que “é necessário que se adote uma interpretação teleológica e sistemática da Lei 11.340/2006. Portanto, tem-se que a Lei Maria da Penha visa a proteger não só o sexo biológico mulher, mas sim todos aqueles que se comportam como mulheres, exercendo seu papel social.” (BRASIL, 2014).

Abrindo um recorte importante, em que pese o grande preconceito, existe dificuldade da sociedade em aceitar o outro. O reconhecimento dos transgêneros no sexo no qual eles se reconhecem tem sido referendado pelo Poder Judiciário até para a prática de esportes.

Recentemente, foi veiculado em um programa de televisão que a Justiça concedeu ordem para a primeira jogadora de vôlei transgênera, chamada Isabelle Neres, disputar um campeonato feminino de vôlei. A jogadora fez tratamentos hormonais e psicológicos para que pudesse ser avaliada por profissionais que atestassem se ela estava apta para atuar entre as mulheres. A mesma situação ocorreu na Itália, com uma brasileira, Tiffany Abreu, que conseguiu liberação para jogar vôlei naquele país⁴. Interessante é que os exames demonstraram que, com o tratamento hormonal, é possível uma mulher trans ter menos enzimas masculinas que uma mulher nascida em seu corpo naturalmente.

Nesse contexto sócio-jurídico em que os Tribunais têm se manifestado diuturnamente pelo direito ao reconhecimento de sua real identidade, tanto quanto ao nome, quanto ao gênero, tudo a ser apostado em seus assentamentos registrais e, mais, pela utilização de espaços públicos de acordo com a identidade psíquica, além da importante extensão da aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres transgêneras, por que não estender a elas direitos previstos na CLT de proteção ao trabalho da mulher?

5 A Consolidação das Leis do Trabalho e a Mulher

Em que pese ter sido publicada em 1943, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)

⁴ <http://sportv.globo.com/site/programas/sportv-news/noticia/2017/03/primeira-transgenero-jogar-volei-no-brasil-comemora-feito-muito-feliz.html>

preocupou-se em dar tratamento diferenciado às mulheres, não somente em razão da condição física, mas também do papel por ela desempenhado no seio da família, por exemplo, ao estabelecer a necessidade das folgas preferencialmente aos domingos.

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), no capítulo III, hoje parcialmente revogado, chamado de Proteção ao Trabalho da Mulher, inserido do Título III, “Das normas especiais de tutela do trabalho”, estabelece regras protetivas ao trabalho da mulher, tratando da duração do trabalho, da discriminação, dos períodos de descanso, dos locais de trabalho, da proteção à maternidade, pretendendo com tais regras dar tratamento igual aos desiguais.

É certo que muitas das regras previstas neste capítulo são também aplicadas aos homens como, por exemplo, o trabalho noturno ter remuneração superior a do diurno, redução da hora noturna, conquanto existam proteções específicas para a mulher, seja em razão da histórica exclusão desta do mercado, já em decorrência do componente biológico, seja em razão da sabida dupla jornada de trabalho que, em regra, acumula também as funções de dona de casa.

Dentre os direitos previstos no capítulo referente ao trabalho da mulher, o que mais causa discussões é o artigo 384, que trata do intervalo de 15 minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária. De acordo com o artigo, toda mulher tem direito a um intervalo de 15 minutos de descanso antes de iniciar a jornada extraordinária.

Após muita discussão, o tema foi levado ao Plenário do Supremo Tribunal Federal pelo Recurso Extraordinário nº 658312 / SC e, já em sua ementa, resume muito bem a proteção à mulher prevista da Constituição Federal e, conseqüentemente, na legislação infraconstitucional (Código Penal, CLT etc.) sob o argumento de que “o princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual”, comentando no item seguinte que:

A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho; ii) considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher; e iii) observou um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho – o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma (BRASIL, 2014).

Encerra a ementa deixando bem claro que esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado a mulheres desde que este sirva, como na

hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças.

Ora, nesse sentido, se parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que seja para ampliar os direitos fundamentais sociais, impossível não estendê-los às mulheres transgêneras se estas, conforme já dito, são social e psicologicamente mulheres.

A mulher também tem direito ao descanso semanal remunerado, de 24 horas, de preferência aos domingos, salvo por motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa de serviço, quando poderá recair em outro dia. Contudo, a mulher que trabalhar aos domingos terá uma escala de revezamento quinzenal para que de 15 em 15 dias o repouso seja aos domingos (art. 386, CLT).

A CLT proibia, no art. 387, que a mulher trabalhasse nos subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras de construção pública ou particular, bem como em atividades perigosas ou insalubres. O artigo foi revogado, mas subsiste a vedação de empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 kg para o trabalho contínuo, ou de 25 kg para o trabalho ocasional, salvo se esse trabalho for feito por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos, quando haverá permissão legal.

De 1943, quando a CLT foi publicada, para os dias atuais, não restam dúvidas de que o capítulo em comento sofreu inúmeras alterações. E não poderia ser diferente, em razão das mudanças pelas quais a sociedade passou, mas é fato também que algumas proteções subsistem, pois apesar de a mulher não representar um ser frágil em sua completude, existem momentos de fragilidade, os quais demandam maiores cuidados. Especificamente nesses casos, a legislação brasileira cuidou de resguardar os direitos da mulher no mercado de trabalho.

Nesse contexto de proteção à mulher em razão de suas características, impossível não estender a uma mulher trans a proteção conferida a uma mulher cis, se ambas se identificam como mulheres, ambas são mulheres, assim se portam e acima de tudo assim se reconhecem.

6 Conclusão

Diante de todo o exposto, nos tempos atuais, com os direitos humanos em alta e as

liberdades cada vez mais protegidas, não há mais dúvidas de que os transgêneros são uma realidade. E não se pode negar o direito de ser reconhecido no gênero com o qual se identifica àquele que se reconhece em um gênero diferente do seu sexo biológico. Significa dar-lhe o direito de ser quem é.

Alguns avanços têm sido notados pela população de transgêneros, especialmente sob o manto do Poder Judiciário que, acertadamente, tem permitido a alteração do registro civil sem necessariamente uma cirurgia de redesignação sexual. Até na seara penal, o Judiciário tem reconhecido, nas travestis, a mulher com que elas se reconhecem, para se aplicar a Lei Maria da Penha.

Na seara da proteção, o Direito do Trabalho, ramo do Direito que nasce da absoluta exploração da energia de trabalho das pessoas, não poderia deixar de dar tratamento diferenciado à mulher e à criança, fazendo-o em razão de situações especiais, que necessitam de proteção e justificam a existência do importante capítulo específico sobre a proteção do trabalho da mulher previsto na CLT. Recentemente, com o julgamento da constitucionalidade do Artigo 384, considerado por muitos como violador do princípio da igualdade, o Supremo Tribunal Federal sanou quaisquer dúvidas acerca do tratamento protetivo dado às mulheres em face dos homens.

Assim, não restam dúvidas que, mesmo em um Estado Democrático de Direito, regido por uma Constituição que tem em seu bojo o princípio da igualdade, como um de seus colorários, a mulher ainda precisa de proteção especial em determinados casos. Para concluir, se a mulher precisa de proteção especial, impossível não estendê-la às mulheres trans em razão de suas características, se elas também se reconhecem como mulheres.

REFERÊNCIAS

AMERICANO, Nathalia Martins. **Construção Principiológico**. Normativa de Proteção aos Transgêneros no Mercado de Trabalho. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/6eh993o0/BFn1ovA6qz0u4R38.pdf>>. Acesso em 1º jun 2017.

ASSIS, Zamira; SANTOS, Magda Guadalupe dos. (Orgs.) **Diferença sexual e desconstrução da subjetividade em perspectiva**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BRASIL. **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: 06 mai 2017.

BRASIL, **Decreto nº 423**, de 12 de novembro de 1935. Promulga quatro Projetos de Convenção, aprovados pela Organização Internacional do Trabalho, da Liga das Nações, por ocasião da Conferência de Washington, convocada pelo Governo dos Estados Unidos da América a 29 de outubro de 1919, pelo Brasil adotados, a saber: Convenção relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto; Convenção relativa ao trabalho noturno das mulheres; Convenção que fixa a idade mínima de admissão das crianças nos trabalhos industriais; Convenção relativa ao trabalho noturno das crianças na indústria. Disponível em <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_003.html>. Acesso em 25 mai. 2017.

BRASIL **Decreto-Lei n.º 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 06 mai 2017.

BRASIL, Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual**. Brasília Ministério da Saúde, 2004. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf> Acesso em 01 abr 2017.

BRASIL, **Projeto de Lei 8032 de 2014** - Amplia a proteção de que trata a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha – às pessoas transexuais e transgêneros. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=623761>. Acesso em 10 jun 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275. Rel. Ministro Marco Aurélio, Brasília, 07 jun. 2017. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691371>.> Acesso em: 12 jul 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 658.312. Rel. Ministro Dias Toffoli, Brasília, 27 nov. 2014. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE658312.pdf>> Acesso em: 10 mai 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 845.779. Rel. Ministro Roberto Barroso, Brasília, 10 mar. 2015. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4657292>.> Acesso em: 10 mai 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Habeas Corpus nº 1.0000.09.513119-9/000. Desembargador Relator Júlio Cezar Guttierrez. Belo Horizonte, 30 mar 2010. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/AtosOficiais/bancodesentencas/RevistaJuridica/Edicao11/MinasGerais/0707924-04.2011.8.13.0000.pdf>>. Acesso em 06 jun 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança nº 2097361-61.2015.8.26.0000. Desembargador Ely Amioka. São Paulo, 08 out. 2015. **Diário do**

Judiciário Eletrônico. Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2016/03/TJSP_AcordaoMS_0810210LMPtrans.pdf>. Acesso 06 jun 2017.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário: 08818-2012-084-09-00-7-ACO- Desembargador Relator CÉLIO HORST WALDRAFF. Paraná. Publicado no **Diário do Judiciário Eletrônico do Trabalho** 27-10-2015. Disponível em http://www.trt9.jus.br/internet_base/jurisprudenciaman.do?evento=Editar&chPlc=6811008 . Acesso em 01 jun 2017.

BUTLER, Judith. Problemas de gênero. **Feminismo e subversão da identidade**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

CONNELL, Raewyn. **Gênero em termos reais**. Tradução Marília Moschkovich. São Paulo: nVersus, 2016.

DIAS, Diego Madi. **Brincar de gênero, uma conversa com Berenice Bento**. Cadernos Pagu *On-line version* ISSN 1809-4449 Cad. Pagu no.43 Campinas July/Dec. 2014 Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332014000200475>. Acesso em 03 abr. 2017

FERRARI, Geala Geslaine. CAPELARI, Rogério Sato. A despatologização do transtorno de identidade de gênero: uma crítica à patologização e o enaltecimento ao direito à identidade sexual dos indivíduos trans. **XI Seminário Internacional de demandas sociais políticas públicas na sociedade contemporânea**. Disponível em <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/viewFile/11719/1579,%20pp.%201-18%20%5B25>> Acesso em 03 abr. 2017.

LAPA, Nala. **O preconceito contra transexuais no mercado de trabalho**. Publicado 31/10/2013 23h59, última modificação 01/11/2013 06h29. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-pra-que/o-preconceito-contra-transexuais-no-mercado-de-trabalho-2970.html>> Acesso em 03 abr 2017.

LANZ, Letícia. Ser uma pessoa transgênera é ser um não-ser. **Revista de Estudos Indisciplinares em Gêneros e Sexualidades**. n. 5, v. 1 maio-out. 2016 p. 205-220. Disponível em <<https://portalseer.ufba.br/index.php/revistaperiodicus/article/view/17188>>. Acesso em 03 abr. 2017.

MORAIS FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 11 Ed. São Paulo: Ltr, 2014.

MOURA, Renan Gomes de. LOPES, Paloma de Lavor. O preconceito e a discriminação de transgêneros no processo de recrutamento e seleção de pessoal: uma revisão bibliográfica. **XI Simpósio de Excelência em Gestão de Tecnologia**. 2014. Disponível em <<http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos14/36520376.pdf>>. Acesso em 04 abr 2017.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Transexuais têm direito à alteração do registro civil sem realização de cirurgia.** Publicado em 09/05/2017, às 19:47 Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Transexuais-t%C3%AAm-direito-%C3%A0-altera%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia. Acesso em 10 mai 2017.

ZEMPULSKI, Tatiana Lazzaletti. QUINUPA, Antônio Marcos. **A discriminação no trabalho decorrente de gênero.** Disponível em <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/120638j8/SyqW6VacN1YRlyeC.pdf>. Acesso em 01 jun 2017.