

A QUESTÃO DE GÊNERO, O TRABALHO DOS TRANSEXUAIS FEMININOS E A REPERCUSSÃO NAS GARANTIAS TRABALHISTAS VOLTADAS À PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER

THE GENDER ISSUE, THE FEMALE TRANSSEXUAL LABOR AND THE IMPACT IN LABOR WARRANTIES DIRECTED TO PROTECT WOMEN

Brena Késsia Simplicio do Bomfim¹

RESUMO

A liberdade de escolha da opção de gênero a ser adotada, independente do sexo de nascimento do indivíduo, é garantia constitucional albergada pelos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), da vedação à discriminação (art. 3º, IV da CF), bem como da igualdade material e da liberdade em todas as suas formulações (art. 5º, *caput* da CF). Tal direito do indivíduo não pode ser desatrelado das demais garantias que lhe tutelem e preservem sua condição de vida conforme a identidade de gênero escolhida. A situação das transexuais nascidas com sexo masculino e que optaram por viver em sociedade com a identidade do gênero feminino é peculiar principalmente quando relacionada às condições de trabalho a que estas são submetidas. Elas se identificam socialmente como mulher, exercem muitas vezes funções afeitas às mulheres, porém é controversa a aplicação das normas especiais trabalhistas voltadas à proteção do trabalho da mulher. Em defesa da liberdade de opção sexual e da igualdade material plena, defende-se a extensão dessas garantias às trabalhadoras transexuais, como forma de atendimento dos fins sociais da *mens legis* e das exigências para o bem comum condizentes à vida em sociedade.

Palavras-chave: Gênero; Transexuais; Trabalho; Tutela; Mulher.

ABSTRACT

The gender freedom of choice, regardless of the individual's birth sex, is a constitutional guarantee housed by the principles of human dignity (article 1, III of the Constitution), the prohibition on discrimination (article 3, IV of the Constitution), as well as substantive equality and freedom in all its formats (article 5, *caput* of the Constitution). Such individual rights cannot to be uncoupled from other guarantees that protect and preserve life condition as chosen gender identity. The situation of transsexuals born with male gender and have chosen to live in society with the identity of the female gender is peculiar, especially when related to working conditions to which they are subjected. Identified socially as a woman, the female transsexual have often habituated to women roles, but the application of special labor rules aimed at protecting women's work, in this case, are contested. In defense of freedom of sexual choice and full substantive equality, this study advocates the extension of such guarantees to

¹ Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Pós Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de Fortaleza e em Direito e Processo Penal pela Faculdade Entre Rios do Piauí. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. Advogada atuante na área trabalhista.

transgender workers as a way of meeting the social objectives of men laws and the requirements for the common good consistent life in society.

Keywords: Gender; Transsexuals; Labor; Legal Protection; Woman.

INTRODUÇÃO

Após o julgamento da Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental número 132 do Estado do Rio de Janeiro e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade número 4.277 do Distrito Federal, nos quais o Supremo Tribunal Federal (STF) conferiu interpretação conforme a Constituição ao art.1.723 do Código Civil de 2002, permitindo o reconhecimento das uniões estáveis constituídas por pessoas do mesmo sexo, os parâmetros balizadores da igualdade de tratamento independentemente da opção sexual dos cidadãos ganharam uma espécie de fixação nas decisões sobre o assunto.

Tal decisão de perfil aditivo que implementou a interpretação conforme a Constituição ao referido preceito civilista, corrigiu a omissão inconstitucional parcial e passou a estender a garantia do reconhecimento da união estável a casais homossexuais e confirmou o comportamento, cada vez mais, ativista do Poder Judiciário. Ademais, tal decisão foi um marco para novos *leading cases* acerca da questão de gênero e da homossexualidade no Brasil.

É cada dia mais comum notícias veiculando decisões judiciais que abordam tal temática, as quais copiosamente se referem ao julgamento das ações constitucionais citadas acima, enfatizando o princípio que veda a discriminação de sexo e principalmente a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana prevista como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III da CF). Mas ainda têm se restringido a igualdade entre cidadãos propriamente dita, tal como a permissão judicial de utilização de banheiros femininos por transexuais femininos e a condenação judicial de atitudes privadas de discriminação e desrespeito a questão de identificação de gênero.

Ocorre que vem ocorrendo o alargamento das causas de pedir, bem como dos pedidos, dessas demandas propostas, inclusive a utilização de justiça especializadas, tal como os Juizados da Mulher, instituídos pela Lei 11.340/2006, nos casos relativos à violência doméstica e familiar contra transexuais femininos; e a Justiça do Trabalho nos casos de discriminação decorrentes de relações laborais.

Sabe-se que o acesso ao mercado de trabalho da mulher, ainda é de preocupação jurídica fundada na discriminação e diferenças em relação à contratação, aos cargos, aos salários e garantias; inclusive sendo objeto principal da Convenção 156 e Recomendação 165 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que tratam sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores e trabalhadoras.

Ocorre que tal garantia não é expressamente estendida aos homossexuais, nem sequer aos transexuais, o que deixa para estes um certo limbo jurídico de desproteção do mercado de trabalho, marcado pela incisiva discriminação de contratação, cargos, salários e comportamentos geradores de doenças psicológicas em consequência principalmente de assédio moral, quando aqueles conseguem postos de trabalho.

Ademais, há ainda a ausência de normas protetivas ou sequer da extensão das normas de proteção do trabalho dos heterossexuais aos que não se identificam com o sexo que carregam na certidão de nascimento, o que demonstra a relevância da discussão do tema sexo e gênero, mercado de trabalho e extensão das garantias existentes àqueles que se identificam com o gênero distinto de seu sexo.

Sobre tal tema, circunscrevendo-se principalmente às relações trabalhistas das trabalhadoras transexuais, demonstrar-se-á que, na conjuntura jurídica atual, é plenamente possível a tutela dignificante dessas cidadãs com base na garantia de liberdade de identificação sexual e na promoção da justiça social.

1 TEORIA E IDENTIDADE DE GÊNERO

A *queer theory*, denominação inicial em inglês a teoria do gênero, que em tradução livre significaria “teoria da bicha” – forma que já demonstra a carga de preconceitos e estigmas que envolve tal assunto –, sustenta basicamente que a orientação e a identidade sexual do indivíduo resultam de uma construção social e está dissociada do sexo de nascimento das pessoas.

O sexólogo neozelandês John William Money, um dos precursores da referida teoria, tentou dissociar o sexo do gênero por meio de um experimento com dois gêmeos nascidos de sexo masculino. Convenceu aos pais a transformar um deles em uma menina, após um procedimento de circuncisão mau sucedido. Apesar de imensamente criticado pela sociedade,

bem como por grupo religiosos, obteve certo êxito na transformação do menino de sexo masculino, em um indivíduo que se identificava como menina pelo menos na infância e início da puberdade.

Tanto para a teoria do gênero, quanto para outras ciências, tal como a Sociologia e a Antropologia, uma importante distinção a ser sanada e bem delimitada consiste no binômio sexo e gênero, o qual ainda que consista em conceitos análogos, há muitas distinções que os particularizam. O conceito de sexo se circunscreve a diferença física que distingue o indivíduo em masculino e feminino, ou seja, o macho da fêmea, referindo-se assim às conformações biológicas dos indivíduos. Por outro lado, gênero se circunscreve a conotação pessoal que cada indivíduo estabelece acerca de sua identidade pessoal em relação à sociedade, inclusive em relação aos comportamentos sexuais (HENRIQUES, 2007).

Há que se concordar que o órgão genital e as condições biológicas do indivíduo nem sempre se coadunam perfeitamente com a orientação sexual que o mesmo adota. Por exemplo, há alguns homens que se submetem a retirada dos testículos e nem por isso passam a aderir a comportamento do gênero feminino; há ainda muitas mulheres, que em virtude de câncer do colo uterino, submetem-se a retirada do útero e não mais produzem hormônios de carga nitidamente ligada aos fatores característicos das mulheres e nem por isso passam a agir e sentir-se como homens, ainda que não ocorra a reposição hormonal das substâncias endócrinas suprimidas.

Falar-se em identidade de gênero consiste em designar a convicção e o procedimento pessoal de um indivíduo se voltada a um comportamento masculino, feminino ou mesmo nenhum dos desses dois. Ou seja, independentemente do fator biológico sexo identificado ao indivíduo, este pode optar pela opção gênero que mais lhe convém. Tal garantia advém dos conjunto constitucional de regras que garantem a liberdade, a igualdade e o tratamento isonômico dos cidadãos em face dos princípios e garantias que elevados pela ordem constitucional instituída pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

E não apenas no Brasil persistem tais garantias em combate à discriminação, estas persistem e, cada dia mais, passam a ser asseguradas nas ordens democráticas, principalmente nas ocidentais. A sociedade democrática difere-se das demais exatamente por ser suscetível a prospecções de inclusão social, diferentemente das antigas civilizações mundiais que tendiam

a processos de exclusão e estratificação social daqueles que não pertenciam aos grupos desejáveis pela sociedade (DELGADO, 2012, p. 797).

Daí que o processo de discriminação tende a ser cada vez mais abominado pelos ordenamentos jurídicos democráticos modernos, o que não exilia os comportamentos sociais que albergam a discriminação e a violência com que são tratados os indivíduos que optam pela identificação com o gênero distinto de seu sexo de nascimento. Ou seja, apesar de ordenamento jurídico constitucional albergar a liberdade de identificação de gênero, em decorrência da ordem interna de princípios que o regem, os indivíduos que assim optam não estão efetivamente protegidos das mazelas discriminatórias País afora.

A discriminação decorre de diversas causas, principalmente no fato de ver o outro discriminado como distinto da regra geral de comportamento que regem as pessoas consideradas ideais. É a ausência de ser igual aos indivíduos considerados normais pelos discriminadores que efetivamente motiva a discriminação. É o que Ronald Dworkin descreve como sendo “membro de um grupo considerado menos digno de respeito, como grupo, que outros” (DWORKIN, 2000, p. 450), que motiva muitas vezes o comportamento discriminante.

Ademais, salienta-se que a discriminação encontra albergue nas mais indeterminadas situações vividas pelos indivíduos discriminados, não abrangendo apenas sua vida pessoal e íntima. Porém, apesar da aparente lacuna jurídica de normas efetivas que elidam tais comportamentos, o ativismo judicial vem ganhando força e efetivamente se utilizando dos princípios e da força normativa constitucional para elidir, no que for possível, as situações e comportamentos discriminantes.

2 AS RELAÇÕES DOS TRANSEXUAIS NO TRABALHO E A INCISIVA OCORRÊNCIA DE DANOS EXTRAPATRIOMONIAS

Já se citou que a discriminação é circunstância associada vida dos indivíduos considerados, pelos discriminantes, como de comportamento desviantes. O mesmo ocorre com as relações de trabalho daqueles que adotam a identidade de gênero distinta do sexo de nascimento. É difícilima a colocação no mercado de laboral, principalmente no que diz respeito a cargos qualificados, e quando esta ocorre as situações de preconceito e tratamento desigual são constantes. Ademais, tem-se que salientar que há postos e mercados específicos

que tendenciosamente são os voltados para aqueles que adotam o comportamento de gênero desigual ao seu sexo, tal como o setor de beleza e de vestuário.

Ou seja, percebe-se que a discriminação começa no limiar das relações trabalhistas, ainda na fase de postulação de postos de trabalho, em que os cargos e funções a disposição dos indivíduos transexuais são limitados e muitas vezes não condizem com sua formação e identificação. Porém, muitas vezes estes admitem seguir nos setores de mercado que os albergam, pois acaso não aceitem tais funções ficam limitados ao trabalho informal, ou pior, teriam que se dedicar ao lenocínio ou à prostituição.

Na fase de contratação, a discriminação é ainda mais constante, pois a grande maioria dos setores de recursos humanos vão preferir a contratação de trabalhadores identificados com o gênero correspondente ao seu sexo que a de transexuais ou homossexuais, acaso todos concorram a mesma função. Muitos homossexuais, inclusive, escondem tal opção na contratação para que efetivamente tenham chances de ser colocados nos postos de trabalho que concorrem. Inclusive, com a possibilidade constitucional dispensa imotivada, como direito potestativo do empregador, muitos transexuais e homossexuais são demitidos por conta de sua identificação de gênero, motivo mascarado na despedida sem justa causa. Porém, e acaso seja evidenciada tal circunstância de despedida discriminatória é cabível ao juízo trabalhista reconhecer a nulidade de tal demissão e promover a reintegração do obreiro no cargo em que ocupava, em sede de interpretação extensiva à orientação contida na Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho², que determina a invalidez do ato de despedida em casos de doenças que suscitem estigma ou preconceito.

Quanto ao curso do pacto empregatício, a maior incidência da discriminação é a ocorrência do chamado assédio moral ao indivíduo transexual. O assédio moral consiste, nas palavras de Sônia Mascaro, na “conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho no exercício de suas funções”. Em

² SÚM-443. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. 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.

simples termos, constitui-se da ocorrência de danos morais repetitivos na relação de emprego, objetivando a exaustão do empregado àquela situação e posterior adoecimento e até mesmo o pedido de demissão do mesmo.

Assim, resta-se claro que, em todo o curso da relação de trabalho, há a ocorrência de discriminação em relação à identidade de gênero quando divergente do sexo de nascimento do obreiro; em clara ocorrência de atos ilícitos promovidos pelos empregadores ligados aos danos causados a esfera extrapatrimonial do empregado. Dano extrapatrimonial é aquele subjetivo, ligado à esfera pessoal e sentimentos do indivíduo, que não tem repercussão no patrimônio financeiro propriamente dito. Está nitidamente ligado aos atributos da pessoa vinculados à dignidade humana, que possibilitam o desenvolvimento sadio e o bem estar de vida das pessoas em sociedade.

Os danos extrapatrimoniais são aqueles que direta ou indiretamente atingem os direitos da personalidade, os quais contemplam às garantias da integridade física (tais como o direito à vida, à alimentação sadia, à liberdade de locomoção); da integridade intelectual (tais como a liberdade de pensamento e a integridade psíquica); e a integridade moral (tal como as garantias de liberdade civil, política, religiosa, bem como a de opção sexual) (FRANÇA, 1980, p. 411; BITTAR, 1989, p. 59; ALPA, 1991, p. 122).

Dentre as principais espécies de danos extrapatrimoniais inclui-se o dano moral, considerado pela doutrina como importante efeito conexo da relação empregatícia, que implica na condenação do empregador em pecúnia em decorrência de danos causados à esfera pessoal do empregado em decorrência do contrato de trabalho e sua respectiva execução. Maurício Godinho Delgado (2012, p. 618) assevera que “tais indenizações tinham campo restrito de reconhecimento na ordem jurídica constitucional anterior à Constituição de 1988. Contudo, em seguida ao Texto Máximo e ao avanço jurídico cultura por ele propiciado, com forte (e contínuo) impacto na doutrina e jurisprudência pátrias, tais possibilidades indenizatórias se alargaram”.

A tutela jurídica constitucional, aditada pela legislação infraconstitucional e internacional, reflete em um movimento cada vez mais ativista do judiciário em prol da repressão dos atos ilícitos que geram repercussão extrapatrimonial. Porém antes de delimitar os fundamentos jurídicos que albergam tal proteção é preciso restringir o objeto jurídico de proteção.

Passa-se, assim, a ater-se a situação de danos extrapatrimoniais provocados em detrimento da empregada transexual propriamente dita (ou seja, o indivíduo nascido de sexo masculino que se identifica com o gênero feminino e passa a adotá-lo; opta-se pela denominação feminina pelo simples motivo de respeito ao direito de liberdade de identificação sexual e à garantia da mesma ser identificada pela opção de gênero por ela escolhida), a qual se porta como mulher, porém sofre repetitivas discriminações no curso do pacto laboral.

Recentemente, foi submetida à Justiça do Trabalho da 4ª Região, que compreende a circunscrição do Estado do Rio Grande do Sul³, o caso paradigma a ser considerado por este artigo, o qual se referia a relação de emprego de empregada transexual, na qual lhe era vedado o uso de do banheiro feminino pelos prepostos da empresa, bem como a utilização de maquiagem durante o pacto laboral.

Em audiência de instrução e julgamento restou evidenciado o comportamento característico feminino que a reclamante adotava, bem como o conhecimento do empregador da clara identidade de gênero da mesma. Restou ainda provado as alegações de proibição da utilização do banheiro designado às mulheres e a restrição do uso de maquiagem pela Reclamante, resultando no reconhecimento dos danos morais e a condenação da Reclamada na quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em favor da Reclamante.

Os parâmetros jurídicos no qual se baseou tal decisão, aliados a novos fundamentos, demonstram que o ordenamento jurídico pátrio encontra-se apto a desemparar os comportamentos discriminantes. Inicialmente, como critérios constitucionais, cumpre-se ressaltar que a própria dignidade humana, a qual é princípio fundante do Estado Democrático de Direito do Brasil (art. 1º, III da CF), é um dos fundamentos básicos que garante a prerrogativa da trabalhadora transexual ser tratada e respeitada como mulher, assim como o direito ao igual respeito e consideração que a todos os cidadãos deve ser reconhecido (DWORKIN, 2002, p. 419).

A decisão do STF tratada no capítulo introdutório também conduziu a dois fundamentos importantes da não discriminação, qual sejam o da vedação da discriminação (art. 3º, IV da CF) e os preceitos da igualdade e da liberdade (art. 5º, *caput* da CF). Parte do voto do Ministro relator da ADPF 132/RJ e ADIN 4277/DF, Carlos Ayres Brito, o qual

³ Processo n. 0021034-12.2013.5.04.0334 - Ação Trabalhista - Rito Ordinário. 4a Vara do Trabalho de São Leopoldo. Julgamento em 25-03-2014.

inclusive foi objeto da fundamentação da sentença de 1º grau do caso concreto em apreço, merece destaque por delimitar balizas importantes da decisão:

(...) essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo 'cláusula pétrea', nos termos do inciso IV do § 4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange os direitos e garantia individuais de berço diretamente constitucional), e homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir). O que significa o óbvio reconhecimento de que todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia da vontade. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados.

A legislação internacional também alberga fundamentos jurídicos consolidados que veementemente vedam a discriminação, dentre elas, é importante ressaltar a Convenção de número 111 da OIT, que trata sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, a qual descrimina que o termo discriminação compreende (BRASIL, 1968):

a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

A legislação interna infraconstitucional também alberga a condição de não discriminação nas relações de trabalho. Fala-se especificamente da Lei 9.029/95, alterada pela Lei 12.288, em 20 de julho de 2010, a qual dispõe acerca da despedida imotivada que mascare situações discriminatórias (BRASIL, 1995):

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Tais diplomas legais já seriam suficientemente razoáveis para balizar as decisões que repreendam tais comportamento discriminatório do empregado, porém há outro argumento de

grande valia que fundamenta o dever anexo de conduta do empregador de respeitar a liberdade de gênero do obreiro. Trata-se da boa-fé objetiva que deve reger as relações as relações empregatícias.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) prevê, em seu art. 8º, a regência supletiva do Direito do Trabalho, o qual deve admitir em suas decisões a utilização da jurisprudência, da analogia, da equidade, dos princípios gerais do direito, dos usos e costumes e do direito comparado, bem como do direito comum sempre que tais fontes não sejam incompatíveis com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho. Considera-se que a boa-fé objetiva (art. 422 do CC) vai muito além de norma do direito comum aplicável por compatibilidade à seara trabalhista. Trata-se de cláusula geral aberta, instituída pelo Código Civil de 2002, que deve reger toda e qualquer relação privada, tal como as demais cláusulas gerais, quais sejam a função social do contrato e a função social da propriedade.

A boa-fé objetiva pauta-se no dever anexo à conduta do particular, que, ao praticar seus atos, deve agir com integridade, lealdade e respeito aos indivíduos da sociedade. Assim, não pode o empregador agir desrespeitando e não zelando pelas expectativas razoáveis do obreiro que lhe presta serviços e ali forma uma relação jurídica, da mesma forma que este deve respeitá-lo, bem como os fins do empreendimento.

A doutrina apresenta três funções da boa-fé objetiva, qual sejam: a função interpretativa (a fim de interpretar razoavelmente a norma posta em dúvida, conforme os ditames sociais mais justos e aceitáveis), a função integrativa (criadora dos direitos e deveres anexos de conduta) e a função limitadora dos exercícios de direitos. Estas duas última são as mais verificáveis no caso concreto em apreço, o qual exige do empregador um comportamento social compatível com a liberdade de escolha garantida pelo Estado Democrático de Direito pelo qual somos regidos.

O poder empregatício, em suas mais variáveis vertentes classificatórias atribuídas pela doutrina, não pode se sobrepor aos ditames constitucionais mais relevantes, nos quais se encontram as garantias que embasam a impossibilidade e ilicitude da discriminação das trabalhadoras transexuais. A valorização da pessoa do trabalhador, intimamente ligada ao respeito aos seus direitos de personalidade e à garantia de sua dignidade, deve ser cláusula anexa ao pacto laboral, devendo o empregador respeitar e admitir a liberdade sexual da

obreira, bem como garantir um meio ambiente do trabalho livre de discriminações ou qualquer outra atitude que possa macular a boa-fé objetiva que rege tal pacto.

3 APLICAÇÃO DAS GARANTIAS CELETISTAS VOLTADAS AO TRABALHO DA MULHER ÀS EMPREGADAS TRANSEXUAIS

A Consolidação das Leis do Trabalho (CTL) é o principal conglomerado de leis trabalhistas, que não se trata de um Código do trabalho por não ter organização suficiente para assim se classificar, traz, em seu Capítulo III, as disposições inerentes à proteção do trabalho da mulher, pertencente ao Título III, que trata das normas especiais de tutela do trabalho.

Tal título da CLT é voltado para a proteção de situações específicas proteção do trabalho especialmente de profissões regulamentadas e daqueles hipossuficientes característicos na relação de emprego, mais que qualquer outro obreiro, tal como a mulher e o menor.

Quanto ao trabalho feminino, aplicam-se as normas do mercado da mulher como normas especialíssimas e as regras gerais do trabalho masculino no caso de omissão do capítulo referente ao trabalho da mulher e compatibilidade com as normas especiais do mesmo (CARRION, 2009, p. 257).

As razões que fundamentam a tutela especial do trabalho da mulher, assim como o do menor, apesar de este apresentar alguns motivos justificantes distintos, concentram-se nitidamente no caráter fisiológico, mas também encontram repercussões de motivos de origem social. Ademais, a legislação internacional, principalmente no que diz respeito às Convenções e às Recomendações da OIT, também muito influenciaram na formação da tutela do trabalho da mulher.

Alice Monteiro de Barros (2011, p. 855) destaca a repercussão da ação internacional na formação da tutela jurídica pátria do trabalho da mulher, que encontra efetivamente consequência no objeto de estudo deste trabalho:

No domínio do trabalho da mulher, a ação internacional assumiu dois perfis. O primeiro, de caráter tutelar, articulou-se em duas direções: de um lado, a disciplina dirige-se à mulher no ciclo gravídico-puerperal (Convenções n. 3, 103 e 183 da OIT) e, de outro, impõem restrições ao trabalho da mulher, em geral, proibindo-lhe atividades insalubres, perigosas e penosas, onde se inclui o trabalho noturno nas indústrias (Convenções n. 4, 41 e 89 da OIT), em regime de horas extras e com

pesos. O segundo perfil caracteriza-se pela necessidade de se atribuir às mulheres igualdade de remuneração, de oportunidade e de tratamento com os homens no trabalho (Convenções n. 100 e 111 da OIT).

Limitar-se-á os comentários à segunda parte do primeiro perfil, quanto as restrições ao trabalho da mulher em virtude de atividades mais desgastantes, e ao segundo, em relação a igualdade plena em relação à remuneração e oportunidade com o labor do sexo masculino. Frisa-se que obviamente se exclui tecer comentários acerca da proteção gravídica-puerperal, pelo simples motivo das trabalhadoras transexuais não conseguirem engravidar no estado da ciência atual.

Quanto à extensão das normas relativas a tutela do trabalho da mulher às empregadas transexuais, em que dizem respeito à minimização da fadiga feminina, há duas normas celetistas de grande valia que merecem destaque, quais sejam (BRASIL, 1943):

Art. 384 - 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.

Art. 390 - Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional. Parágrafo único - Não está compreendida na determinação deste artigo a remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos.

O art. 384 da CLT prevê o intervalo especial de descanso intrajornada, no caso de prorrogação do jornada de trabalho. A *mens legis* repousa no fato da jornada extraordinária da mulher não ser observada apenas no seu trabalho, pois a estas também são dedicadas a maior parte das tarefas domésticas, educação dos filhos e outros papéis sociais de elevada relevância. Há uma corrente reducionista dessa tutela, encabeçada por grandes nomes da área trabalhista, tal como a saudosa Alice Monteiro de Barros, que sustenta que tal tutela não foi recepcionada pela Carta Constitucional de 1988, em virtude de se tratar de concepção sexista e desagarrada de fundamentos na sociedade atual. Sustenta ainda que tal intervalo apenas seria possível no caso de haver idêntica previsão para o sexo masculino. Respeitosamente, porém em oposta discordância, trata-se de interpretação que leva em conta apenas uma igualdade formal exacerbada, não considerando a condição especial da mulher no mercado de trabalho, bem como sua função social ainda com marcos bem distinto dos homens.

Por outro lado, ainda predomina na doutrina e na jurisprudência a constitucionalidade do referido dispositivo, pelos fundamentos muito bem relatados, no processo que apreciou a questão perante o TST:

MULHER - INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT EM FACE DO ART. 5º, I, DA CF. 1. O art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não-recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico. 2. A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres. Analisando o art. 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (cfr. Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST). 3. O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF, art. 201, § 7º, I e II). A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (CF, art. 7º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, § 1º) deixa claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e período de descanso. 4. Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher. 5. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista rejeitado.- (IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, Tribunal Pleno, DJ 13/02/2009).

Nesse sentido, tem-se que considerar que a liberdade de opção de gênero exercida pelas transexuais, que se identificam socialmente com o papel da mulher e o exercem, implicando na mesma generalidade da dupla jornada, da execução de tarefas doméstica, da missão de educação familiar, etc; faz com que seja medida de fim teleológico a extensão dessa norma ao contexto social do trabalho da empregada transexual.

O cerne da questão reside no mesmo fator de distinção discutido no início deste ensaio: a diferença entre sexo e gênero. Muitos irão defender a não aplicação desta norma de proteção, em virtude da intenção legal residir no amparo das diferenças fisiológicas entre o sexo masculino e feminino. Na época da construção legal, na qual a teoria do gênero ainda

não era pauta de debates do legislador, talvez as diferenças se resumissem às fisiológicas entre homem e mulher.

Porém, a identificação de gênero está muito mais atrelada ao papel social exercido pelo cidadão em sociedade, do que pelo sistema reprodutor com que este nasceu. Assim, a trabalhadora transexual, ao optar por sua condição de gênero, deve ter garantida a aplicação das normas do mercado da mulher às suas relações laborais.

Quanto ao dispositivo do art. 390 da CLT, o qual objetiva a prevenção de fadiga muscular, bem como de doenças ocupacionais ou do trabalho, da mesma forma deve ser estendido ao trabalho da obreira transexual, pois esta, ao se identificar com gênero feminino, assume socialmente a postura de mulher, sendo muitas vezes mais frágil morfológicamente do que os indivíduos homens que optaram pela opção de gênero masculina. A transexual afirma-se social e pessoalmente como mulher e assim deve ser tratada e respeitada pelos mesmos fundamentos jurídicos que lhe asseguram a liberdade de opção e assim tem o direito de ser tratada pelo empregador.

Ressalta-se que, apesar de inicialmente toda essa tutela visando a proteção do mercado da mulher e respeitando as diferenças fisiológicas entre os sexos, o homem e a humanidade evoluíram, a discriminação é atitude a ser extirpada da convivência jurídico-social e a liberdade dos indivíduos é garantido de tal forma a permitir a identificação do mesmo com qualquer gênero ou mesmo nenhum deles. Essa evolução natural e jurídica das atuais sociedades democráticas, principalmente as ocidentais, fundamenta e traz coesão a todo esse arcabouço jurídico normativo discutido.

Mister se faz garantir a igualdade, a humanidade e a interpretação conforme os preceitos constitucionais a todo e qualquer sistema jurídico contido no ordenamento nacional. O art. 5º da LINDB assim prevê e assim devem ser aplicadas as normas jurídicas relativas ao trabalho da mulher às transexuais que, garantidas pela tutela constitucional da igualdade e da liberdade, assim optou por viver.

CONCLUSÃO

O processo de extirpação da discriminação vem acentuando-se desde o estabelecimento da nova ordem jurídico constitucional democrática, instituída pela

Constituição Federal de 1998. Decisões judiciais de cunho iminentemente ativista vêm acentuando tal processo, principalmente no que diz respeito à mais variadas formas de liberdade e igualdade material (art. 5º, caput, I e § 1º da CF), como referências na interpretação do ordenamento jurídico conforme à Constituição.

Ademais, há que se ressaltar que os direitos e garantias fundamentais não estão limitados a determinado rol em um capítulo da Constituição, nem a esta, nem aos tratados internacionais. A chamada cláusula de abertura material contida no art. 5º da CF não exclui das garantias fundamentais outras que não pertencentes a ao texto constitucional, ao contrário, a Carta Magna estabelece um rol de direitos mínimo que será aditivado de outras garantias que corroborem com o regime e os princípios por ela adotados, em conformidade com a previsão do §2º do mesmo art. 5º.

Nesse diapasão, o Poder Judiciário tem o papel fundamental de promover a justiça social, garantindo o bem estar necessário ao pleno desenvolvimento dos indivíduos em sociedade. Assim, ao receber demandas relativas a questão de gênero, o juiz não pode se ater ao aparente limbo jurídico no qual o assunto parece estar comprometido. Mister se faz decidir o casos nos moldes da diretriz lançada pelo art. 5º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB), atendendo sempre os fins sociais e as exigências do bem comum. Esse é o papel primordial do juiz social.

Tal reflexão mostra-se necessária ao caso em tela, tendo em vista que o papel do Judiciário na repressão da discriminação, talvez seja um dos mais relevantes da sociedade. É que tal Poder é capaz de dar novas diretrizes ao velho direito, muitas vezes não evoluído e defasado. Ao dar interpretação conforme a Constituição aos casos dos homossexuais na decisão da ADPF 132/RJ e da ADIN 4277/DF o STF elevou a atenção social para esses casos.

Nesse contexto de concessão de garantias plenas de igualdade material, mister se faz reconhecer as garantias que as pessoas que exercem seu direito de liberdade de escolha de gênero têm perante as demais conjunturas do Direito. É o caso do Direito do Trabalho. Se o indivíduo nascido homem, identificou-se com o gênero feminino e assim optar por viver em sociedade, deve lhe ser garantido toda e qualquer garantia que tutele sua opção de vida como mulher.

É óbvio que algumas serão excluídas, por absoluta impossibilidade de ocorrência, como é o caso da proteção gravídica-puerperal, mas as que puderem ser aplicadas devem ser

efetivamente postas em vigor. Basta se pensar que o direito como sendo a Constituição, no qual é contida uma cláusula de abertura material, ou seja, quanto mais direitos que visem a proteção das garantias adotadas puderem ser atingidos, mais será alcançado os fins sociais e as exigências do bem comum a que o ordenamento jurídico se destina.

Assim, o Poder Judiciário, bem como o Poder Legislativo em seu poder de reforma, deve respeitar a liberdade de opção de gênero garantida pela Constituição e tratar o indivíduo que regularmente a exerceu juridicamente conforme o seu direito de escolha, o seu comportamento social e sua opção de vida, garantindo-lhe assim a dignidade.

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. **Responsabilità civile e danno**. Bologna: Il Mulino, 1991.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

_____. Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968. **Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão**.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**.

_____. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. **Proíbe A Exigência de Atestados de Gravidez e Esterilização, e Outras Práticas Discriminatórias, Para Efeitos Admissionais Ou de Permanência da Relação Jurídica de Trabalho, e Dá Outras Providências**.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo, Forense, 1989.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho: Legislação Complementar/Jurisprudência**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FRANÇA, Limongi. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

HENRIQUES, Ricardo; BRANDT, Maria Elisa Almeida; JUNQUEIRA, Rogério Diniz; CHAMUSCA, Adelaide. **Gênero e diversidade sexual na escola: reconhecer diferenças e superar preconceitos**. Brasília: Cadernos SECAD 4 – Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade do Ministério da Educação – SECAD/MEC, 2007.