

A DISCRIMINAÇÃO DOS TRANSGÊNEROS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO – UMA ANÁLISE TRANSNACIONAL DAS TUTELAS ANTIDISCRIMINATÓRIAS

Luiz Paulo de Araújo Sousa¹

Sumário: Introdução. 1. Princípio da não discriminação na relação de trabalho. 1.1 A transexualidade como categoria própria. 1.2. O diálogo entre fontes normativas frente aos aspectos discriminatórios lacunosos. 2. O entendimento jurisprudencial dos Tribunais Regionais e Superiores do Trabalho e dos Tribunais Europeus. 3. Desafios frente à temática discriminatória na realidade brasileira. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente trabalho tem como foco analisar, em uma perspectiva transnacional, a precarização do trabalho dos transgêneros, abordando não só a sua dificuldade de inserção no mercado de trabalho formal, como também a discriminação que estes sofrem quando adentram tal mercado. Explorar-se-á, também, como são as tutelas antidiscriminatórias existentes no Brasil e em outros países, como a Inglaterra, e como estes estão decidindo a respeito da discriminação dos transgêneros na seara trabalhista, sempre pautando por um dos princípios fundamentais, qual seja o do da não-discriminação, presente não só na própria Constituição Federal, como também em várias convenções internacionais ratificadas pelo Brasil. E por fim, o presente artigo pretende questionar a possibilidade da aplicação da legislação internacional frente aos aspectos lacunosos do tratamento antidiscriminatório dos transgêneros através do chamado “diálogo das Cortes”.

Palavras-chave: Discriminação de gênero. Ambiente de trabalho. Tutelas antidiscriminatórias. Transgêneros.

¹Graduando em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7. Email: luizpaulo_2005@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A discriminação no mercado de trabalho, seja em razão da orientação sexual, seja em razão do gênero, ainda ocorre com bastante frequência, e, na maioria das vezes, de forma implícita, o que gera uma dificuldade em relação à comprovação de alguma atitude discriminatória por parte do empregador. Nesse contexto, destacam-se os transgêneros como categoria própria na busca pela inserção no mercado de trabalho, além de tutelas antidiscriminatórias que possam assegurar a proteção de seus direitos, incluindo os trabalhistas. Vale destacar a pouca discussão no Brasil em relação a tal problema, tendo em vista que há uma inconsistente regulamentação jurídica sobre os direitos de personalidade do trabalhador brasileiro em relação às tutelas antidiscriminatórias, especialmente na questão do tratamento dos transgêneros.

A Constituição Federal de 1988, como ápice do ordenamento jurídico, em seu artigo 5º, inciso XLI, defende de forma precisa o princípio da igualdade, vedando e punindo quaisquer discriminações que atentem contra os direitos e liberdades fundamentais.

Portanto, há uma preocupação em criar tutelas antidiscriminatórias para que os direitos fundamentais sejam resguardados, mas ainda há certas áreas do Direito que ainda são carentes de regulamentação em relação à temática apresentada. A discussão a respeito do nome social dos transgêneros é bastante recente no Brasil, e assuntos como aposentadoria, o uso do banheiro no ambiente de trabalho, dano moral, ônus da prova, ainda permanecem lacunosos, devendo, portanto, serem discutidos frente à importância da dignidade da pessoa humana. Muitos tribunais da União Europeia já discutiram a respeito do tratamento dos transgêneros no ambiente de trabalho, emitindo decisões que poderiam ser utilizadas como fonte argumentativa nos tribunais do Brasil, focando no diálogo entre as Cortes. Isso ajudaria a preencher as lacunas deixadas pela legislação brasileira no enfrentamento à discriminação de gênero referente aos transexuais. Diante de tais problemas, no decorrer do trabalho, buscar-se-á responder questões como:

1. PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO DA RELAÇÃO DE TRABALHO

A discriminação de gênero ocorre em vários setores da sociedade. Destaca-se a seara trabalhista como a mais recorrente e a com mais complexidade em ser comprovada, pois muitos dos atos discriminatórios que ocorrem são implícitos ou diluídos frente à relação laboral. Como se sabe, um dos princípios do Direito do Trabalho é o princípio da proteção, que destaca de forma clara a necessidade de uma tutela protetiva em relação à parte hipossuficiente na relação de emprego. Segundo Godinho (2015, p. 222) preleciona:

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro -, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Demonstra-se, de tal forma, que um dos princípios norteadores do Direito do Trabalho é proteger a parte hipossuficiente de violações que possam ocorrer em relação aos seus direitos, tendo como exemplo a discriminação no ambiente de trabalho. Essa discriminação pode ocorrer em razão da orientação sexual, gênero, religião, idade, entre outros.

É notório e lógico o alinhamento de tal princípio com a Constituição Federal, que, estando em ápice do ordenamento jurídico, preza pela proteção da dignidade da pessoa humana e pela vedação e punição às discriminações que atentem contra os direitos e liberdades fundamentais, quais sejam discriminações negativas.

Já as chamadas discriminações positivas são medidas que compensam grupos em desvantagem social, analisando suas peculiaridades e aplicando o princípio da proporcionalidade. É notória, portanto, a diferença entre a chamada discriminação positiva e a negativa, sendo esta última vedada, pois viola um dos princípios norteadores da Constituição, que é a dignidade da pessoa humana. Conforme assevera Mello (2002, p. 17):

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

Portanto, há a possibilidade de existir um tratamento discriminatório em relação a certos grupos ou indivíduos perante suas particularidades, contanto que tal diferenciação em razão de suas características seja compatível com as normas constitucionais. Caso haja alguma incompatibilidade, como uma violação a um direito fundamental, poderá ser declarada inconstitucional.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro tem como um dos pilares a defesa do tratamento igualitário entre os indivíduos, já englobando neste o princípio da não-discriminação, devendo ser aplicado tais preceitos constitucionais a todas as áreas do Direito. Segundo Mello (2002, p. 18):

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.

Sabe-se que, apesar de o princípio da não-discriminação ser aplicado na seara trabalhista, nesta não há qualquer definição ou conceituação do que seria discriminação por parte do empregador, assim como não há qualquer menção ao significado desta na Constituição Federal.

Contudo, no âmbito internacional, a noção referente à discriminação foi ampliada a medida dos anos, começando pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em 1948 e posteriormente pela Convenção Europeia de Direitos do Homem, em 1950. Porém, nenhuma dessas abordava o conceito de discriminação de forma incisiva, apenas dispunha a respeito de que todas as pessoas deveriam ser tratadas de forma igual, sem distinção em razão de gênero, sexo, religião, entre outras características.

Portanto, era notório que ainda existia uma lacuna normativa na conceituação do que seria discriminação. Isso foi suprido posteriormente em 1958, através da Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho, um diploma normativo que definiu com bastante precisão o significado de discriminação no ambiente de trabalho, abordando tópicos referentes à igualdade de oportunidade e o tratamento em matéria de emprego ou profissão.

Tal convenção foi aprovada pelo Brasil através do decreto legislativo nº 104, de 1964, ratificada em 1965, e promulgada através do decreto 62.150, no dia

19 de janeiro de 1968, entrando em vigência nacional a partir do dia 26 de novembro de 1966. Isso demonstra a preocupação em adotar uma conceituação e medidas mais incisivas em relação à discriminação laboral, abordando questões relativas à distinção, exclusão ou preferência, norteadas, conseqüentemente, condutas que poderiam ser consideradas discriminatórias. No âmbito internacional, também é essencial citar os princípios de Yogyakarta, que são referentes à aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero; destaca-se o princípio 2 e o 12, referentes ao direito ao trabalho digno, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Neste contexto, é relevante citar, também, o Protocolo de San Salvador, ratificado pelo Brasil em 21 de agosto de 1996. Em seu artigo 3º, também dispõe sobre a obrigação da não-discriminação nas relações de trabalho, sendo, portanto, mais um instrumento de proteção internacional na proteção dos direitos sociais. Carvalho assim sustenta (2013, p. 37-55):

Conforme se pode observar, a evolução e categorização das normas internacionais que proíbem a discriminação originalmente possuíam sua proteção a partir da noção geral do princípio da igualdade. Com o tempo, as normas passaram a incluir os motivos de discriminação até chegar a indicar um rol exemplificativo de “categorias suspeitas” vulneráveis a discriminação. A concepção de categorias suspeitas advém da premissa de uma concepção de igualdade que respeite a singularidade de cada indivíduo.

1.1 - TRANSEXUALIDADE COMO CATEGÓRIA PRÓPRIA

Uma das categorias suspeitas vulneráveis à discriminação seriam os transgêneros, tendo em vista a sua condição específica e delicada de ser tratada na seara trabalhista. Sabe-se que em relação à discriminação contra a mulher no ambiente laboral existe uma grande evolução no quesito normativo, pois há inúmeras convenções internacionais que dispõem claramente sobre um dos pontos mais importantes nesta questão: a equiparação salarial entre homens e mulheres. Porém, em relação aos transgêneros, há uma grande lacuna normativa em relação ao tratamento que deve ser dado a esta categoria específica, especialmente no Brasil, devido à desinformação e confusão sobre a diferença entre orientação sexual e identidade de gênero.

Conforme Spizzirri, Pereira e Abdo (2013, p. 43) dispõem:

No campo das ciências da saúde, Robert Stoller, em 1968 no livro “Sex and Gender”, introduziu a palavra gênero para diferenciar do termo sexo, que estava tão somente associado às condições biológicas. Esse livro trata de intervenções cirúrgicas em pessoas intersexuais e transgêneros, para adaptar a anatomia genital ao gênero desejado. Para Stoller, o sentimento de ser mulher ou homem era mais importante do que as características anatômicas.

Sexo, então, refere-se aos aspectos biológicos e de reprodução, ao contrário de identidade de gênero que é como a pessoa se identifica, uma categoria de identidade na sociedade, referindo-se à identificação do indivíduo como homem ou mulher, independentemente dos aspectos biológicos e de reprodução. Spizzirri, Pereira e Abdo (2013, p. 44) asseveram:

Transgênero refere-se ao amplo espectro de indivíduos que transitoriamente ou persistentemente não se identificam com o seu sexo de nascimento. Transexual é quem não se identifica com o seu sexo de nascimento e que procura adequar, ou passou por uma adequação para o gênero desejado, o que em vários, mas não em todos os casos, envolve uma transição somática por tratamento hormonal e cirurgia genital (cirurgia de redesignação sexual)

É necessário e importante fazer tais pontuações para que o tratamento às peculiaridades de cada pessoa seja feita de forma cuidadosa, para que o entendimento e o conhecimento prevaleçam em face da ignorância de muitas pessoas que levam a atos discriminatórios, seja no âmbito laboral, seja no âmbito social. É relevante, portanto, diferenciar o sexo do gênero, e, nas palavras de Butler (2015, p. 163):

Mas o sexo não causa o gênero; e o gênero não pode ser entendido como expressão ou reflexão do sexo; aliás, para Beauvoir, o sexo é imutavelmente um fato, mas o gênero é adquirido, e, ao passo que o sexo não pode ser mudado – ou assim pensava ela –, o gênero é a construção variável do sexo, uma miríade de possibilidades abertas de significados culturais ocasionados pelo corpo sexuado.

No contexto da discriminação em face da orientação sexual ou em razão do gênero, vale ressaltar que, até 1977, a Organização Mundial de Saúde incluía o “homossexualismo” na classificação internacional de doenças (CID) como um tipo de doença ou transtorno. Entretanto, no dia 17 de maio de 1990, a OMS retirou a homossexualidade de tal lista, percebendo que a orientação sexual não seria um problema de saúde, mas sim uma condição do indivíduo em relação à sua

sexualidade. Assim, eliminou também a utilização do sufixo 'ismo', desvinculando a orientação sexual da ideia de enfermidade. No Brasil, conforme informado pelo Conselho Federal de Psicologia:

No Brasil, em 1984, a Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP) posicionou-se contra a discriminação e considerou a homossexualidade como algo não prejudicial à sociedade. Em 1985, a ABP foi seguida pelo Conselho Federal de Psicologia, que deixou de considerar a homossexualidade um desvio sexual e, em 1999, estabeleceu regras para a atuação dos psicólogos em relação às questões de orientação sexual, declarando que "a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão" e que os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e/ou cura da homossexualidade. (2013, *online*)

Foi publicada uma resolução pelo Conselho Federal de Psicologia, a nº 001/99, que apenas reiterava as posições que já estavam sendo adotadas na maioria dos países em retirar a homossexualidade da lista de enfermidades.

Mas, em relação à transgeneridade, ainda consta na Organização Mundial de Saúde que esta seria uma espécie de transtorno mental, classificada como CID 10 F.64. No Brasil, indo ao encontro de tal classificação, foi emitida pelo Conselho Federal de Medicina a resolução de número 1.955/2010, que dispôs sobre a cirurgia de transgenitalismo, preceituando que o paciente transexual é portador de um desvio psicológico permanente de identidade sexual. Observa-se que ainda há uma grande estigmatização em relação aos transgêneros, pois eles ainda se encontram na lista de transtornos mentais pela Organização Mundial de Saúde, o que acaba gerando, muitas vezes, discriminações em tornos destes.

É notória a amplitude do debate em relação a tais pontos já suscitados, devendo o Direito se ater aos aspectos sociais e conhecê-los para que se adequem às peculiaridades que venham a surgir. Assim, as leis e a Constituição estarão sempre em conformidade com a sociedade, ou nos dizeres de Lassalle, "Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes." (2012, p. 18).

1.2 – A EXCLUSÃO SOCIAL DOS TRANSGÊNEROS

Antes de adentrar na questão da discriminação dos transgêneros na seara trabalhista, é necessário contextualizar a situação destes de exclusão social. A maioria encontra inúmeras dificuldades desde o período escolar, na qual muitos colégios não dão o tratamento adequado nem a segurança necessária relacionada à

integridade física e emocional. Isso os leva a se inserirem no mercado informal de trabalho ou, muitas vezes, adentrar-se na prostituição para o próprio sustento.

A discriminação no trabalho não é fruto apenas de atos esporádicos ou individuais de um empregador, mas também resulta de práticas arraigadas nas instituições, que acabam operando dentro e fora do mercado de trabalho, reproduzindo e reforçando, muitas vezes, de forma sutil e implícita, a discriminação.

É importante, então, que haja uma tutela protetiva a essa categoria específica, em razão da discriminação que sofrem referente à sua situação. Muitos fazem cirurgias de redesignação de sexo no período que estão empregados, e, quando retornam, são demitidos com uma justificativa desarrazoada.

1.3 - O DIÁLOGO ENTRE FONTES NORMATIVAS FRENTE AOS ASPECTOS DISCRIMINATÓRIOS LACUNOSOS

Há inúmeras lacunas normativas em relação ao tratamento de certas categorias específicas. Segundo o artigo 8 da Consolidação das Leis do Trabalho, tal vazio poderia ser solucionado através da jurisprudência, analogia, equidade e outros princípios e normas gerais de direito. Entretanto, como já explanado, o Brasil ainda se encontra em fase “embrionária” de discussão a respeito do tratamento e dos direitos dos transgêneros, especialmente na seara trabalhista, ao contrário de vários países da Europa que já enfrentam tal discussão há algum tempo.

Neste contexto, vale lembrar que muitos dos órgãos jurisdicionais que já enfrentam tal questão podem ser utilizados como reforço argumentativo, “juridificando” o cenário global. Conforme Correia (2016, p. 195) assevera:

O papel do Judiciário pode ser analisado de duas perspectivas: (i) uma análise descritiva da proliferação de estruturas que desempenham funções jurisdicionais; (ii) maior interação entre as estruturas nacionais e internacionais. Esses dois pontos estão inseridos na “juridificação” mundial e modificam como o Judiciário nacional decide e analisa as questões jurídicas. Esses dois eventos dão origem à possibilidade de conflitos entre as decisões dos tribunais, mas também possibilitam a interação, a comunicação e a acomodação entre as decisões judiciais.

Percebe-se que a discriminação no mercado de trabalho em relação aos transgêneros é algo afeto a diferentes países, e, dependendo das decisões judiciais em cada local, estas poderiam ser utilizadas como meio de informação e interação argumentativa para tentar suprir de forma parcial as lacunas normativas referentes ao tratamento de tal questão. Incide, portanto, a chamada teoria do diálogo das

fontes, preconizada pelo jurista Erik Jayme, que defende a integração do pluralismo normativo para a resolução de problemas que sejam comuns a determinada área ou determinado país. Partilha desse entendimento Claudia Lima (apud JAYME, Erik, 1995, II, p. 36 e ss.), que dispõe:

Para [Erik] Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos ('Zersplietierung'), manifesta-se no pluralismo de sujeito a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o 'double coding', e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos 'espaços de excelência.

A teoria do diálogo das fontes pode ser aplicada a qualquer área do direito em que haja a possibilidade de integração das fontes normativas devido à globalização mundial que preza, cada vez mais, pela resolução de conflitos comuns aos países, sendo caracterizado, assim, como uma litigância transnacional.

2. - O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS REGIONAIS E SUPERIORES DO TRABALHO E DOS TRIBUNAIS EUROPEUS

No Brasil, os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho já vêm enfrentando discussões a respeito da discriminação de pessoas que assumem sua transexualidade, e, por tal razão, são afastadas do trabalho ou mantidas em ociosidade dada à sua condição, configurando uma violação ao princípio da igualdade. Conforme decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região:

DANO MORAL. TRABALHADOR QUE ASSUME SUA TRANSEXUALIDADE. DISCRIMINAÇÃO VELADA. TRABALHADOR MANTIDO EM OCIOSIDADE. ASSÉDIO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A discriminação é a negação do princípio da igualdade, eis que discriminar é fazer distinção. Em matéria trabalhista, discriminação, segundo a Convenção 111 da OIT, é toda distinção, exclusão ou preferência que tenha por fim alterar a igualdade de oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão. Em nosso ordenamento jurídico a proibição da discriminação tem base constitucional, eis que, em seu art. 3º, foi estabelecido como um dos

objetivos da República Federativa do Brasil, "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", e, em seu art. 5º, foi assegurado que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...". E, para o caso específico da discriminação no ambiente de trabalho aplica-se também o disposto no art. 1º da Lei 9.029/95. Ocorre que a discriminação do trabalhador é externada muitas vezes através de comportamentos que se configuram como assédio moral. No presente caso, a prova oral demonstrou que o trabalhador, após assumir sua transexualidade, foi afastado do trabalho pelo seu superior hierárquico, sem que houvesse justificativa convincente para isso, eis que a própria testemunha patronal admitiu que no setor de ambulâncias não faltava serviços e que existem uma ou duas ambulâncias reservas. Ora, o fato do empregador deixar o empregado na ociosidade, sem qualquer função, marginalizando-o no ambiente de trabalho, constitui inequivocamente assédio moral. E, na hipótese, o assédio moral é decorrente da discriminação de que o autor foi vítima, discriminação essa que sequer foi declarada, mas, sim, velada, que é aquela que é mais difícil de ser comprovada, porque não se caracteriza por comportamento visível a todos. Neste contexto, a conduta do superior hierárquico violou o princípio da dignidade como pessoa humana, adotado como fundamento de nossa república (art. 1º, III e IV, da CF), sendo devida ao obreiro a reparação civil pelo dano moral sofrido mediante a condenação do reclamado ao pagamento de indenização. Recurso ordinário provido.

(TRT-15 - RECORD: 36151 SP 036151/2010, Relator: LORIVAL FERREIRA DOS SANTOS, Data de Publicação: 02/07/2010)

Outra decisão do mesmo Tribunal Regional do Trabalho também descreve atitudes discriminatórias por parte do empregador em relação àquele (a) que assumiu sua nova identidade de gênero vale ser citada:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - ATO ILÍCITO - RESTRIÇÃO PATRONAL AO DIREITO DE LIVRE EXPRESSÃO DA CONDIÇÃO DE TRANSGÊNERO NO AMBIENTE DE TRABALHO - DANO MORAL - Configura ilícito patronal e dispensa discriminatória a tentativa de limitar a nova condição de pessoa transgênero assumida pelo empregado. O respeito à dignidade da pessoa contempla, dentre outros, o direito subjetivo do indivíduo de estabelecer relações sociais com outros seres humanos, tanto fora como no ambiente de trabalho, especialmente se levarmos em conta que é no desempenho da atividade profissional que toda pessoa, em maior ou menor extensão, tem a oportunidade de se socializar e firmar a sua nova condição de transgênero. Mesmo em escola confessional, o respeito à dignidade do transgênero é indeclinável. Desvio de comportamento patronal enseja dano moral indenizável. Recurso da reclamada desprovido.

(TRT-15 - RO: 00122664920155150002 0012266-49.2015.5.15.0002, Relator: EDISON DOS SANTOS PELEGRINI, 10ª Câmara, Data de Publicação: 17/03/2017)

Percebe-se que a maior incidência da discriminação em relação aos transexuais pauta-se na configuração do assédio moral. Cavallieri (2012, p. 93) aponta tal configuração de assédio como uma violação à dignidade da pessoa humana, sendo este o resultado de uma conduta vexatória que interfere no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe sofrimento em relação ao seu bem-estar. Na seara trabalhista, isso causa a exclusão da posição do empregado no emprego ou deteriora o ambiente de trabalho durante o exercício de suas funções.

Dentro deste contexto, é interessante suscitar uma questão a respeito da súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, que dispõe que a despedida de empregado portador de vírus HIV ou de doenças que suscitem estigma ou preconceito é considerada inválida, devendo o juízo trabalhista reconhecer a nulidade de tal demissão, promovendo, conjuntamente, a reintegração do obreiro ao cargo que ocupava anteriormente. Neste caso, seria ônus do empregador em comprovar que tal demissão não foi em conta de discriminação. Através de uma interpretação extensiva, poderia ser estendida a qualquer caso referente à discriminação, seja em razão da orientação sexual, seja em razão do gênero, ou outros aspectos, tendo em vista a vulnerabilidade e hipossuficiência do empregado.

Mostra-se, assim, que algumas lacunas normativas poderiam ser supridas através da interpretação extensiva, mas ainda necessitariam de um debate mais profundo a respeito do cabimento ou não, dependendo do caso concreto analisado. Além disso, ainda há várias questões referentes à discriminação contra os transgêneros que permanecem com um vazio normativo na seara trabalhista.

Na Europa, há algum tempo vem ocorrendo debates a respeito dos direitos de pessoas que fizeram a cirurgia de redesignação sexual, alterando sua identidade de gênero, e, portanto, mudando o tratamento jurídico referente a alguns aspectos trabalhistas e previdenciários. É essencial citar o Caso P. contra S., um caso emblemático ocorrido na Inglaterra, em 1996, relacionado ao enfrentamento jurídico da transexualidade no ambiente laboral pelo Tribunal de Justiça Europeu. O caso refere-se a situação em que P. trabalhava num estabelecimento de ensino, e um ano após sua contratação, informou sua intenção de submeter-se a um processo de mudança de sexo ao diretor encarregado da gestão do estabelecimento.

Iniciou-se, então, uma fase chamada *life test*, um período em que P. iria se vestir e comportar-se como mulher, e que posteriormente foi seguida de

intervenções cirúrgicas destinadas a dar a P. os atributos físicos de uma mulher. Depois de alguns meses, P. recebeu um pré-aviso de demissão e acabou ajuizando uma ação contra S. e o Cornwall County Council, afirmando que havia sido vítima de uma discriminação em razão do sexo. Entretanto, S. sustentou que a sua demissão havia sido devido a excesso de empregados. Neste caso, a legislação referente a tal discriminação seria a *Sex Discrimination Act*, de 1975 e as diretivas comunitárias, mas no direito inglês não havia nada especificado sobre a discriminação em relação ao transexual.

Tal questionamento, então, foi levado ao Tribunal de Justiça da União Europeia. O objetivo era saber para saber se a diretiva comunitária do Conselho da União Europeia, que na época era a *Directiva 76/207/CEE*, de 09-02-76, relacionada à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, era mais ampla que a legislação nacional. Foi questionado se a tutela antidiscriminatória em matéria de gênero abrangia as peculiaridades da transexualidade, tendo o Tribunal compreendido que o âmbito de aplicação da diretiva não poderia ficar restrito às discriminações da pertença a um ou a outro sexo, mas também em discriminações relativas às mudanças de sexo, como no caso em questão.

Posteriormente, tal *directiva* foi alterada pela de 2002/73/C do Parlamento Europeu e do Conselho, em 2002, e em 15 de agosto de 2009, foi revogada pela *Directiva 2006/54/CE*. Em seu artigo 3º dispõe sobre o âmbito de aplicação do princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres referente também à discriminação em razão da mudança de gênero de uma pessoa.

Percebe-se, neste caso, que houve uma alteração legislativa para que tal *directiva* abordasse também a questão referente aos transgêneros, tendo em vista que o ato legislativo anterior, a *directiva 76/207/CEE*, limitava-se a questão da discriminação apenas em relação ao pertencimento de uma pessoa a um sexo ou a outro.

3. - DESAFIOS FRENTE À TEMÁTICA DISCRIMINATÓRIA NA REALIDADE BRASILEIRA

Analisando tal discussão, percebe-se que esta é bastante comum na maioria dos países que ainda estão preenchendo lacunas normativas referentes ao

tratamento jurídico que deve ser dados aos transgêneros, sendo considerado, portanto, um caso de litigância transnacional. As decisões que vêm ocorrendo globalmente podem ser utilizadas e influenciar, muitas vezes, como argumento referente à fundamentação dos juízes. Segundo Helfer e Voeten (2014, p. 5) afirmam:

Nevertheless, we argue that there are three mechanisms by which judgments can influence compliance constituencies in states not a party to IC proceedings — the threat of future litigation, the persuasive authority of judicial reasoning, and the agenda-setting effect of IC decisions. As we detail later, a number of domestic and international conditions make it more or less likely that these mechanisms, either individually or in combination, have sufficient force to overcome domestic opposition to IC-inspired policy reforms.

Sendo assim, é evidente que as decisões judiciais de outros países podem influenciar como um elemento construtor da *ratio decidendi* de casos similares que possam ocorrer em litigâncias similares em cada país. Neste caso, haveria um diálogo, um transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais, tendo em vista que a temática da discriminação encontra respaldo na Constituição que veda a discriminação negativa e desarrazoada. Como Neves (2013, p. 171) bem pontua:

Ao contrário, a polinização cruzada e o diálogo entre jurisdições estão ocorrendo crescentemente. Juízes, em toda parte do mundo, procuram mutuamente autoridade persuasiva, em vez de alguns serem 'doadores' e outros 'receptores' de direito. Recepção transformou em diálogo. Isso significa, em outras palavras, a capacidade das respectivas cortes de atuar reflexivamente tanto no sentido da manutenção da autoconsistência constitucional quanto na perspectiva da abertura a um aprendizado com as experiências das outras cortes.

Isso vem ocorrendo no Brasil, especialmente, no Supremo Tribunal Federal, mas nada impede que outros Tribunais Superiores, como o Tribunal Superior do Trabalho, possa também enquadrar-se num diálogo de decisões que foram aplicadas no âmbito estrangeiro, e que, dependendo do caso referente, poderia ser aplicado aqui como viés argumentativo, mas sempre tendo que ocorrer uma análise das particularidades do ordenamento jurídico. Helfer e Voeten (2014, p. 6) afirmam que: “For example, ECtHR judgments on LGBT rights have been favorably cited by courts as far away as Hong Kong, India, South Africa, and the United States”.

Nota-se que os julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos estão sendo constantemente citados por cortes em outros países para fundamentar decisões, ou preencher certas lacunas normativas no momento da argumentação jurídica. Isso demonstra que há a possibilidade de um transconstitucionalismo na seara trabalhista, especialmente em relação à discriminação em razão do gênero, uma vez que envolve o princípio da igualdade, englobando também o da não-discriminação.

Portanto, percebe-se que a discriminação em relação aos transgêneros é um tema com debates e decisões judiciais em outros países, que poderiam ser utilizados frente à realidade brasileira com o intuito de preencher a lacuna normativa que deve ser suprida através de discussões sociais, legislativas e jurisprudenciais. Assim, os transgêneros como categoria própria, podem ter um tratamento jurídico na seara trabalhista que assegure seus direitos, fundamentando-se sempre no princípio da não-discriminação e da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto depreende-se que é possível a aplicação de decisões internacionais no tratamento jurídico dos transgêneros na seara trabalhista, seja como uma orientação ao juiz, seja como uma ferramenta argumentativa, sempre analisando a realidade do caso concreto analisado. Os transgêneros, especialmente os transexuais, por serem ainda uma categoria própria, ainda não possuem um tratamento voltado a estes no Direito do Trabalho, assim como tutelas mais efetivas contra a discriminação que estes possam vir a sofrer no ambiente de trabalho.

Através do transconstitucionalismo aplicado ao Direito do Trabalho, percebeu-se que há a possibilidade de decisões de juízes de outros países serem utilizadas para que preencham lacunas normativas ou ajudem na interpretação de casos concretos considerados recentes no Brasil, percebendo-se, assim, que o diálogo das cortes, ou, melhor dizendo, dos tribunais, seria um dos mecanismos que poderia ajudar a suprir tais lacunas e acrescentar nas tutelas antidiscriminatórias.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Felipe dos Reis. **Manual de Formatação de Monografia Jurídica**. 2. Ed. Fortaleza: Book, 2012.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho (15. Região). Recurso Ordinário nº: 00122664920155150002 0012266-49.2015.5.15.0002, da 10ª Câmara Cível do Tribunal Regional do Trabalho do Estado de São Paulo. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/440391414/recurso-ordinario-trabalhista-ro-122664920155150002-0012266-4920155150002/inteiro-teor-440391422?ref=juris-tabs>>. Data de acesso: 27 abril. 2017.

BUTLER, Judith B. **Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade**. 8 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CARVALHO, Paulo Rogério Marques de (Org.); ROCHA, Maria Vital da (Org.). **25 anos da Constituição de 1988: os Direitos Fundamentais em perspectiva**. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2013, p. 37-55.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Nota do Conselho Nacional LGBT sobre o projeto de decreto legislativo 234/2011 (que busca sustar a aplicação da resolução 1/99 do Conselho Federal de Psicologia)**. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/nota-do-conselho-nacional-lgbt/>>. Data de acesso: 25 abril. 2017.

CORREIA, José Evandro. **Os novos desafios à teoria jurídica com origem na reconfiguração e no redimensionamento do direito internacional**. 2015. 270 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 1995.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. 12 ed: Rio de Janeiro: Gral, 1996.

GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da constituição**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

LAURENCE, Helfer; VOLTEN, Erik; **International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1902.1/19324>>. Data de acesso: 28 abril. 2017.

LIMA, Firmimo Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.

MARQUES, Claudia; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 3ª Ed. São Paulo: WMF, Martins Fontes, 2009.

SPIZZIRRI, Giancarlo L; PEREIRA, Carla Maria; ABDO, Carmita; **O termo gênero e suas contextualizações**. Disponível em: <<http://files.bvs.br/upload/S/1413-9979/2014/v19n1/a3969.pdf>>. Data de acesso: 27 abril. 2017.

STOLLER, Robert. **A experiência transexual**. Rio de Janeiro: Imago, 1962.

STOLLER, Robert. **Sex and gender**. Vol1. New York, ScienceHouse, 1969.