

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Curso de Graduação em Direito

Hugo Sousa da Fonseca

**TRANSFOBIA NO AMBIENTE LABORAL: uma análise de discursos judiciais
veiculados em conflitos pelo direito à identidade de gênero mediados pela justiça do
trabalho**

Brasília – DF

2016

Hugo Sousa da Fonseca

**TRANSFOBIA NO AMBIENTE LABORAL: uma análise de discursos judiciais
veiculados em conflitos pelo direito à identidade de gênero mediados pela justiça do
trabalho**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade de Brasília como
requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Noêmia Aparecida Garcia Porto

Brasília

2016

Hugo Sousa da Fonseca

TRANSFOBIA NO AMBIENTE LABORAL: uma análise de discursos judiciais veiculados em conflitos pelo direito à identidade de gênero mediados pela justiça do trabalho

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Noêmia Aparecida Garcia Porto

O candidato foi considerado _____ pela banca examinadora.

Professora Doutora Noêmia Aparecida Garcia Porto (Orientadora)

Professora Doutora Gabriela Neves Delgado (Membro)

Professor Doutor Evandro Charles Piza Duarte (Membro)

Mestre Rodrigo Leonardo de Melo Santos (Membro Suplente)

Brasília, 07 de dezembro de 2016

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto da minha vivência como homossexual e da militância política em torno da causa LGBT. Nesse sentido, o dedico e, primordialmente agradeço, às bichas, às sapas, às travas, trans e bis, às manas e monas que me antecederam; que, em diversas ocasiões, perderam a vida na luta por serem quem são; que romperam com a lógica de que não somos dignas de ocupar o status de seres humanos e cidadãs e prepararam o terreno para que hoje este trabalho seja viável.

Agradeço também à professora Noêmia Porto, pelo cuidado com que orientou este trabalho, trazendo provocações fundamentais ao produto final e, principalmente, topando desconstruir as bases binárias e heteronormativas sob as quais é construída hoje a educação jurídica.

À Lorena Ribeiro pela revisão do abstract e à Richele pela finalização cuidados da formatação deste trabalho.

Agradeço aos meus pais, por batalharem duro, em múltiplas jornadas, para que eu pudesse concretizar meus sonhos, sendo um deles este curso de graduação na longínqua e cara Brasília. Especialmente à minha mãe, Rosânia Aparecida de Sousa Fonseca, aquela que tem 50 anos de idade e 25 de sala de aula, agradeço por fazer do nosso convívio uma experiência eternamente pedagógica: de troca, de amor, de cuidado e luta. Ao meu pai, Paulo Cézar da Fonseca, compreensão, pelas palavras que acolhem e também por me permitir sonhar com uma cultura jurídica a serviço da transformação social e da emancipação humana.

À minha irmã Paula e meu irmão Bruno por serem o meu exemplo de convívio com o outro, pelo respeito, aceitação e cumplicidade eternas. Pelo orgulho à minha origem, agradeço àqueles que lutaram para vencer as agudezas da vida no campo e na cidade, que trabalharam para que nós, seus filhos e netos, alçássemos voos maiores, que são: vovó Lurdes, vovô Divino, vovó Conceição e, finalmente, o vovô Álvaro, cuja memória me prova que a vida só faz sentido se vivida com alegria. Aos primos e primas, tios e tias, madrinha e dindinha, por vibrarem meus sucessos como se fossem seus, por não medirem esforços em contribuir com todo meu processo formativo e por não fugirem a uma nota sequer nas canções que animam a nossa vida coletiva.

Finalmente, agradeço aos amigos e amigas que conquistei e a que consolidei em Brasília, pois foram suporte familiar, companheiras de descobertas e reflexões nesta importante etapa da vida que é a graduação. Sem vocês tudo teria sido bem mais difícil, por isso, caminharão comigo no coração e na memória: gratidão!

Esse direito, já sufocado pela potência do capitalismo e tão pouco debatido e repensado, é de extrema importância para se constituir uma Democracia por-vir, ou melhor, uma Transdemocracia. Porque, é nesses territórios físicos de sociabilidade que multidões se encontram, que os diversos corpos marginais se tocam e as interferências e criações acontecem. Portanto, pergunto-lhes: Quem pode, hoje, habitar a cidade? Quem pode, hoje, adentrar seus recintos, manter relações, e alcançar suas instituições? Quem pode, hoje, ocupar e repensar seus espaços de Poder-Saber?

(...)

Portanto, a Democracia que queremos não é aquela que se estende até a margem, até as esquinas para assimilar esses sentidos e essas palavras. Pelo contrário, um projeto de Democracia real deve ser aquele que é engolido pela margem e pelas esquinas, deixando que as linguagens libertas possam servir de texto para uma nova organização sócio-cultural. Uma Transdemocracia é aquela que nos dará palco para realizarmos uma política corporal e do impossível.

(...)

Está na hora de vocês entenderem que pessoas trans existem e que elas possuem narrativas próprias. Nós somos um levante de homens embocetados e de mulheres penianas que reivindicam autonomia e transformação. É pelos nossos territórios corporais não serem dignos de existência no espaço-cidade que novas epistemologias e imaginários sociais devem vir à tona, a fim de que possamos, enfim, permanecer. E, isso só vai acontecer quando estivermos construindo nossos próprios pensamentos, fundando nossa própria semântica, e ocupando espaços de legitimação de novos saberes para, então, disputar, com gana, um novo conceito de mundo. Que caia o mito social que nos extermina. Que vigore uma Transdemocracia.”

Carta de uma futura jurista para estudantes de direito¹ de autoria de Maria Léó Araruna, travesti, estudante de Direito na Universidade de Brasília e militante da Coletiva LGBT e Projeto de Extensão “Corpolítica”

¹ Disponível no link: <http://www.revistaforum.com.br/osentendidos/2016/10/04/carta-de-uma-travesti-futura-jurista-para-estudantes-de-direito/> acesso em 01.12.2016

RESUMO

O presente trabalho busca compreender como a justiça do trabalho lida com demandas relativas ao exercício do direito à identidade de gênero. O objetivo é, por meio da aposta metodológica da análise qualitativa de discurso, verificar que discursos sobre a vivência transexual são produzidos, as violações mais recorrentes nos ajuizamentos encontrados, bem como que argumentos jurídicos, sobretudo constitucionais, são reivindicados para o enquadramento das alegadas ações discriminatórias. A pesquisa ancora-se em estudo de caso de processo que tramitou perante o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Nesta etapa fizeram parte da análise as peças judiciais das partes reclamante e reclamada, as atas de audiência, a decisão de primeira instância, os recursos interpostos pelas partes, bem como o acórdão proferido pela segunda instância. As análises de outros acórdãos, também veiculados em segunda instância, proferidos pelos TRTs de Minas Gerais, Rio de Janeiro, Goiás, São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná e Goiás foram utilizadas como complementação, comparação e ilustração dos elementos capturados da reflexão acerca das temáticas encontradas no processo principal. A partir deste estudo foi possível notar que, em que pese algumas exceções, os processos judiciais sobre transfobia no ambiente de trabalho dão grande ênfase à disputa em torno da verdade sobre o gênero, ou seja, procuram delimitar o que é a vivência transexual através de critérios arbitrários, independentemente da autoafirmação das demandantes. Observou-se também que as normas produzidas pela medicina e a própria linguagem patologizante são parte destes critérios reivindicados, sendo que nessas ocasiões as possibilidades de compreensão da transexualidade e da própria transfobia se mostraram como elementos que restringiram o acesso a direitos, como à reparação pelos danos morais em razão da discriminação. Notou-se também que o uso do banheiro conforme a autodeterminação de gênero, bem como o direito ao uso do nome social são demandas recorrentes na larga maioria dos processos analisados. Nesse sentido, defendeu-se que os tribunais desempenham importante papel à efetivação de direitos fundamentais das pessoas transexuais no mercado de trabalho, haja vista a inexistência de qualquer lei no ordenamento jurídico pátrio que reconheça alguns direitos sociais e civis básicos a este grupo social.

Palavras-chave: Gênero. Transexualidade. Transfobia. Mercado de trabalho. Discursos judiciais.

ABSTRACT

The purpose of this work is to comprehend how labor justice deals with demands related to the exercise of the right to gender identity. Using the methodological focus of qualitative discourse analysis, the objective is to verify which discourses on the transsexual experience are produced, in a way to discover the most recurrent violations in the appeals found, as well as to problematize what juridical arguments, especially constitutional ones, are claimed for the solution of the conflicts. The research is anchored in a study case from 12th Regional Labor Court. At that stage, the parties' documents, the audience records, the first-instance decision, the actions brought by the parties and the judgment of the lower court were analyzed. The analyzes of other judgments also sent in second instance, by TRTs from Minas Gerais, Rio de Janeiro, Goiás, São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná and Goiás were used as a complementation and illustration for captured elements of reflection about the main judicial process analyzed. Concluding this study, was possible to note that, with some exceptions, in the judicial processes on transphobia in the workplace there is a great emphasis in the dispute about the truth about the gender; which means that they try to delimit what is the transsexual experience through arbitrary criteria, irrespective of the applicants' self-assertion. It was also observed that norms produced by medicine and the pathologizing language itself are part of these criteria, and in these becomes on the possibilities for understanding transsexuality and transphobia itself have been shown to restrict access to rights - for example reparation for moral damage caused by discrimination. It was also clear that the use of the bathroom according to gender self-determination and the right to use the social name are recurring demands in the majority of the analyzed processes. In this sense, it was argued that the courts play an important role in the realization of transgender people's fundamental rights in the labor market, given the absence of any law in the country's legal system that recognizes some basic, social and civil rights to this social group.

Keywords: Gender. Transsexuality. Transphobia. Job market. Judicial speeches.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - UM ESTUDO DE CASO SOBRE A QUESTÃO DA TRANSEXUALIDADE NA JUSTIÇA DO TRABALHO	12
1.1 O ajuizamento da ação, os elementos da defesa os atos em audiência	12
1.2 A sentença e o recurso: a verdade do gênero em disputa	21
1.3 Que bens jurídicos estão em jogo?	28
CAPÍTULO 2 - SOBRE O DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO	38
2.1 A patologização como ferramenta de negação do reconhecimento da identidade de gênero.....	42
2.2 Transexualidade e mercado formal de trabalho: exclusão e precarização	44
2.3 O direito da antidiscriminação como aposta pelo reconhecimento e a redistribuição no sistema jurídico	51
CAPÍTULO 3 - PRENOMES E BANHEIROS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DOS TRIBUNAIS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS PESSOAS DE GÊNERO TRANS	56
3.1 “Ei, você está no banheiro correto?”: sobre vigilância e dignidade	56
3.2 O nome civil, a “gambiarra legal” e a personalidade	64
3.3 O papel contramajoritário do exercício da jurisdição	71
CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	78

INTRODUÇÃO

Este trabalho, ao passo que encerra um curso de graduação, representa também um grito discente, na medida em que o comprometimento com a causa que se estuda parte, inevitavelmente, de uma vivência material. Se outrora a heterossexualidade compulsória impôs o silêncio, por ora, refletir sobre o papel do direito na dinâmica das violências envolvendo a sexualidade, o gênero e a constituição dos corpos na ordem do poder político foi uma escolha parcial.

E parcial não apenas pela crença na política, no engajamento e na ética como instrumento da transformação social, mas porque, conforme Donna Haraway (1995), apenas a perspectiva parcial domina a visão objetiva na ciência. Isso porque, segundo a própria autora, *a objetividade revela-se como algo que diz respeito à corporificação específica e particular e não, definitivamente, como algo a respeito da falsa visão que promete transcendência de todos os limites e responsabilidades.* (HARAWAY, 1995, p. 21). Ou seja, objetividade nada tem a ver com imparcialidade, ou neutralidade, mas com a delimitação da localização observada, com o comprometimento em se explorar um saber localizado.

A partir destes pressupostos, então, foi se solidificando a escolha da temática abordada neste trabalho. Inicialmente, reconheceu-se a necessidade de se compreender a dimensão da LGBTfobia como elemento de estruturador de vivências sociais e, sobretudo, da transfobia como sistema de dominação pouco visibilizado, que deve também se inserir na lógica do mercado de trabalho. Por outro lado, entendeu-se como fundamental refletir sobre o papel da justiça do trabalho neste contexto.

Assim, o propósito deste trabalho é analisar os discursos sobre transexualidade, gênero e sobre as próprias demandas das pessoas transexuais proferidos em processos judiciais em trâmite naquela justiça especializada. A escolha pela análise crítica das decisões judiciais fundamenta-se em duas perspectivas.

A primeira delas é que, conforme se demonstrará, a tomada dos corpos como objeto da ciência é elemento produtor de violências, de modo que procurou-se afastar de fazer deste trabalho uma forma de se definir e universalizar experiências. Nesse sentido, a escolha foi, então, ao invés de se objetificar a realidade das pessoas transexuais, confrontar o poder: o Estado pelo direito e o direito por meio das decisões judiciais.

A segunda perspectiva é que, conforme alude Alberto Vespaziani (2015), a relação entre linguagem e poder, na perspectiva do direito, focaliza-se no próprio poder, em que o

direito é a linguagem do poder. Assim, o estudo da linguagem deve ser entendido não como, por exemplo, refinamento de habilidades oratórias, mas como observação de um instrumento que o direito coloca a serviço do poder, haja vista que *a análise literária dos textos jurídicos mostra como, dentro dos conceitos jurídicos, as categorias doutrinárias, as ficções e as metáforas recolocam princípios e valores que são o fruto do movimento histórico.* (VESPAZIANI, 2015, p. 82).

Daí a opção pela análise de discurso, que trabalha *refletindo sobre a maneira como a linguagem está materializada na ideologia e como a ideologia se manifesta na língua* (ORLANDI, 2009, p. 16).

O encontro com as decisões judiciais analisadas se deu pela pesquisa de jurisprudência on-line disponível nos sites dos tribunais, através das palavras-chave “transexuais”, “transexualidade” e “transfobia”. O primeiro tribunal pesquisado foi o Tribunal Superior do Trabalho, ocasião em que não se encontrou disponível no sistema de busca virtual, no momento da pesquisa, nenhum processo que tratasse da temática a partir das chaves utilizadas. Dado que já é relevante para o trabalho, pois denota que o tribunal responsável pela uniformização da jurisprudência trabalhista, nem sequer chegou a emitir algum posicionamento quanto ao direito à identidade de gênero no âmbito laboral a partir da utilização dos termos supra elencados.

Frise-se que, no TST, também se utilizou o termo “travesti” como busca, tendo sido disponibilizados vários acórdãos. No entanto, não foram encontrados processos em que as travestis eram sujeitas, pleiteando direitos e assim se identificando. Geralmente, os processos em que aparecia a expressão travesti referiam-se a pedido de indenização por abalo moral reivindicado por alguma parte que teria se sentido ofendida por ser “xingada” de travesti.

Assim, diante do insucesso, passou-se a investigar decisões nos sites dos Tribunais Regionais do Trabalho pátrios, a partir das mesmas palavras-chave: “transexuais”, “transexualidade” e “transfobia”, focando-se em acórdãos da 2ª Instância, ou seja, não foram pesquisadas decisões de 1ª instância. Neste ponto, foram encontrados 9 acórdãos, sendo dois do TRT da 15ª região (Campinas-SP) e os demais das regiões de: Rio de Janeiro, Minas Gerais, São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná, Goiás e Santa Catarina.

Nesse sentido, o que se observou inicialmente foi que o material encontrado tinha uma sobre-representação das regiões Sul e Sudeste, não havendo porque se concluir que a análise das decisões obtidas refletiria o entendimento de toda a justiça do trabalho no período analisado. Assim, optou-se pela análise de um só processo em seu inteiro teor, que tramitou

no Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina, de modo que os demais acórdãos foram utilizados para fins de comparação e complementação em relação ao processo principal analisado.

A escolha deste processo principal para balizar todo o trabalho se deveu ao fato de que, pela leitura prévia do acórdão que o encerrou, foram notados elementos que consistentemente demonstravam qual o entendimento dos julgadores a respeito da transexualidade, bem como dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Importante frisar que o trabalho adotou o cuidado ético de não divulgar o nome dos autores e atrizes sociais que compõem os processos judiciais. No caso dos juízes, advogados, psicólogos, dentre outros personagens relevantes nos contextos judicializados, a omissão de seus nomes se deu em respeito às suas atividades profissionais. Quanto às reclamantes, a não divulgação de seus nomes, para além de evitar uma exposição não consentida, preocupou-se com o fato de que os processos tratam as transexuais demandantes por seus nomes de registro civil, de modo que a divulgação representaria, além de tudo e, conforme se passará a demonstrar, violação aos seus direitos de personalidade e à identidade de gênero. Assim, o presente trabalho adotou a seguinte estruturação.

No capítulo 1, analisou-se o processo de nº 0000681-46.2014.5.12.0025, que tramitou perante o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Nesta oportunidade foram analisadas as peças judiciais da autora e de defesa da empresa ré, bem como os documentos e provas juntados, as atas de audiência, a decisão de primeira instância, o recurso interposto para a reforma da sentença, o acórdão do tribunal em segunda instância e, finalmente, o recurso ao Tribunal Superior do Trabalho, que, por não ter merecido conhecimento, foi arquivado sem apreciação da corte uniformizadora.

Teve-se acesso ao processo a partir do contato com a Vara de origem – Xanxerê-SC, que, após a identificação do autor deste trabalho como pesquisador-aluno do curso de direito da Universidade de Brasília, disponibilizou a íntegra do processo judicializado para a finalidade acadêmica.

Importante retomar, no contexto da metodologia utilizada neste capítulo 1, que os processos nos tribunais definem aquilo que ocorreu, confiando, para isso, em reconstruções narrativas da realidade, daí porque assume grande relevância à argumentação jurídica o modo como as partes contam o desenrolar dos acontecimentos nas peças processuais protocolizadas e também analisadas no capítulo em referência. (VESPAZIANI, 2015), já que o ato da

linguagem não é uma representação da realidade, mas uma interpretação construtora de significados (BENTO, 2006, p. 46).

No capítulo 2, passou-se a refletir sobre o direito à identidade de gênero, ocasião em que se apontou elementos da conjuntura de violência. Além disso, problematizou-se a partir do conceito de performatividade de Judith Butler, do dispositivo da sexualidade de Foucault, da dominação masculina de Pierre Bourdieu, o conceito de gênero adotado nas decisões judiciais investigadas. Neste capítulo, também se investigou, a partir dos elementos trazidos nos processos e de revisão bibliográfica, a realidade das pessoas transexuais no acesso ao mercado formal de trabalho. Finalmente, avaliou-se como o direito da antidiscriminação se posta diante da conjuntura de oposição do dilema da redistribuição e do reconhecimento proposta por Nancy Fraser. Neste contexto, foram trazidas à análise acórdãos de processos julgados pelos tribunais do Rio de Janeiro e de Minas Gerais.

Finalmente, no capítulo 3, investigaram-se as principais demandas concretas das pessoas transexuais nos processos analisados. Após, foram feitos apontamentos a respeito do papel dos tribunais na interpretação constitucional e efetivação dos direitos fundamentais das pessoas transexuais.

CAPÍTULO 1 - UM ESTUDO DE CASO SOBRE A QUESTÃO DA TRANSEXUALIDADE NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A ideia deste capítulo é proceder à análise dos discursos sobre transexualidade e transfobia presentes em decisão judicial e demais peças processuais no bojo do processo judicial RTOrd de nº 0000681-46.2014.5.12.0025, que tramitou perante o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. A ação trabalhista em análise foi protocolada na Vara do Trabalho de Xanxerê, Santa Catarina, em face da Cooperativa Central do Oeste, filiada à Aurora Alimentos.

A escolha desta ação se deu por uma análise prévia do acórdão em segunda instância que a julgou ao final, que pareceu trazer maiores elementos com relação a dimensão da compreensão da identidade de gênero e, bem como do princípio da igualdade e da vedação à discriminação no ambiente de trabalho.

Assim, inicialmente, registre-se que, na petição, a reclamante foi identificada por sua advogada como sendo *o Reclamante*, ou seja, pelo nome e sexo de registro civil, que divergem da sua identificação como mulher.

Trata-se de reclamação trabalhista em que a autora se identificou como mulher transexual: sua identidade e autoafirmação de gênero divergem do que lhe foi designado ao nascer. Nesse contexto, considera-se real identidade aquela que a pessoa se atribui como adequada, daí porque imperioso não divulgar o nome de registro civil da autora neste trabalho, já que esta é uma informação que desrespeita sua subjetividade. No entanto, é relevante a observação de que a autora não foi tratada por sua advogada, que é quem traduz sua demanda à linguagem do direito, da forma como se identifica, talvez porque este ato de registro é o meio pelo qual o Estado reconhece e identifica seus cidadãos, de modo que outras atividades que demandem a atenção do poder público, inclusive a jurisdicional, é regido por aquela forma de classificação das pessoas.

1.1 O ajuizamento da ação, os elementos da defesa os atos em audiência

O pleito principal da autora na reclamação trabalhista foi o de ser indenizada pela empresa por danos morais, já que alegou que, durante o processo seletivo para contratação, foi vítima de transfobia, que pode ser definida como conjunto de normas, comportamentos e

expectativas que promovem o preconceito e/ou discriminação em função da identidade de gênero de pessoas transexuais ou travestis (JESUS, 2012, p. 16).

Enfatiza-se que este termo não foi utilizado no decorrer do processo, nem mesmo pela parte que defende a autora, de todo modo é importante demarcá-lo, não apenas porque o caso analisado neste capítulo não é outro senão a discussão sobre a expressão desta forma de discriminação no ambiente laboral, mas principalmente porque deixar de nomear a violência que recai sobre as pessoas que estão fora da norma cis-heterossexual é processo que a torna invisível e obstaculiza a organização social e política em torno da causa: nomear é fazer existir (OLIVEIRA, 2014, p. 14).

Passando à análise da peça processual que instaurou o processo, a reclamação trabalhista, nota-se que a autora narrou que vinha passando, já à época da seleção na empresa, por um processo de transição de gênero, inclusive mediante tratamentos químicos, e que era reconhecida como mulher por seus amigos e familiares.

Objetivando sua contratação, realizou entrevista de emprego junto à sede da reclamada em janeiro de 2013 e, conforme afirmou, passou por todas as etapas como qualquer outro candidato: entregou currículos, realizou exame médico, tendo sido considerada apta para o trabalho.

No entanto, ao apresentar a documentação para a efetivação da contratação, foi informada pela psicóloga da empresa que não poderia ser contratada *em razão de seu sexo e porque não poderia fazer a troca de uniforme com as outras mulheres da empresa*, ação que considera discriminatória.

A autora, durante o processo seletivo, junto a outras 20 candidatas, conheceu o local de trabalho, inclusive fazendo troca de roupas junto àquelas mulheres – procedimento realizado diariamente pelas funcionárias – e apontou que não houve nenhum problema. Acrescentou que, na troca de roupas, as candidatas apenas colocaram um uniforme em cima de sua própria vestimenta, não tendo ficado sequer com as roupas íntimas na presença delas.

Diante disso, afirmou que o que impossibilitou sua contratação foi o preconceito da reclamada: *Se estava apto para a contratação, por que não pode ser contratado?* Nas demais falas, a autora delimitou a controvérsia posta à jurisdição do juiz do trabalho competente: *nos dias atuais, o debate sobre opção sexual resta superado, o que abalou de forma grave a moral do Reclamante, que restou indignado, humilhado com a situação.* Questionou: *Porque decidiu alterar seu sexo não pode ingressar no mercado de trabalho?*

Por sua vez, a empresa se manifestou por meio de contestação escrita e afirmou que não discriminou a autora. Com relação à fala da psicóloga, de que a autora não poderia ser contratada em razão do seu sexo, justificou que, pelo contrário, a própria trabalhadora não teria demonstrado interesse em prestar serviços no local.

A vaga almejada pela candidata era de auxiliar de produção no setor de cortes, trabalho de cujo procedimento fazia parte trocas de uniforme pelos funcionários, em vestiários divididos por gêneros, nos horários de entrada e saída de turno. Frente a isso, a empresa afirmou na contestação que a própria autora, em conversa com a psicóloga, teria dito que não se adaptaria às atividades do setor, pois se sentiria constrangida em realizar o procedimento de troca de uniforme em meio a uma movimentação excessiva de funcionários nos vestiários naquele horário.

Diante desta circunstância, a empresa, por meio de sua psicóloga, informou à autora que em um lapso temporal de aproximadamente 45 dias estaria disponível uma vaga de auxiliar de cozinha, no setor de refeitório, no qual não havia o mesmo procedimento de troca de uniforme em horário de grande circulação de pessoas e de onde, em breve, sairia uma funcionária em licença maternidade.

A linha argumentativa da empresa foi no sentido de que a própria autora teria convencido em aguardar a vaga no refeitório, tendo, na oportunidade, já realizado entrevista com a nutricionista responsável pelo setor.

Na contestação, a empresa ainda informou que a autora da ação, a despeito do suposto combinado de que aguardaria disponibilidade de vaga no refeitório, após alguns dias, lavrou um Termo Circunstanciado na Delegacia de Polícia de Fronteira de Aberlardo Luz em desfavor da empresa, em razão de discriminação no processo seletivo para contratação.

Em consequência deste procedimento criminal houve marcação de audiência, com a presença da psicóloga da empresa, no entanto a própria autora desistiu de continuar com o feito, que foi arquivado. Assim, o objetivo da ré ao narrar o ocorrido foi demonstrar que não houve tentativas de diálogo da parte autora, afirmando que ela nunca procurou alguém da empresa, de modo que a reclamada só soube das acusações de discriminação através do Termo circunstanciado criminal mencionado e pela notificação da reclamação trabalhista em análise.

Os argumentos da contestação procuram subverter a relação narrada na reclamação trabalhista ao transmitirem a ideia de que a própria trabalhadora não quis ali prestar serviços.

Assim, nota-se que a defesa procura afastar a responsabilidade da empresa e desconsidera que o que a trabalhadora questiona é a existência própria de regra que impossibilita o uso do banheiro feminino por uma mulher transexual.

Para a empresa, o pleito da reclamante não passa de *Equívocos, acusações inverídicas, maliciosas, despropositadas e irresponsáveis* e que na ré *Existem inúmeros funcionários com opções religiosas, sexuais, e de crenças diferentes, que laboram normalmente todos os dias, não sofrendo qualquer tipo de preconceito ou discriminação*, insistindo que seus funcionários são orientados a lidar com a diversidade.

No lapso entre a apresentação da supramencionada contestação escrita e a marcação de audiência, foi dado prazo à autora para réplica. Nesta oportunidade, aduziu que, embora tenha desistido de prosseguir com o procedimento investigatório criminal arquivado, este ato não representa renúncia a qualquer pleito em outras esferas do direito, daí a legitimidade de demandar a reparação na justiça do trabalho. No mais, apenas reiterou as razões da reclamação trabalhista e o pedido de condenação da reclamada à indenização por danos morais.

Observe-se que, até então, em nenhum momento o conceito de identidade de gênero veio à tona. Pelo contrário, tanto a defesa da empresa, quanto a própria reclamação trabalhista, utilizam os termos *opção sexual* e *mudança de sexo* para falar sobre transexualidade, o que sinaliza o início de um debate que não envolve aspectos hoje relevantes para a compreensão do gênero, pelos motivos que seguem.

O termo *opção sexual* tem sido rechaçado em especial pelos movimentos sociais que lutam pela causa LGBT, porque parte da incorreta premissa da escolha, quando, em verdade, orientação sexual ou identidade de gênero são aspectos da subjetividade do indivíduo, da forma como se constitui, se percebe, não meramente uma opção.

Mudança de sexo, por sua vez, também não reflete o sentido da transexualidade. É distorcida, embora muito comum, a visão de que as pessoas trans são homens/mulheres que viraram mulheres/homens, no entanto, conforme explica Jaqueline Gomes de Jesus (2014), trata-se de um raciocínio falacioso, pois todos os seres humanos nascem com um sexo biológico/conformação genital, no entanto, podem ou não se conformar com as expectativas sobre esse sexo/conformação genital.

É por isso que é cara à luta contra transfobia a construção do conceito de cisgeneridade, cujos esforços para tal formulação são de acadêmicos e acadêmicas de gênero trans, conforme assenta, ainda, Jesus (2014). É recorrente o exercício mental que admita que,

em oposição a homens/mulheres transexuais, existam homens/mulheres normais, no entanto, este entendimento, uma vez mais, marginaliza as pessoas de gênero trans.

Por isso, imperioso demarcar que alguém que não é transgênero é cisgênero, ou seja, identifica-se com o gênero designado no momento em que se nasce e se registra, não é um homem ou mulher em essência. Reconhecer este termo é uma forma, como já dito, de exercitar a igualdade, de romper com as imposições que estabelecem uma única possibilidade de vivência do gênero como o limite do “normal”, mas também de fazer com que pessoas cisgênero reflitam sobre seu lugar no mundo, sobre privilégios.

Assim, na verdade, o sexo designado à pessoa ao nascimento é uma formalidade ancorada na visão sexista de que, se pênis, logo homem e, se vagina, logo mulher, em detrimento de uma compreensão mais ampla que admita o gênero como processo psicossocial de expressão da subjetividade, não como determinismo genital.

É por isso que *mudança de sexo* é um termo limitado e desconectado da luta pelo direito à identidade de gênero, porque, de certa forma, admite que a conformação genital e o sexo compreendem o gênero do indivíduo, ou seja, pressupõe a dualidade do sexo num domínio pré-discursivo, anterior à constituição do próprio sujeito (BUTLER, 2013), que nasceu homem ou mulher, essencialmente, para depois tornar-se outra pessoa de outro gênero.

As pessoas transexuais não mudam de gênero, como um processo de metamorfose, mas procuram ser reconhecidas, ainda que vivam no limiar da inteligibilidade das normas sociais e jurídicas do gênero, da forma como enxergam a si mesmas. No entanto, a despeito destas reflexões, os conceitos opção sexual e mudança de sexo são reiterados ao longo do processo analisado como expressões definidoras da transexualidade.

Superado este ponto de análise das primeiras peças processuais, registre-se que em 03/10/2014 houve audiência. A primeira – e única - testemunha da trabalhadora laborou na empresa por um dia, tendo, ainda, participado de processo seletivo no mesmo dia que a reclamante. É na transcrição, em ata, da fala desta primeira depoente que, pela primeira vez, a autora da ação é identificada no feminino, isso parece sugerir um reconhecimento do gênero da autora pelo depoente e também pelo procedimento de instrução da audiência.

Esta testemunha informou que no seu primeiro dia de trabalho estranhou a ausência da autora na empresa e, assim, a telefonou. Na ligação, ela teria o informado que, em entrevista, a psicóloga da ré disse-lhe que não poderia utilizar o banheiro feminino e nem o masculino, porque a profissional não saberia *o que na verdade a autora seria*. Ainda, informou que na

ligação a autora teria dito para o depoente que tinha a intenção de utilizar o banheiro feminino, mas que seu pedido foi negado pela psicóloga.

Constou ainda da ata de audiência que, diante do ocorrido, o depoente também optou por não retornar mais ao trabalho, por receio de sofrer represálias devido a sua *opção sexual*. Neste ponto, necessário observar que, tendo em vista que o termo *opção sexual* vinha sendo utilizado de forma genérica, não há elementos para identificar se o depoente também era transexual, mas é relevante a declaração de que a circunstância vivida pela autora deixou a testemunha receosa em relação à aceitação de sua identidade de gênero ou orientação sexual naquele ambiente de trabalho, ao ponto de, segundo registrado, o fazer desistir do emprego.

Diante das perguntas da parte autora, o mesmo depoente afirmou que utilizou, no dia de trabalho, o vestiário masculino, e que para a troca de roupas o empregado, naquele local, permanecia somente de cueca. Afirmou também que, em que pese não ter notado tratamento diferenciado vindo de superiores hierárquicos, houve brincadeiras de cunho discriminatório por parte de colegas.

Da mesma forma, considerando as perguntas da empresa, a testemunha frisou que, à época da contratação, se lamentou com seu pai a respeito do medo de ser discriminado no trabalho, e que, inclusive, comunicou a empresa da intenção de não mais retornar ao emprego. Finalizou apontando que não retornou à empresa sequer para retirar sua CTPS, o que foi feito por seu pai. Isso evidencia, ao menos na perspectiva da testemunha que depôs em juízo, a percepção de que o ambiente laboral era hostil à diversidade de gênero.

Observe-se que, ainda na ata de audiência, logo acima do campo de assinatura deste primeiro depoente, há a seguinte frase em destaque: *Registro que a autora se apresenta, inclusive suas vestes, como mulher.*

Este registro, feito pelo juiz que conduzia a audiência, deve ser lido como uma necessidade de que se confirmasse no documento a performance de gênero apresentada pela autora, o que antes era uma mera alegação a ser comprovada. As pessoas em litígio, identificadas nas peças processuais, até então, por meio dos binômios reclamada/reclamante ou autora/ré, agora, em audiência, eram presença corporificada, tendo, nesta circunstância, saltado aos olhos do juiz a vivência da transexualidade pela autora.

Seguindo a análise da ata da audiência, nota-se que a primeira testemunha da reclamada foi a psicóloga que entrevistou a autora e que trabalhava na empresa desde 26/11/2010 até, pelo menos, a data da audiência.

A depoente informou que, no decorrer do processo seletivo, achou por bem proceder a uma segunda conversa pessoalmente com a autora, já que, embora se apresentasse como mulher, *inclusive vestindo-se como tal*, possuía documentos indicando pessoa do *sexo masculino*.

A psicóloga revelou que a autora da reclamação em análise lhe teria solicitado a utilização do banheiro feminino e que a ela respondeu que deveria utilizar o banheiro masculino, *porque a autora possui documentação com indicação deste sexo e possui órgãos genitais masculinos, não existindo possibilidade assim de utilização do vestiário feminino*. À frente, relatou-se também que a autora perguntou se, diante da proibição do uso do banheiro feminino, poderia usar uma leggin por baixo de suas vestes – o que não fora autorizado, segundo a depoente, pelas normas de higiene do setor de controle de qualidade, sendo obrigatório uso de cuecas ou calcinha e sutiã.

Note-se que o teor do depoimento, até esse ponto, parece contrariar a versão que a empresa optou em utilizar em juízo no sentido de que a reclamante não teria demonstrado interesse em ser contratada.

Em frente, a psicóloga prosseguiu informando que, diante desta circunstância e também por ter visualizado no currículo uma experiência prévia da autora no ramo de culinária, conversou com a nutricionista da empresa e sinalizou para a autora que se houvesse uma vaga futura no restaurante, ela seria chamada, pois naquele setor o horário de troca de roupas é diferenciado e o volume de pessoas no vestiário bem menor. Afirmou que assim ficou acertado com a candidata.

Perguntada pela parte reclamada, a depoente informou que a empresa possui um programa de prevenção de hábitos discriminatórios no ambiente de trabalho e que existem pessoas com *opções sexuais diferentes* na unidade, mas ninguém que se apresente como a autora.

Note-se, que o problemático termo *opção sexual* é empregado de forma genérica, englobando questões relacionadas à orientação sexual e identidade de gênero, como se fossem uma mesma coisa. Necessário frisar que, conforme já salientado, identidade de gênero tem a ver com os questionamentos que envolvem as dicotomias do que é ser homem e ser mulher, com a conformidade ou não com o gênero designado ao nascimento, inclusive, mas não necessariamente, com o incômodo com o próprio corpo, processo chamado de disforia. Já orientação sexual é um conceito que trata de preferências sexual e afetiva, ou seja, a que gênero se encaminha o desejo do indivíduo.

Em que pese a confusão na utilização dos conceitos, no depoimento ficou nítido que a empresa lidava pela primeira vez com a inserção no emprego de trabalhadora transexual, tanto que, além de a própria psicóloga ter afirmado que na empresa *ninguém se apresentava como a autora*, o estabelecimento demonstrou desconhecer como lidar com a situação inovadora do direito ao uso do banheiro conforme a autodeterminação de gênero. Isso revela que, no âmbito daquela empresa, não havia a adoção de uma política de inclusão que respeitasse a identidade de gênero dos funcionários, ainda que nos quadros fosse mantida profissional como a psicóloga em referência.

Perguntada, desta vez, pela parte reclamante, a psicóloga disse não saber informar se no dia da visita a autora fez trocas no banheiro feminino ou masculino e que não havia no currículo da autora, e nem esta informou na conversa com a depoente, estar encaminhando para a cirurgia de *troca de sexo*.

A depoente afirmou ainda que: *não realizou uma avaliação psicológica na autora, e por isso não pode declarar que esta, sob o aspecto da psicologia, é homem ou mulher*. Nota-se que, nesta fala, a psicóloga adota uma perspectiva de gênero como diagnóstico, reivindicando o saber científico como definidor das possibilidades de vivências e subjetividades.

Aqui, pareceu latente uma faceta da patologização das identidades trans legitimada pelo saber-poder da psicologia, na medida em que a psicóloga considera um laudo psicológico decorrente de uma análise clínica um necessário critério aferidor da transexualidade da autora, em detrimento da sua autoafirmação.

A fala da psicóloga é relevante para este trabalho, pois visibiliza um dos recursos por meio do qual se legitima a transfobia e a organização social em polos binários de gênero, qual seja o discurso científico, que tem status de verdade sobre o gênero, podendo, inclusive, aferir condição de patologia a uma vivência que escapa à norma considerada correta. Nesse sentido, a fala da psicóloga enseja a reflexão sobre sexo, gênero e saber-poder interseccionados na medicina, na psicologia e no direito, saberes que compõem o dispositivo da transexualidade (BENTO, 2006).

Finalmente, a psicóloga justificou que concordou que a autora teria problemas em utilizar o vestiário masculino e que, por isso, sugeriu que trabalhasse no restaurante.

A segunda testemunha da empresa foi a nutricionista que trabalhava na ré desde fevereiro desde 2011 até, pelo menos, a data da audiência. Esta testemunha era a responsável

pelo setor do refeitório, para onde a reclamada sugeriu que a autora da ação fosse contratada quando houvesse vaga.

Conforme relatado na ata da audiência, explicou a nutricionista que, durante o processo seletivo, lhe foi mencionado o interesse da autora em trabalhar no restaurante da ré e em razão disso fez uma entrevista com ela. Na entrevista, a testemunha teria constatado a possibilidade de que a reclamante trabalhasse no setor, mesmo porque constava de seu currículo um curso de culinária, mas que a candidata não foi contratada naquele momento porque não havia vaga.

Nota-se, neste ponto, a oscilação de versões, entre o desinteresse da trabalhadora, referido na defesa, e a inexistência de vaga que foi indicada para tentar evitar-se a questão relacionada ao uso do banheiro.

Constou na ata, ainda, que, na concepção da nutricionista, a autora é *inegavelmente mulher*, e, mais uma vez, vê-se que o gênero da autora é condição colocada à prova.

Perguntada pela própria empresa, a nutricionista informou que nos meses posteriores à entrevista houve contratação de pessoas para o restaurante, mas que não recordava datas. Informou também que no restaurante apenas trabalham mulheres.

Com relação às perguntas da parte que representava a trabalhadora, disse a nutricionista, conforme registrado, que não sabia informar se a autora havia realizado algum procedimento para admissão em outro setor que não o restaurante e que durante a entrevista a autora nada informou sobre eventual tratamento químico para *mudança de sexo*. Além disso, informou a depoente que não existem na ré banheiros específicos para pessoas com *opção sexual diferente*.

Finda a audiência sem acordo, o juiz de 1ª Instância prolatou sentença condenando a empresa ao pagamento de danos morais à autora no importe de R\$ 10.000,00.

Nesta primeira etapa de análise, observou-se, então, que a discussão processual esteve calcada em conceitos que não abrangem aspectos importantes para a construção do direito à identidade de gênero, revelando o início de um debate pouco explorado pelas partes em litígio. É daí que se nota certa incompreensão em relação às demandas ventiladas pela trabalhadora.

Ademais, demonstrou-se que a fala da psicóloga da empresa veio carregada de argumentos de autoridade científica, superestimando um diagnóstico que ateste o verdadeiro gênero, descreditando ainda a autoidentificação da autora. Esta dúvida trazida pela psicóloga,

no entanto, não é a que fica para o juiz, que constatou em audiência que a reclamante performava o gênero feminino.

Nesse sentido, é importante enfatizar que as demandas da trabalhadora foram mediadas pela linguagem jurídica, com seus limites, inserida na dinâmica processual. Neste aspecto, importante considerar também o valor da audiência como forma de contato direto entre as autoridades do Estado e os jurisdicionados, por meio do qual se possibilita o olhar para o outro e, inclusive, se exercitar a empatia, já que os direitos pleiteados em peças processuais escritas se tornam, diante da presença, demandas de corpos reais, vivificados, que trazem suas marcas e histórias.

Viu-se também que a empresa pouco discute sobre o seu papel em relação à inclusão de pessoas de gênero trans em seu quadro de funcionários, utilizando como subterfúgio o oferecimento de uma vaga incerta, em um setor diferente do pleiteado pela demandante, para afastar sua responsabilidade. No entanto, o que fica evidente é a resposta de que não há vaga para a demandante, porque naquele local o respeito à identidade de gênero é inviável, sendo que a empresa inclusive responsabiliza o próprio constrangimento que a autora sofreria para justificar a negativa de sua efetivação na vaga pleiteada.

1.2 A sentença e o recurso: a verdade do gênero em disputa

A primeira frase da decisão proferida na primeira instância foi: *José é Maria!*² e, com esta afirmação, o juiz asseverou que aquela personalidade tímida registrada na foto do documento de identidade da autora, aos 11 anos, batizada de José, não reflete a identidade de alguém que, agora aos 19, é Maria, e, segura de sua existência no mundo, promove a ação e busca se inserir no mercado de trabalho.

Fez questão o magistrado de registrar com bastante veemência que a autora é mulher, porque se identifica e é reconhecida como tal por qualquer pessoa que com ela conviva. Entendeu o juiz, ainda, que a empresa não admitiu a trabalhadora em seus quadros, porque ela se recusou a utilizar o banheiro masculino, já que proibida de utilizar o feminino, sob o argumento de que a candidata possuía documentos e órgãos genitais atribuídos a outro sexo.

² Conforme explorado no capítulo introdutório, os nomes dos atores sociais que compõem o conflito jurídico estudado não serão divulgados por cuidados éticos. Neste ponto, entretanto, como forma de demonstrar o exato sentido que o juiz quis transpassar, sentiu-se a necessidade de criar nomes fictícios à autora da ação.

No entanto, considerou que a identidade de uma pessoa não pode ser definida unicamente por suas características biológicas ou orgânicas, a exemplo dos órgãos reprodutores e sexuais, mas que deve considerar um aspecto mais amplo – o gênero, o que definiu como sendo: *como a pessoa se percebe e como se expressa socialmente*.

Acrescentou que, sendo a reclamante mulher, sua identidade feminina deve ser respeitada tanto em relação à forma de tratamento, como quanto ao uso de sanitários ou vestiários. Afirmou ainda que não há se falar na criação de um terceiro vestiário, porque isso estigmatizaria as pessoas cuja identidade de gênero diverge da concepção biológica.

Assim, para o magistrado, a conduta da ré de (i) negar o emprego à autora; (ii) tentar convencê-la a aceitar uma colocação em outro setor (o restaurante), cuja disponibilidade era incerta; e de (iii) não permitir o acesso ao banheiro feminino e de procurar afastá-la do convívio com as demais trabalhadoras, já que a opção pelo restaurante se deu pelo fato de que nesta vaga a autora não teria contato com muitos outros funcionários - além de causar constrangimento à postulante – em nada contribui com a luta pelo respeito à diversidade e pela dignidade das pessoas transexuais.

Observe-se, assim, que o juiz de 1ª instância, que foi quem conduziu a audiência, tendo contato direto com as partes e testemunhas, respeitou a autoafirmação de gênero da autora e não perpetuou o ciclo de discriminações que constantemente questionavam de maneira invasiva e violenta sua identidade.

Ademais, a decisão trouxe importantes considerações quanto à temática debatida, na medida em que abordou a respeito das (i) relações entre sexo biológico e gênero; (ii) do direito da autora a ser tratada, inclusive no gozo de seu direito ao acesso à justiça e à prestação jurisdicional, conforme se identifica e (iii) da possibilidade de se entender como discriminatória a atitude da empresa de negar a utilização dos sanitários conforme a autodeterminação de gênero.

Nesse sentido, importante destacar que a decisão conferiu materialidade aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente previstos, isso porque a igualdade aplicada ao caso partiu da premissa do direito fundamental à diferença e a dignidade foi compreendida como o direito de acesso ao trabalho, sem nenhum tipo de discriminação.

Nesse sentido, por ter se orientado de acordo com as especificidades do caso analisado, a sentença proferida exemplificou a efetivação de um direito da antidiscriminação.

Segundo Roger Raupp Rios (2008), o direito da antidiscriminação fornece ao direito constitucional categorias e instrumentos em favor da força normativa da constituição, tratando-se, ainda, da compreensão do princípio da igualdade como proibição à discriminação (RIOS, 2008, p. 13). Rios (2008) formula um conceito jurídico de antidiscriminação, assim resumido:

Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico social, cultural ou em qualquer campo da vida pública. (RIOS, 2008, p. 20)

No entanto, conforme se demonstrará, o referido direito da antidiscriminação pode ter desdobramentos divergentes, na medida em que é possível concebê-lo sob o viés da impossibilidade de haver qualquer tratamento diferenciado às pessoas ou sob o da necessidade de reconhecimento de desigualdades materiais e de se agir proativamente ao equilíbrio e à igualdade, esta última adotada na sentença supramencionada.

Necessária, para a compreensão desta divergência, a constatação de que a discriminação como conceito jurídico acima defendido não se subsume as hipóteses de diferenciação legítima (RIOS, 2008, p. 21), da qual decorrem elaboração e aplicação de normas jurídicas em face de situações desiguais.

É partindo desta diferenciação legítima que se defenderá um direito da antissubordinação, como faceta do direito da antidiscriminação, à luz do que propõe Rios (2008). A preocupação central do direito da antissubordinação é se as medidas consideradas colaboram ou não para a perpetuação ou o agravamento da condição de subordinação de grupos em desvantagem social. Ou seja, devem ser coibidas diferenciações que mantêm situações de subordinação e, nesse sentido, incentivadas iniciativas que minimizem a desigualdade social vivenciada por grupos historicamente marginalizados a partir da própria diferenciação.

A perspectiva adotada no direito da antissubordinação é a da pessoa ofendida e sua realidade material e simbólica. Nesse sentido, a análise da sentença acima referida é um exemplo prático da atuação jurisdicional pelo direito da antissubordinação, sobretudo no momento em que o juiz enfrenta a temática sob a perspectiva de que a atitude da empresa, de se negar o direito ao uso do sanitário pela autora, não contribui para a luta pela dignidade das pessoas transexuais, reconhecendo, aqui, não apenas uma situação de discriminação, mas um grupo de pessoas vulnerabilizadas no contexto social e político que procura visibilidade.

A sentença, então, adotou elementos relevantes para uma interpretação constitucional comprometida com o combate a transfobia, tendo tido no seu cerne a preocupação de conferir à autora o direito de ser tratada como se reconhece, ainda que os elementos trazidos pela psicóloga da empresa adotasse outro parâmetro para a definição da identidade de gênero. Para o juiz, a identidade reconhecida foi a autoidentificada, perspectiva adotada neste trabalho.

O gênero como construção psicossocial é a hipótese de onde se partirá para a análise dos contornos do combate à transfobia no ambiente laboral e na justiça do trabalho. Conforme se aprofundará, a definição das subjetividades em torno da ordem binária do gênero produz violências e relega certos corpos a posições de abjeção (BUTLER, 2003), de modo que para se compreender a transexualidade enquanto identidade é necessária uma concepção de subjetividade que ao mesmo tempo em que habita as narrativas dos sujeitos que vivenciam esta experiência a relacione a contextos sociais mais amplos. (BENTO, 2006, p. 226)

A construção de uma identidade social é um ato de poder (BENTO, 2006, p. 205), o que está demonstrado tanto no esforço individual da autora em ser reconhecida da forma como se percebe, mas principalmente na disputa pela verdade do gênero que coloca de um lado uma cidadã que procura reconhecimento e, de outro, regras burocráticas, saberes-poder e uma construção cultural consolidada a respeito dos sentidos do que é ser homem e ser mulher.

É por isso que a tese da autoidentificação, como uma expressão desta disputa de poder, é rebatida pela empresa em sede de recurso ordinário perante o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª região, por meio do qual se procurou afastar a responsabilidade reparatória patronal pelos alegados danos morais reconhecida na sentença acima analisada.

No apelo, a empresa afirmou categoricamente que: *Primeiramente, Excelências, José não é Maria! José é José.* Como comprovação desta alegação, apontou que o currículo foi preenchido com o nome e sexo do registro civil, da mesma forma que a ação é assinada com o nome masculino. Insistiu a empresa que quem compareceu à audiência foi José, conforme assinatura da ata de audiência e que a autora civilmente identifica-se como do gênero masculino, tudo isso para afastar o entendimento expresso na sentença de que é Maria quem move a ação.

Assim, nota-se que o primeiro ímpeto da empresa no recurso ordinário foi o de questionar o gênero da autora, de reafirmar que o nome e o sexo do registro civil servem de comprovação de que a autora é, na verdade, homem. Ou seja, para afastar a hipótese de discriminação, a empresa incorre em nova violação de direitos de personalidade, por se

recusar a compreender que o que está exposto no controle da burocracia, nesse caso, não condiz com a subjetividade da autora, tampouco com a sua socialização no cotidiano.

Nota-se que o registro civil, no argumento da parte, é utilizado como prova definitiva da identidade de gênero e, também, como escudo para isentar a empresa de obrigações quanto às políticas internas de promoção da igualdade e de respeito à diversidade.

Diferentemente do que fora consignado na audiência, em que a autora esteve presente e devidamente reconhecida, para a empresa os registros formais mencionados têm status de verdade no que se refere à compreensão da identidade de gênero.

A empresa retomou também falas das testemunhas, especialmente o trecho em que o depoente elencado pela parte reclamante disse não ter notado tratamento diferenciado vindo de seus superiores hierárquicos, isso para comprovar que *a ré não tolera qualquer tipo de ação discriminatória e que adota medidas, e realiza programas de prevenção de hábitos discriminatórios no ambiente de trabalho.*

Posteriormente, a empresa inseriu nova linha de argumentação, que dará importante contorno ao deslinde da controvérsia, quando alegou que a psicóloga da empresa questionou a autora a respeito de como achava que as outras funcionárias reagiriam se tivessem que frequentar os vestiários junto a uma pessoa com a genitália masculina e que a própria autora teria opinado que as mulheres talvez se incomodassem.

Assim, segundo a empresa, foi diante da resposta da própria candidata que se sugeriu que a trabalhadora que se candidatasse a outra vaga (restaurante). Frise-se que tal inovação argumentativa, desconectada da narrativa disposta na ata de audiência, visou inserir um suposto novo interesse à discussão: o das outras trabalhadoras que frequentavam o banheiro.

Ainda nesta perspectiva, ilustrativamente, a empresa lançou perguntas aos julgadores, questionando a respeito de como seria a reação daquelas mulheres ao se depararem com a autora despindo-se e circulando de trajes íntimos junto ao vestiário feminino, sendo que possui genitália masculina. E apesar do tom interrogatório, já adiantou que o acolhimento da autora como colega de trabalho seria problemático entre as demais trabalhadoras da empresa.

Justificou a referida sinalização ao argumento de que os funcionários que prestam serviços na ré são carentes de entendimentos, *seja pela cultura de como foram criados, pelas suas etnias, ou seja pelo estudo e suas crenças.* Interessante observar, neste ponto, que, no entender da reclamada, sem maiores explicações e comprovações, a posição social de seus funcionários e até sua composição racial - não branca, diga-se - são critérios que energizam o preconceito contra as pessoas transexuais.

Nota-se que a empresa não se preocupou, além de argumentar, em apontar, de maneira fundamentada, a correlação que pretendia prevalecesse, por isso, imperioso observar que se trata de uma afirmação preconceituosa, na medida em que conclui que pobreza e identidade racial são critérios diretamente proporcionais à discriminação. Veja-se, daí, que a empresa não apenas procurou atribuir sua própria incapacidade de admitir uma mulher transexual nos seus quadros à suposta desinformação de seus funcionários, mas, principalmente, que, sendo verdadeira a premissa de que as trabalhadoras não receberiam bem a autora, a se afastou da responsabilidade de combater a transfobia nas suas dependências, o que viola garantias constitucionais que pressupõem o dever do empregador de viabilizar que o ambiente de trabalho seja digno, decente e livre de discriminações.

A reclamada entendeu que no momento em que sugeriu à autora que trabalhasse num ambiente de trabalho com menos chances de constrangimentos se mostrou disposta a prevenir situações de preconceito e que toda a ação da empresa foi para proteger a demandante e jamais discriminar. Diante disso, argumentou também que quem está discriminando a empresa é a própria trabalhadora e que sua contratação só não se efetivou devido à quebra de confiança, já que logo após terem acordado aguardar a vaga como auxiliar de cozinha a autora lavrou Termo Circunstanciado.

A empresa, neste ponto, modificou o tom defensivo de sua argumentação, para, desta vez, convencer os julgadores de que o judiciário e a sociedade em geral não podem ficar a mercê de tais situações, banalizando supostos atos discriminatórios. Acusou ainda que é muito cômodo para a autora exigir sua contratação exclusivamente pela sua *opção sexual*.

Frise-se que ao recurso ordinário da empresa foi juntado documento intitulado de *Diretrizes gerais para implementação do programa vivendo saúde*, cujo objetivo é a prevenção da epidemia do HIV e a redução do preconceito em relação aos seus portadores naquele ambiente de trabalho. É neste documento que estariam expressas as alegadas políticas voltadas para a população LGBT no interior da empresa.

Uma análise crítica sobre este referido documento aponta que a população LGBT é mencionada em tímidos trechos que dizem que os projetos de prevenção e combate à AIDS devem ser adaptados à idade, gênero e orientação sexual, considerados, no documento, como fatores de risco comportamental à contaminação pelo HIV.

Esta afirmação é complexa, pois é latente certa visão estigmatizadora de que Aids é doença exclusiva de LGBTs. Em uma simples pesquisa virtual, é possível ler textos que justificam que, por exemplo, uma suposta promiscuidade inerente aos homossexuais e

bissexuais faz desta população um setor social de maior risco de contaminação de doenças sexualmente transmissíveis.³

Butler (2003) menciona que a representação midiática da AIDS como “doença gay” reproduziu a noção de que as pessoas fora da ordem heteronormativa são *peças poluidoras*, estratégia extremamente relevante para manter a ordem social binária da heterossexualidade compulsória. Para a autora, *o fato de a doença ser transmitida por fluidos corporais sugere, nos gráficos sensacionalistas dos sistemas significantes homofóbicos, os perigos que as fronteiras corporais permeáveis representam para a ordem social como tal.* (BUTLER, 2003, p. 189).

Esta noção sensacionalista está presente em algumas normativas vigentes no Estado brasileiro. São objeto da ADI 5543 no Supremo Tribunal Federal⁴, por exemplo, o art. 34, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, bem como o art. 25, XXX, d, da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA, os quais dispõem sobre suposta inaptidão temporária para indivíduos do sexo masculino (incluindo, na prática, erroneamente, travestis e mulheres transexuais) que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo realizarem doação sanguínea nos 12 (doze) meses subsequentes a tal prática.

Tal proibição é tão discriminatória, pois centrada naquela visão preconceituosa de que são necessariamente poluídos os indivíduos que admitem determinada prática sexual, quanto importante para os sistemas normativos do gênero e da sexualidade, contribuindo com a desinformação e o estigma. Registre-se, apesar disso, a importância de que as políticas de prevenção à contaminação por doenças sexualmente transmissíveis sejam cada vez mais expandidas e que tenham um recorte específico para a população LGBT, pois é uma realidade fática que a acomete historicamente, sobretudo porque seu direito à informação fica mitigado

³ Informação veiculada, por exemplo, neste artigo de opinião. <http://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/cultura/ate-15-dos-gays-tem-hiv-e-o-globo-culpa-quem-o-preconceito-a-onda-conservadora-e-homofobica-e-mais-uma-blindagem-de-responsabilidade-mais-uma-transferencia/>

⁴ O Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília, entidade representativa dos estudantes desta Faculdade, em conjunto com os projetos de extensão Corpólitica e Rexistir, que articulam a luta por direitos LGBT's a partir da metodologia da educação popular, foram admitidos como *amicus curiae* na ADI referida em decisão de 15/09/2016 do Ministro Relator (após pedido de vista) Edson Fachin. A admissão das entidades pluralizará o debate, uma vez que permitirá que estudantes LGBTs, pessoas historicamente excluídas dos espaços da política e da justiça, intervenham diretamente no julgamento perante a Corte. A admissão representa também o acúmulo do debate LGBT na Faculdade, que conta com uma tradição construída por estudantes LGBTs que visibilizam as dimensões da LGBTfobia no asséptico, conservador e masculinista mundo da educação jurídica.

pelo tabu, pela imposição de que educação sexual desde uma perspectiva não cis-heteronormativa é assunto proibido.

De todo modo, o fato relevante neste trabalho é que não foi encontrada, nas provas juntadas pela empresa no recurso ordinário, uma documentação que sistematize políticas voltadas ao combate à lgbtfobia no ambiente laboral. Daí porque se pode concluir que a empresa, no argumento e na prova que juntou, parece simplificar a complexa questão da identidade de gênero na dimensão de saúde que envolve a AIDS, revelando, ainda, desconhecer, efetivamente, como desenvolver política interna de respeito à diversidade de gênero.

Aliás, o que a empresa revelou com a indicação documental é que compreende a política de respeito à igualdade e promoção da diversidade como comportamentos ligados a certas patologias. A vinculação entre gênero e orientação sexual a aspectos patológicos, entretanto, acaba evidenciando o contrário do que se pretendia provar.

Ademais notou-se que, diferentemente dos termos aduzidos na sentença judicial, avaliada como resultado da construção de um direito da antidiscriminação como antissubordinação e de gênero como processo psicossocial de autorreconhecimento, a empresa procurou afastar sua responsabilidade frente à alegada discriminação a partir da argumentação inicial de que a autora sequer deve ser considerada como pertencente ao gênero feminino, fazendo do debate processual empreendido uma disputa também em torno da verdade do gênero.

Posteriormente, alegou a proporcionalidade de sua atitude, em respeito às demais funcionárias que, em razão de terem baixa escolaridade e/ou serem pobres e não-brancas poderiam se sentir constrangidas com a presença da autora.

O recurso foi apreciado pela 4ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª região. Tal julgamento é o que se passará a analisar.

1.3 Que bens jurídicos estão em jogo?

No acórdão, feito o relatório do caso, antes de passar a análise da possibilidade da existência de dano moral, a Desembargadora relatora teceu considerações acerca da *condição da parte autora*, conforme nomeia.

Por *condição da parte autora* pretendeu-se tratar como premissa básica introdutória a classificação que se considerava correta para a questão de gênero, isso independentemente da afirmação social concreta da trabalhadora.

Neste ímpeto, o acórdão citou a Resolução nº 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, norma que dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo no Brasil, autorizando às pessoas transexuais a realização do procedimento de neocolpovulvoplastia, que consiste na constituição de uma neovagina, e também de outros procedimentos complementares sobre gônadas (glândulas do sistema endócrino, responsáveis pela produção de hormônios sexuais) e caracteres sexuais secundários.

Esta normativa, em seu artigo 3º, estabelece os requisitos definidores, para a medicina, do chamado "transexualismo", quais seriam:

Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
- 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- 4) Ausência de outros transtornos mentais.

Como se vê, a norma do Conselho Federal de Medicina, ao dispor sobre o *desejo expresso de eliminar os genitais* deixa de abarcar as diversas possibilidades da vivência transgênero, pois, embora seja uma demanda recorrente, o desejo de eliminação dos genitais não necessariamente é uma regra. Nem toda pessoa transexual e travesti quer passar por procedimento cirúrgico genital. Aliás, se este for um critério a ser considerado, uma vez mais, o determinismo genital será o definidor das possibilidades do gênero quando, pelo contrário, a experiência transexual está na contramão deste pressuposto binário.

Além disso, conforme Bento (2006), *quando se definem as características dos transexuais, universalizando-as, determinam-se padrões para a avaliação da verdade, gerando hierarquias que se estruturam a partir de exclusões* (BENTO, 2006, p. 46).

Frise-se, ainda, que nos trechos *permanência desses distúrbios de forma contínua e ausência de outros transtornos mentais* a norma adota uma visão que considera a transexualidade como um distúrbio de personalidade, uma doença, daí porque imperioso reconhecer a intencionalidade política do uso do sufixo *ismo* após transexual.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) incluía o chamado homossexualismo na Classificação Internacional de Doenças (CID), especificamente no capítulo V: transtornos

mentais, recebendo o Código 302.0 da Classificação.⁵ Foi apenas em 17 de maio de 1990, na Assembleia-geral da OMS, que a Organização retirou a homossexualidade da sua lista de doenças, sendo este dia celebrado como o Dia Internacional de combate à homofobia.

No entanto, este importante avanço, fruto da visibilidade alcançada pelo movimento gay, não abarcou as pessoas transexuais. Aliás, a Associação Psiquiátrica Americana, passou a incluir a transexualidade no rol de “Transtornos de Identidade de Gênero” em sua terceira versão (DSM-III) em 1980, mesmo ano em que se oficializou a retirada do dito homossexualismo de tal documento (BENTO, 2006, p. 48). Assim, as pessoas transexuais, ainda hoje, são taxadas por normas internacionais e nacionais da medicina como doentes mentais. Inclusive, na referida Classificação Internacional de Doenças, dentro dos chamados transtornos de identidade sexual, se codificou o transexualismo (código F64.0), definido na norma como:

Um desejo de viver e ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente *acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico* e um desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia para tornar seu corpo tão congruente quanto possível com o sexo preferido.⁶

É neste contexto de patologização que se encontra a Resolução nº 1.955/2010, mencionada no acórdão prolatado no processo judicial abordado neste trabalho como norma balizadora da possibilidade de se reconhecer a autora como transexual. Para os julgadores, devido ao fato de a trabalhadora já ter realizado procedimentos químicos de alteração hormonal, foi possível enquadrá-la como transexual.

A ideia de distúrbio, de anormalidade, de necessidade de correção hormonal ou cirúrgica, como aspectos prévios da definição da transexualidade, restam evidentes na estratégia que é utilizada para construir a argumentação jurídica.

Observe-se que, antes de qualquer outra consideração, emitiu-se um diagnóstico, determinando se a autora é realmente transexual, e o parâmetro utilizado foram normativas produzidas pelos órgãos médicos. Nesse sentido, o acórdão, ainda que conclua pela

⁵ LAURENTI, Ruy. **Homossexualismo e a Classificação Internacional de Doenças**. Rev. Saúde Pública v.18 n.5 São Paulo out. 1984.

⁶ Disponível no site: <<http://www.cppc.org.br/classificacao-de-transtornos-mentais-e-de-comportamentos-da-ced-10-por-eldo-elias-de-lima/>> Acesso em: 20 set. 2016

transexualidade da autora, limitou o reconhecimento da identidade de gênero à possibilidade prevista na gramática medicalizante, em detrimento de um entendimento que compreenda a pessoa transexual como sujeito da própria realidade, do próprio corpo, da própria vida.

Avançando na análise do julgado, note-se que se esclareceu também que, pelo fato de a autora não ter trabalhado na empresa, mas estado em suas dependências para a participação em um processo seletivo, trata-se o caso de um suposto dano moral pré-contratual, circunstância omitida pelo legislador que se tornou lacuna preenchida pela jurisprudência e a doutrina, que estendeu a responsabilidade do artigo 422 do Código Civil às fases pré e pós-contratual, nas quais ainda devem ser observados os princípios que regem a teoria geral dos contratos.

Assim, a relatora discorreu sobre princípio da probidade, o qual decorre da boa-fé (sustentáculo do direito das obrigações), caracterizando boa-fé objetiva como sendo aquele comportamento que se espera do *homem médio*. Enfatiza-se que este conceito, comumente utilizado em decisões judiciais é carregado de simbologia, porque seu sentido pressupõe a existência de um sujeito abstrato que representaria o bom senso, de modo que o exercício a ser feito para avaliar a pertinência de determinada atitude seria pensar: como agiria o *homem médio*?

A utilização deste recurso de linguagem revela que a perspectiva que se adotará para se averiguar a proporcionalidade das ações é a deste homem médio, não a da própria autora, que se sente ofendida. Mas quem é este homem? Aliás, antes, o bom senso, a neutralidade é masculina? Por que a pretensão universalizadora do bom sujeito é a figura do *homem médio*? Estas reflexões devem ser respondidas a partir da constatação de que o direito é uma instituição masculina, na medida em que, sendo um espaço tradicionalmente ocupado por homens, adota pretensões universalizantes, que, no fundo, escamoteiam a preferência pelo referencial das classes dominantes.

Frise-se, também, que a decisão, ao adotar essas diferenças entre dano pré-contratual e pós-contratual, à luz de dispositivo do código civil, delimitou o momento em que se considera configurada a relação laboral, no entanto, o que não se pode perder de vista é que a discussão se trata de uma temática constitucional pelo primado da igualdade, e, não, meramente, uma questão relacionada à interpretação de cláusulas contratuais, pertencentes ao campo da autonomia da vontade privada, pelo que se ignoraria a aplicação incidente, em todos os âmbitos, dos direitos fundamentais, inclusive nas relações particulares.

Quanto ao mérito do pedido de indenização por dano moral, destacou-se no acórdão que *a parte autora, não obstante se encontre em processo de mudança de sexo, ainda apresenta genitália masculina, condição que torna problemática a utilização do vestiário feminino da ré*. O fundamento adotado para tal conclusão foi a NR-24 do Ministério do Trabalho e Emprego, que dispõe sobre condições sanitárias e de conforto no local de trabalho e, especificamente, estabelece a necessidade de divisão de banheiros por sexos nos estabelecimentos de emprego.

Assim, concluiu a Desembargadora relatora que a psicóloga da empresa se utilizou de elementos objetivos para negar o direito ao uso do sanitário, adicionando que a empresa pensou nas demais trabalhadoras, que possivelmente se sentiriam ofendidas por terem que frequentar o vestiário, quanto mais de roupas íntimas, junto com uma mulher transexual.

Por elementos objetivos, o acórdão considera a existência de norma regulamentadora do Ministério do Trabalho, bem como os órgãos sexuais da autora, tidos como suficientes à determinação a respeito da utilização dos banheiros.

Frise-se que a invocação da NR do Ministério do Trabalho como pretexto para a legitimação da negativa da utilização do banheiro feriu a construção política e teórica que envolve o papel do juiz na interpretação e aplicação das normas no Estado Democrático de Direito.

Na vigência deste paradigma do Estado de Direito, sobretudo a partir do processo político de consolidação da ordem constitucional democrática, conforme aponta Menelick de Carvalho Netto (1998), exige-se dos juízes a sensibilidade para as especificidades do caso concreto para que se possa encontrar a norma adequada para produzir justiça. Para o autor, o senso de adequabilidade das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito é regido pela correlação de forças entre os discursos legislativos de justificação, regidos, aí sim, pela universalidade e abstração, e os discursos judiciais executivos de aplicação, que, por sua vez, são regidos pelas exigências de respeito à especificidade e à concretude de cada caso, densificando as normas gerais e, primordialmente, priorizando os princípios fundamentais do ordenamento jurídico em relação às regras gerais.

Neste caso, o acórdão priorizou uma regra procedimental, que orientava a estrutura arquitetônica dos ambientes corporativos, que não suporta em sua vigência nenhuma necessidade óbvia de aplicação ao caso concreto, em detrimento do reconhecimento da dignidade da autora e de seu direito a ser tratada como se reconhece em seu ambiente de trabalho. Netto (1998) ilustra esta afirmação ao enfatizar que:

A crença na bondade da universalidade da regra fazia com que os homens cometessem tremendas injustiças por se fazerem cegos às distintas situações de aplicação. E essas injustiças decorriam do fato de eles serem, efetivamente, incapazes de ver que os princípios, distintamente das regras, requerem aplicação concorrente, balizada por outros princípios, sobretudo os de sentido contrário. (NETTO, 1998, p. 12)

Sob outro viés, veja-se que foi rejeitada a tese de discriminação, pois recepcionada pelo acórdão a de que a empresa, ao oferecer a vaga em outro setor, conciliou diversos interesses, pois se preocupou em não impor às demais trabalhadoras uma condição laboral com a qual pudessem não concordar, qual seja exporem-se perante alguém com genitália masculina.

Argumentaram os julgadores, neste ponto, que se imbricam no caso fatores *sociológicos, culturais, religiosos, de moralidade, familiares, médicos e até mesmo jurídicos*, de elevada complexidade. Acrescentaram que, numa cidade pequena e num setor com utilização de mão-de-obra de *formação religiosa, moral, cultural e familiar diversificada*, a imposição de uma visão específica, sem os necessários cuidados, poderia, esta sim, ser considerada indutora de danos de ordem moral.

Entendeu o acórdão, então, que o agir da empresa demonstrou disposição para respeitar, uma vez mais, *as posturas culturais, sociais e religiosas de todos os envolvidos*, sem portar uma régua de certo/errado e sim uma de tolerância/harmonia, que na opinião dos julgadores é muito mais adequada para o mundo plural e multifacetado previsto na Constituição.

Inclusive, dentro do debate constitucional, o acórdão mencionou que não há como negar que a parte autora se vê como mulher e é natural que assim deseje ser tratada, em qualquer ocasião de sua vida social e sem discriminação, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado como sendo o verdadeiro fundamento da ordem constitucional vigente. Contudo, afirmou que o direito à identidade de gênero não pode ser utilizado como argumento para impingir às funcionárias da empresa a obrigação de se despirem junto a uma pessoa que, *sob o ponto de vista dos órgãos sexuais primários, pertence ao sexo oposto*.

Assim, nota-se que no mesmo parágrafo em que o acórdão postulou que o reconhecimento da identidade de gênero é reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana, entendido como fundamento da ordem constitucional brasileira, fragilizou sua

aplicação ao caso concreto nas linhas seguintes, ao entender que a identidade de gênero da autora supostamente ofenderia outras pessoas.

Ou seja, o acórdão, ao julgar o conflito entre o direito à identidade de gênero e a eventual transfobia das trabalhadoras, optou por assegurar às trabalhadoras suposto direito de frequentar um banheiro sem que existam transexuais em tal ambiente, de modo que a dignidade da transexual, princípio que deveria ser estendido a qualquer ser humano, é sumariamente descartada em razão de um fictício mero desconforto das demais mulheres cisgêneras.

Nesse sentido, a noção de dignidade da pessoa humana para os julgadores foi flexível quando seu desdobramento é o direito à identidade de gênero naquele ambiente de trabalho. Isso porque o referencial adotado no julgado, uma vez mais, não é o da demandante, não é o da mulher transexual que pleiteia reconhecimento perante a justiça do trabalho, mas interesses alheios à relação processual concreta.

A utilização desta linha de argumentação pode ser enquadrada na perspectiva da antidiferenciação, decorrente também do direito da antidiscriminação. Para Rios (2008) o viés da antidiferenciação se preocupa com a neutralidade das ações, reprovando qualquer tratamento diferenciado e corrigindo eventuais atitudes discriminatórias. Ao reprovar qualquer tipo de discriminação, tal perspectiva não apenas se porá contra, por exemplo, políticas de ações afirmativas que combatam desigualdades, mas adotará a visão do agente como referencial para a compressão dos sentidos de determinada conduta, invisibilizando importantes processos históricos de discriminação. Rios (2008) assim formula:

Dado que discriminar é distinguir e que a tarefa do direito da antidiscriminação é evitar distinções injustas, surgirá sempre a questão a respeito do referencial segundo o qual um determinado tratamento será considerado justo ou injusto. A perspectiva da antidiferenciação pressupõe indivíduos considerados abstratamente, apartados das realidades raciais, sexuais, religiosas, sociais, econômicas, etc. A abstração e a universalidade deste “indivíduo ideal”, entretanto, é um desafio invencível, resultando, na prática, na assunção das características e preferências dos grupos dominantes como parâmetro de comparação (raça branca, sexo masculino, religião cristã, orientação sexual heterossexual, etc.) (RIOS, 2008, p. 34)

Ora, a desconsideração dos significados da experiência transexual na realidade social é tal que a decisão analisada não se deixou refletir sob o viés da pessoa ofendida. A perspectiva da antidiferenciação, assim, impediu que o julgamento promovesse a inclusão da autora da ação no mercado de trabalho, impediu que o direito da antidiscriminação seja compreendido como proatividade ao combate à injustiça, mediante o reconhecimento das vivências dos sujeitos e grupos marginalizados.

Veja-se, assim, que, em suma, a linha argumentativa para a reforma da sentença proferida em primeira instância foi o zelo em razão de um possível constrangimento das demais trabalhadoras em frequentarem o banheiro junto à autora. Como demonstrado, por três vezes foi mencionado suposto confronto entre a formação religiosa e cultural das trabalhadoras e trabalhadores e a possibilidade de aceitação da autora.

Ou seja, o bem jurídico tutelado pelo acórdão foi a cultura e religião das trabalhadoras da empresa, de modo que o tribunal que chamou para si o papel de conduzir e afirmar a prevalência de uma moralidade que acreditou ser importante para determinada comunidade, abrindo mão de afirmar os direitos fundamentais. No entanto, cumpre-se esclarecer que estas trabalhadoras supostamente protegidas sequer foram ouvidas. Não se vislumbra, na análise do processo, nenhuma informação sobre elas, mas a sensação transmitida na leitura do acórdão é de que parece óbvio pra quem o escreveu não apenas que as trabalhadoras professam uma fé específica, cristã, mas também que para a religião delas é inaceitável o convívio com uma pessoa de gênero trans no trabalho.

O exercício feito foi: como agiriam as trabalhadoras? Como se sentiriam? Ou seja, as trabalhadoras da empresa foram a nova abstração escolhida para exemplificar certa expectativa. Mas, em verdade, *as demais trabalhadoras*, assim como o *homem médio*, como são abstrações meramente arbitrárias, que não tomam corpo no processo de decisão, pensariam e agiriam conforme determinar aquele que detém o poder de dizer quem são os sujeitos a serem protegidos, no caso, os próprios julgadores. No fundo, o bom senso foi o que os julgadores consideraram como tal.

Em que pese suas estratégias, tais como, *as trabalhadoras daquela empresa, localizada numa cidade pequena, têm formação conservadora*, o discurso veiculado na decisão não deixou de gritar seus valores morais, em detrimento de uma reflexão consistente sobre dignidade da pessoa humana e transexualidade.

Diante disso, impossível não concluir que, na verdade, o apelo à suposta religião e à cultura só é um argumento massivamente reiterado porque quem o escreveu o valora, o que representa um grave problema diante de um princípio estruturante do Estado brasileiro, estendido ao Poder Judiciário, que é o da laicidade, consubstanciado nos artigos 5º, inciso VI e 19, I, da Constituição.

A trabalhadora ajuizou a reclamação alegando ter sido discriminada em razão de sua identidade de gênero, trazendo à Justiça do Trabalho a oportunidade de refletir sobre a realidade das pessoas de gênero trans no ambiente laboral, no entanto, uma vez que o que foi

julgado é o suposto constrangimento de pessoas com as quais em nenhum momento se comunicou, o que se viu no acórdão é uma verdadeira fuga ao tema, um distanciamento do julgador em relação a um sujeito que pleiteia o reconhecimento de direitos a partir de sua realidade específica e exaustivamente exposta, além de uma incapacidade dos julgadores, em sede de 2ª instância, de enxergar os jurisdicionados e exercitar a empatia.

Diante do acórdão, a autora interpôs recurso de revista ao Tribunal Superior do Trabalho, alegando violação aos artigos. 3º, IV, 5º, I e 7º, XXX, da Constituição, nos termos do artigo 896, "c", da CLT.

Asseverou que o prequestionamento da matéria está no trecho do acórdão em que o Tribunal entendeu que o agir da empresa demonstrou disposição para respeitar as posturas culturais, sociais e religiosas de todos os envolvidos.

Enfatizou que não estão em discussão os fatos, ou seja, está consignado pelo conjunto das provas que a autora foi impedida de utilizar o vestiário conforme seu gênero, restando julgar se tal investida é discriminatória ou não.

Diante disso, defendeu a pertinência da reforma do acórdão e, conseqüentemente, a condenação por indenização por dano moral, haja vista as previsões constitucionais que defendem a vedação à discriminação por qualquer natureza no ambiente laboral, em nome da dignidade da pessoa humana.

No entanto, em despacho de admissibilidade, o Desembargador-Presidente do TRT 12 não conheceu do recurso de revista obreiro, por entender que a alteração do decidido dependeria do revolvimento das provas produzidas, o que não é autorizado pela Súmula 126 do TST.

A demanda, portanto, não chegou à cognição do Tribunal Superior do Trabalho, pois em 11/06/2015 o prazo recursal foi expirado sem que tenha havido qualquer investida da parte autora. Finalmente, em 27/10/2015 os autos foram arquivados definitivamente.

Assim, nota-se que a análise do processo judicial em referência não atingiu a instância especializada superior, responsável pela uniformização da jurisprudência. De todo modo, aponta elementos relevantes à compreensão da dimensão da transfobia no ambiente de trabalho, sobretudo na demanda concreta pelo uso do sanitário conforme a autodeterminação de gênero.

Analisa-se, também, que o processo em referência neste capítulo apontou que, no judiciário, a discussão sobre inclusão terminou por atrair uma ideia de monetarização das relações de trabalho, que sequer foi atingida em segunda instância. E mesmo que a

condenação fosse procedente, embora, de fato, as indenizações reparatorias sejam certamente importantes, todavia, não se observou uma discussão judiciária em torno da concreção mesmo do direito à inclusão e à não-discriminação.

Também, o processo apresentou a problemática não apenas do direito à forma de tratamento adequado das pessoas transexuais no gozo do acesso à justiça, por exemplo, nas peças processuais e na audiência, mas, sobretudo, revelou como o direito pode se inserir na disputa pela verdade do gênero e da classificação binária dos corpos, sendo recorrente a instrumentalização da gramática médica e demais saber-poderes que buscam a normalização dos corpos.

Finalmente, a análise do desfecho do caso apontou para a necessidade da construção de um direito da antidiscriminação, de modo que há um relevante papel a ser desempenhado pelos tribunais diante dos pressupostos do Estado Democrático de Direito e da própria Constituição da República de 1988.

É certo que o processo analisado não esgota a relação das pessoas transexuais com a justiça do trabalho, de todo modo os elementos coletados dão ensejo a uma reflexão comprometida com o combate a transfobia, cabendo aprofundá-los diante do instrumental teórico a que se recorre, em comparação, também, com outras decisões judiciais produzidas por outros Tribunais Regionais do Trabalho analisadas, pelas quais também se poderá refletir a respeito do papel dos tribunais na afirmação de direitos fundamentais.

CAPÍTULO 2 - SOBRE O DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO

É urgente falar sobre transfobia. Trata-se de um tema que vem ligado a uma cruel conjuntura, pois a realidade da população trans no Brasil é a de assassinatos, espancamentos, humilhações, desinformação e marginalização. Justamente por estes motivos, o debate é urgente.

Em 31 de março de 2016, a Transgender Europe (TGEU) publicou uma atualização dos resultados⁷ do Observatório de Pessoas Trans Assassinadas, revelando 2.016 homicídios reportados de pessoas trans e de gênero diverso em 65 países em todo o mundo entre 1 de janeiro de 2008 e 31 de dezembro de 2015, sendo mais de 1.500 da América do Sul e Central.

A pesquisa aponta, ainda, que o Brasil é o país campeão nos registros de assassinatos, com 802, número que revela que quase 40% dos assassinatos de pessoas transexuais elencados na pesquisa aconteceram em terras brasileiras.

O Grupo Gay da Bahia, por sua vez, publicou em janeiro de 2015 relatório⁸ que ofereceu o assustador número de que, no ano de 2014, foram documentadas 326 mortes de gays, travestis e lésbicas no Brasil, incluindo 9 suicídios, ou seja, morre, pelo menos, uma pessoa LGBT a cada 27 horas neste país.

Não bastasse, tais números ainda devem ser relativizados, pois as pesquisas não são capazes de catalogar todos os assassinatos, todas as violências ocorridas no escuro e no silêncio. Nesse sentido, observe-se que as estatísticas são patamares mínimos que, a toda evidência, são superadas.

Falar de pessoas LGBTs (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros, transexuais, intersexuais, pessoas não-binárias, dentre outras identificações que fogem a cis-heteronormatividade), então, é falar de corpos à margem, alvo de violências físicas que, muitas vezes, pelo menos uma a cada 27 horas no Brasil, leva a morte, mas também de violências simbólicas e institucionais que mitigam os direitos mais básicos desta população.

Violência simbólica é um conceito atribuído à Pierre Bourdieu (2002), e trata de um sistema complexo que vai além da violência física, mas visibiliza a naturalização da

⁷ Informação disponível no link: <http://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/03/TvT_TMM_TDoV2016_PR_PT.pdf> Acesso em: 25.10.2016

⁸ Relatório disponível no link: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2015/01/relatc3b3rio-2014s.pdf>> Acesso em 30/09/2016

dominação, uma incorporação da desigualdade nos corpos, orientando as relações sociais, em um ato que *se efetiva aquém da consciência e da vontade e que confere seu poder hipnótico a todas as suas manifestações* (BOURDIEU, 2002, p. 27)

Bourdieu (2002) demonstra como são incorporadas pelos sujeitos, sob a forma de esquemas inconscientes de percepção e de apreciação, as estruturas históricas da ordem masculina, de modo que os papéis de cada gênero tornam-se *habitus*, definido como o ato de classificar todas as coisas do mundo e todas as práticas segundo distinções redutíveis à oposição entre masculino e feminino, decodificadas nos esquemas homólogos, como exemplo, público/privado, razão/sensibilidade, ativo/passivo, produção/reprodução, força/fraqueza.

A transfobia é operada através desta lógica de dominação simbólica que impõe o fatalismo da dualidade masculino versus feminino, inserida, então, nos corpos, nas relações sociais, reificadas nos discursos institucionais. Nesse sentido, a partir do momento em que as oposições constituem importante maneira de organização social, a reflexão sobre os direitos de pessoas cuja identidade de gênero diverge da designada ao nascimento é, antes de tudo, sobre a existência de corpos que não fazem sentido, ininteligíveis, que estão na posição de abjeção, conforme identifica Judith Butler (2003), que significa aquilo que foi expelido do corpo, o não-eu, o Outro, a margem que questiona as rígidas categorias em que estão sedimentadas a noção de humanidade.

Isso porque, ainda para Butler (2003), a organização da sociedade passa pelas leis da regulação do gênero, que estabelecem os limites da possibilidade do humano através da divisão em polos binários – homens de um lado, mulheres de outro – sustentados pela heterossexualidade compulsória, exigência que mantém intactos os papéis sociais do gênero e orienta os desejos. Assim, para a autora, não é possível falar em “identidade” ou em “sujeito” antes de se refletir sobre identidade de gênero, *pela simples razão de que as "pessoas" só se tornam inteligíveis ao adquirir seu gênero em conformidade com os padrões reconhecíveis da inteligibilidade do gênero* (Butler, 2003, página 37)

Este processo de limitação das possibilidades do ser só se torna legítimo porque inserido em um sistema social que inverte, convenientemente, através de suas incontáveis instituições e estratégias, das quais faz parte o poder judiciário, a noção de natureza e cultura. Em *A Dominação Masculina*, Pierre Bourdieu (2002) identifica este processo de limitar as expressões do gênero à definição binária e genitализadora como um trabalho coletivo de socialização do biológico e de biologização do social, capaz de gerar a eternização do

arbitrário, que produziu nos corpos e nas mentes a inversão da relação entre as causas e os efeitos.

Ser homem ou ser mulher é fato que se coloca de maneira incontestável, por exemplo, a cada bebê registrado pelo Estado: é menino ou menina? Quem responde a essa pergunta certamente não é aquele vir-a-ser humano, porém, em razão de certa característica corporal, já se vê enquadrado num dos polos da divisão binária dos gêneros, tendo que corresponder a tais expectativas.

As crianças nascem com órgãos genitais, características cromossômicas, enfim, esta é sua natureza, mas este corpo é sexualizado por um conjunto de valores culturalmente construído que traz expectativas a ele. Ou seja, esta referida dualidade do gênero está calcada num domínio pré-discursivo para Butler (2003), anterior à existência do próprio sujeito, des-historicizado para Bourdieu (2002), no entanto, o que se impõe é que o conjunto de valores e significados é imposto como se fosse condição óbvia e anterior à própria cultura.

Esta realidade foi observada em diversos momentos no decorrer da análise do processo judicial tratado no capítulo anterior, principalmente nos argumentos da defesa, em que foram reivindicados elementos da burocracia, tais como registros civis, para se negar a transexualidade. Além disso, notou-se que o gênero da autora da ação foi trazido como questão de prova em audiência e que, inclusive, o acórdão da segunda instância aduziu a existência de certos *critérios objetivos* para o enquadramento do gênero da trabalhadora.

Tais critérios nada mais são do que ferramentas do poder político, ou seja, parte da cultura, mas tidos como suficientes, como verdades óbvias sobre o corpo, como se nada existisse aquém dos controles inventados culturalmente. É assim que se pode compreender que a distinção entre o que existe “antes” e o “durante” a cultura é uma maneira de excluir possibilidades culturais desde o início (BUTLER, 2003, p. 118).

Neste contexto, assume relevância o conceito de performatividade de gênero, atribuído à Judith Butler (2003), conceito que se adotará neste trabalho. Para a autora o sexo é discursivo, interpretado culturalmente e, diante deste cenário, o gênero é construído artificialmente, exigindo uma performance que imita uma norma cultural continuamente reiterada. Frise-se que Butler não pretende fazer crer que exista uma noção verdadeira de gênero que é imitada, mas que sua prática reguladora é embasada na repetição e imitação de uma “ideia de original” (BUTLER, 2003, p. 197).

Em sua História da Sexualidade I: A vontade do saber, Michel Foucault (1988) rompe com a hipótese repressiva no que se refere a construção histórica da sexualidade. As

violências que envolvem as definições das possibilidades do gênero e da sexualidade, para o autor, são apresentadas de forma propositiva pelas ferramentas do poder, de modo que as instituições sociais não proibem o sexo, mas o criam.

Tal criação faz parte do controle biopolítico sobre os corpos, que se veem catalogados, objetificados, decifrados, limitados por um discurso que construiu em torno do sexo e a propósito dele um imenso aparelho para produzir verdades. Foucault (1988) explica que as correlações de força que por muito tempo tinham encontrado sua principal forma de expressão em todas as formas de guerra, têm investido na ordem do poder político, o que é feito pelo controle dos corpos, que, por sua vez, passou necessariamente pela criação do dispositivo da sexualidade.

O dispositivo da sexualidade molda os comportamentos e expectativas sociais, cria a sexualidade, sendo que o mesmo ocorre com o dispositivo da transexualidade (BENTO, 2006), definido como saber-poderes que criam as verdades sobre os corpos transexuais, sendo critério para se diagnosticar “um verdadeiro transexual”, iniciativa que não apenas impede o reconhecimento da humanidade de subjetividades ininteligíveis, como universaliza os significados da experiência transexual (BENTO, 2006, p. 46). Tais dispositivos, ao classificar determinadas experiências como normais ou anormais não identifica supostas diferenças naturais entre hétero e homossexuais, homens e mulheres, cis e transexuais, mas produz a própria distinção.

Assim, sexo é discurso e discurso é saber-poder. É nesta lógica que as ciências sexuais, no Século XIX, segundo Foucault (1988), vão ganhando espaço dentro das estratégias de produção de verdades sobre os corpos. É por meio da medicalização da sexualidade que se legitima o natural, o humano e não-humano e que vão se sedimentando normas que fomentam a transfobia.

É nesse sentido, que o direito à identidade de gênero, ou seja, de assumir-se responsável pela própria performance, por ela ser reconhecido, sem que se desça algum grau de humanidade, apesar da normas acima posicionadas, tornou-se bandeira de luta. Intersecciona-se, neste debate, o princípio da dignidade humana, do direito à personalidade, à igualdade, da vedação à discriminação.

Entretanto, nota-se que a patologização das identidades trans tem cumprido um papel importante para a violação destes pressupostos da ordem constitucional, na medida em que corrobora para a manutenção do complexo sexo-gênero, operando, para isso, por meio da imposição de um discurso de normalidade.

2.1 A patologização como ferramenta de negação do reconhecimento da identidade de gênero

No primeiro capítulo deste trabalho, notou-se que no decorrer do processo analisado há inúmeras iniciativas, seja dos juízes ou da própria empresa reclamada, que visam atestar a verdade do gênero da autora da referida ação. Em especial, há uma consideração da psicóloga da empresa, que afirmou em audiência não poder identificar o que *a autora seria para a psicologia* por não ter tido a oportunidade de realizar uma avaliação mais densa.

E assim tem-se uma relevante comprovação do papel da ciência médica e psicológica para o controle das normas de gênero e para a patologização de identidades ininteligíveis, pois só é possível estabelecer um regime de naturalidade se também houver alguém identificado como anormal. Butler (2000) contribui para esta análise ao tratar da importância da existência da criação do abjeto para a solidificação das práticas a serem consideradas naturais, conforme exprime o trecho:

Esta matriz excludente pela qual os sujeitos são formados exige, pois, a produção simultânea de um domínio de seres abjetos, aqueles que ainda não são "sujeitos", mas que formam o exterior constitutivo relativamente ao domínio do sujeito. O abjeto designa aqui precisamente aquelas zonas "inóspitas" e "inabitáveis" da vida social, que são, não obstante, densamente povoadas por aqueles que não gozam do status de sujeito, mas cujo habitar sob o signo do "inabitável" é necessário para que o domínio do sujeito seja circunscrito. Essa zona de inabitabilidade constitui o limite definidor do domínio do sujeito; ela constitui aquele local de temida identificação contra o qual — e em virtude do qual — o domínio do sujeito circunscreverá sua própria reivindicação de direito à autonomia e à vida. Neste sentido, pois, o sujeito é constituído através da força da exclusão e da abjeção, uma força que produz um exterior constitutivo relativamente ao sujeito, um exterior abjeto que está, afinal, "dentro" do sujeito, como seu próprio e fundante repúdio. (BUTLER, 2000, pág. 112)

E é assim, conforme aponta André Lucas Gerreiro Oliveira (2004), que o Estado brasileiro possibilita algum mínimo reconhecimento de possibilidade de existência às pessoas transexuais: a partir da constatação de sua anormalidade, pois esta é uma forma de manter intactas algumas estruturas do gênero. O procedimento para a obtenção do processo de transgenitalização no SUS exige, por exemplo, pelo menos dois anos de terapia compulsória⁹, pela qual seria emitido um laudo por uma equipe multidisciplinar que ateste a efetiva condição de doente do portador do tal *transexualismo*.

⁹ Resolução nº 1.955/2010, Conselho Federal de Medicina

Ocorre que, ainda para Oliveira (2014), as pessoas transexuais submetidas à terapia compulsória têm que se encaixar totalmente nos papéis heteronormativos esperados tradicionalmente de homens – virilidade, falta de vaidade - e mulheres –expressividade contida, inexistência de pelos -, sob pena de serem reconhecidas como transexuais falsos. Isso porque, conforme Bento (2006) o diagnóstico emitido nestes casos, ao dar concretude ao dispositivo da transexualidade acima referido, não adota outro critério senão a própria ordem do complexo sexo/gênero exposta.

No discurso judiciário veiculado por desembargadores do trabalho, analisado no primeiro capítulo, há elementos sérios desta patologização, tanto que o acórdão analisado procura a Resolução nº 1.955/2010 e a gramática medicalizante do Conselho Federal de Medicina para enquadrar o gênero da autora da ação.

Da mesma forma, em outro processo judicial, desta vez no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região – Rio de Janeiro, em que cuidava-se de Mandado de Segurança de nº 0011357-37.2014.5.01.0000, oposto pela trabalhadora que alegava ter sido dispensada do emprego em razão da discriminação por sua transexualidade, os desembargadores do órgão julgador consideraram consistente a incidência da Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho à situação da reclamante, haja vista haver normativa da Organização Mundial de Saúde dispondo ser a transexualidade uma doença. Tal Súmula estabelece o seguinte:

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. (grifos nossos)

Conforme se infere da própria leitura do entendimento sumulado supracitado, a jurisprudência consolidada destina-se à proteção do emprego aos portadores do HIV, no entanto, os julgadores, sem maiores problematizações ao caso concreto, a aplica como um processo mecânico de uniformização de jurisprudência. Assim, por si só, seria um elemento relevante o fato de os julgadores terem se recorrido ao discurso patologizante para a definição dos significados da experiência transexual, corroborando com as mais sofisticadas normas que institucionalizam a transfobia.

No entanto, deve-se acrescentar ainda que, para os desembargadores do tribunal carioca, o reconhecimento da transexualidade enquanto doença não foi suficiente para

conferir direito à reintegração ao emprego pela autora, pois o que foi consignado pelo acórdão é que não havia elementos capazes de evidenciar que a impetrante do mandado de segurança se enquadrava efetivamente como transexual naquela situação.

Isso significa que a hipótese do julgador foi a de que não houve discriminação, pois nos limites da construção gramatical patologizadora a autora não poderia ser considerada transexual. Desta forma, imperioso observar que, da análise dos acórdãos mencionados, o elemento patologizador no discurso judiciário serviu apenas como justificativa para se restringir as possibilidades de se compreender a transexualidade e, também, para se manter o regime de vigilância do gênero, e através disso legitimou-se o bloqueio de acesso a direitos como à reintegração ao emprego devido a dispensa discriminatória e se minou qualquer possibilidade de se reconhecer a autodeterminação de gênero.

A hipótese de incidência da súmula jurisprudencial supracitada privilegia a saída patologizadora, quando seria possível articular inúmeras outras previsões normativas, como é o caso da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, que encaixa a transfobia (distinção, exclusão ou preferência fundada no sexo) dentro do conceito de discriminação, bem como da Lei 9.029/95, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, além de origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade.

Assim, o contexto fático entregue à jurisdição ensejava uma discussão a partir dos direitos fundamentais das pessoas transexuais. No entanto, os acórdãos analisados, proferidos pela segunda instância dos Tribunais Regionais do Trabalho das 12ª e 1ª regiões, naquelas ocasiões, reproduziram o papel do poder judiciário enquanto parte do dispositivo da transexualidade e de mantenedor das normas de produção de verdade sobre o gênero, contribuindo para um contato de violência entre a justiça especializada e as pessoas transexuais.

2.2 Transexualidade e mercado formal de trabalho: exclusão e precarização

Diante do quadro conceitual acima delineado, articulado com as decisões proferidas pela justiça do trabalho, cabe indagar: em que contexto se insere as realidades descritas nos processos judiciais analisados? Como se dá a inserção dos corpos transexuais, que estão em

posição de abjeção, no mercado de trabalho? Por que é importante observar as demandas das pessoas de gênero trans naquela justiça especializada? É o que se passará a investigar.

Da leitura dos processos e decisões judiciais é possível concluir que um fator relevante no que se refere aos pleitos de pessoas transexuais na justiça do trabalho foi a temática da própria inclusão no mercado formal de trabalho. Esta problemática está expressa no capítulo 1, em que o caso analisado, de um dano-moral pré-contratual, traz a situação em que uma mulher transexual, embora tenha realizado o processo seletivo para sua contratação, não foi efetivada no cargo pretendido quando iniciou a disputa com a empresa pelo direito ao reconhecimento de sua identidade de gênero, materializado no pleito de utilização do vestário correspondente ao gênero com o qual se reconhece.

Ainda, nota-se que a ausência/inserção no mercado formal de trabalho é tema que surge também da análise de outro processo judicial, de nº 0001411-60.2014.5.03.0008, que tramitou no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Minas Gerais. Neste caso, uma pessoa que se identificava como transexual, tendo sido tratada no processo no masculino, interpôs recurso ordinário à 2ª instância trabalhista para ver modificada sentença que indeferiu seu pedido de indenização por dano moral, afirmando que, em que pese ter sido aprovada no processo seletivo, não foi contratada de última hora por ser transexual.

Observa-se que, neste caso, havia como principal prova, considerada lícita pelo órgão julgador, uma gravação telefônica entre a reclamante e o profissional responsável pelo recrutamento na empresa. Nesta ligação, o profissional referido teria repassado à candidata que seu superior não achava por bem contratá-la, por se preocupar com os clientes. No acórdão, a gravação está assim transcrita:

"- Eu vou ser sincero, gostei muito do seu perfil profissional acho que você vai ter uma carreira de sucesso sim oportunidade deve chegar pra você pra valer, dá pra ver que você quer trabalhar, isso é importante. Hoje e m dia assim eu que trabalho com recrutamento poucos candidatos eu vejo com vontade de trabalhar. Certo, espero que você tenha muito sucesso.

- No eu queria ver a cara desse cara, será o que ele imaginou quando você falou? Você chegou a falar com ele que eu era transexual, chegou né?

- Sim, tenho que dar a informação correta, né? - (...) **o que me passou foi que a preocupação dele era com os clientes dele, né? - Haaa que é classe "A", exatamente porque o que acontece, cliente hoje em dia, a gente todos nós temos uma preocupação com o público, né?"** (grifos nossos)

Ao final, o relator do acórdão apontou que estava configurada a responsabilidade da empregadora pelo alegado dano moral pré-contratual, entendendo que se, por um lado, é verdade que a liberdade e a autonomia privada concedem a todos o direito de não contratar, também é certo que essa mesma ordem jurídica assegura o dever de boa-fé, de lealdade, de

respeito à dignidade da pessoa humana, além do dever de promover a igualdade e vedar a discriminação.

Assim, salientou que a Constituição Federal assegura a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, caput), proíbe a discriminação no tocante a salário e critérios de admissão, por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXXI) e, no plano da legislação do trabalho, apontou ser de suma relevância o art. 372 da CLT e a Lei 9.029/95, que, inclusive, criminaliza algumas práticas discriminatórias, além de assegurar, em seu art. 4º, a reparação por dano moral ao empregado vítima de ato discriminatório.

Note-se, ainda, que o acórdão adotou normativas no plano internacional, já que asseverou que o Brasil ratificou a Convenção n. 111 da OIT, que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação, e que tem como principais preocupações a afirmação dos valores constantes da Declaração de Filadélfia, dentre os quais se inscrevem a igualdade de oportunidades, a dignidade e o progresso material, assim como a conscientização de que a discriminação constitui violação aos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

O arcabouço argumentativo utilizado, conforme se observa, sistematizou importantes dispositivos que protegem o direito à identidade de gênero, bem como asseguram a responsabilidade dos empregadores de atuarem proativamente à concretização de um ambiente de trabalho digno e repararem eventuais violações de direitos. Enfatiza-se a menção ao artigo 7º, XXXI, da Constituição, pois o dispositivo veda discriminação por gênero nos critérios de admissão no emprego, temática exposta nos casos supramencionados.

Veja-se que, neste caso, a fala do empregador na ligação capturada, de que a contratação de uma trabalhadora transexual prejudicaria a imagem da empresa perante seus clientes é o tanto quanto basta para que se perceba que, na visão da empresa, a simples presença de determinados corpos relegados à margem social torna tais ambientes “poluídos”, de modo que, com a sua contratação, se corre o risco de desagradar clientes e consumidores.

O diferencial deste processo judicial foi a existência de uma gravação comprovando a repulsa do empregador em incluir uma transexual em seu quadro de funcionários, de modo que foi possível comprovar a efetiva discriminação. No entanto, nem sempre esta percepção transcende o plano do velado. De todo modo, registre-se que é neste contexto que está uma das maiores expressões da transfobia nos ambientes corporativos, espaços assépticos em relação às transexuais, conforme têm denunciado militantes da causa trans no Brasil: *Basta fazer um resgate mental: quantas pessoas trans você já viu trabalhando numa padaria,*

*balcão de farmácia ou no mesmo lugar que você?*¹⁰.(SANTIAGO, Ludymilla. 2016). Ou seja, o primeiro problema que emana às pessoas transexuais, antes mesmo de se falar na aplicação da legislação protetiva do direito do trabalho, é o do próprio acesso ao trabalho.

É por isso que uma articulação entre pessoas trans no Brasil criou o site www.transempregos.com.br, cuja preocupação é com a empregabilidade de transexuais e travestis, de modo que o site é constituído como um canal de divulgação de vagas de postos de trabalho destinadas exclusivamente a pessoas trans. O acesso às vagas pelo site se dá através de cadastro efetuado pelos próprios empregadores dispostos a romper com a lógica da transfobia no acesso ao mercado de trabalho, contratando estas pessoas em seus estabelecimentos. Conforme informações veiculadas no próprio site, no Brasil a população trans ainda se vê diante de um quadro sério de desemprego, *precisando negar a própria identidade de gênero para encontrar um emprego ou mesmo, sendo obrigada a trabalhar em empregos informais onde via de regra não são valorizadas.*¹¹

Isso se explica no fato de que, conforme expõe Bourdieu (2002), a divisão sexual do trabalho é fundamentalmente centrada na manutenção do capital social e simbólico, ou seja, por meio dela também se mantêm as estruturas da dominação masculina. Nesse sentido, a reprodução dos papéis sociais do gênero ampara-se na naturalização como atribuição dos homens *o monopólio de todas as atividades oficiais, públicas, de representação e, em particular de todas as trocas de honra* (BOURDIEU, 2002, p. 30) e às mulheres o contrário, ou seja, o espaço da irracionalidade, do cuidado, o dever reprodutivo e doméstico, dentre outros.

Ora, se a divisão sexual do trabalho orienta a dinâmica das atividades produtivas, por outro lado corrobora com a determinação dos papéis sociais do gênero, de modo que, uma vez mais, aqueles corpos que fogem da ordem binária se veem excluídos da noção do que é trabalho.

Some-se a isso o estigma que carregam as pessoas transexuais, que, em razão da transfobia, são taxadas de violentas, *poluidoras* e vistas como ameaças à ordem e está composta a conjuntura de onde partem as denúncias como a de Ludmylla, acima exposta.

¹⁰ Relato retirado da reportagem disponível no link:

<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2016/01/29/interna_cidadesdf.515709/transgeneros-reclamam-da-dificuldade-em-conseguir-emprego.shtml> Acesso em 22.11.2016

¹¹ Informação retirada do site: <<http://www.transempregos.com.br/sobre/>> Acesso em: 31.10.2016

Tais relatos não são meras indisposições individuais, mas vivências cotidianas compartilhadas, que compõem o cenário ilustrado por pesquisas como a realizada pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil (ANTRA), que apontou que 90% das travestis estão se prostituindo no país. Ou seja, a larga maioria das travestis brasileiras estão no mercado informal, do sexo. Além disso, a análise de dados do já mencionado Observatório de Pessoas Trans Assassinadas, feita pelo Transgender Europe (TGEU) mostra que 65% de todas as pessoas trans e de gênero diverso assassinadas em 2015 cujas profissões são conhecidas eram trabalhadoras sexuais.

Não é o objetivo deste trabalho realizar um debate aprofundado a respeito da prostituição, tema que envolve perspectivas diferentes a serem sopesadas, desde a necessidade de regulamentação da profissão como uma afirmação da liberdade de dispor sobre o próprio corpo e de proteção ao trabalho, bem como a perspectiva estruturante da prostituição, que alerta para a ameaça de que a regulação enseje a institucionalização e legalização da mercantilização dos corpos.

Ainda que defendendo a regulamentação, seus termos se colocam em disputa, por exemplo, em temas sobre como vedar a cafetinagem e as diversas formas de exploração, o debate geracional e a proteção integral à crianças e adolescentes, dentre outras reflexões, debate que surgiu em decorrência da tramitação do projeto de lei 4211 na Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Federal Jean Wyllys (PSOL-RJ).

O fato relevante aqui, no entanto, é que os dados apontados nas pesquisas da ANTRA e da TGEU permitem concluir que a prostituição é uma atividade vista quase como fatalidade às travestis e transexuais, que não têm encontrado muito espaço para exercerem outras atividades laborais. Esta circunstância enfraquece a dimensão de que, no caso das travestis e transexuais, a prostituição é sempre advinda de mera escolha individual e livre disposição sobre o próprio corpo.

O Trabalho de Conclusão de Curso de Laura Martendal¹², intitulado de *Experiências Profissionais? Relatos de mulheres transexuais* valeu-se de pesquisa com seis mulheres transexuais, com idade superior ou igual a 40 anos, cujo objetivo era descobrir que experiências profissionais constituem a identidade de tais mulheres. Os resultados encontrados apontaram que a inserção no mercado de trabalho de algumas das entrevistadas,

¹² Mulher transexual graduada em Serviço Social na Universidade Federal de Santa Catarina. TCC disponível no link: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/156667/TCC-%20Laura%20Martendal.pdf?sequence=1>>. Acesso em 13.10.2016

com direitos trabalhistas reconhecidos, se deu em determinado momento de suas vidas antes do processo de feminização ou durante o mesmo. Entretanto, absolutamente todas as experiências foram marcadas pela prostituição (MARTENDAL, 2015, pag, 49), sendo que apenas uma entrevistada assumiu a condição de profissional do sexo como profissão escolhida e que não trocaria se tivesse oportunidade de exercer outra (MARTENDAL, 2015, p. 41).

A própria autora do trabalho expôs sua trajetória, narrando o seguinte:

Fui demitida de um restaurante que trabalhava há quase três anos, de caixa, foi logo no início quando resolvi começar a tomar hormônios. O restaurante ficava à beira-mar e era muito conceituado no ramo. Os clientes começaram a perguntar para os garçons se eu era homem ou mulher. Recebi várias propostas para programas após o horário de trabalho. Com alguns desses clientes vim a fazer programa como profissional do sexo, minha próxima profissão. Depois que fui demitida desse restaurante levei quase 20 anos para conseguir emprego de carteira assinada, durante este tempo me prostitui. Depois de muitos anos mandando currículo fui contratada como auxiliar de cozinha em uma pizzaria. Sobram as profissões subalternas, não tanto por falta de instrução, mas por falta de escolha (Laura, autora TCC). (MARTENDAL, 2015, p. 41)

Nesse sentido, os dados colhidos apontam para uma tendência de que o trabalho das pessoas transexuais seja, geralmente, precarizado. E isso ocorre não apenas em razão da prostituição, que não é por si só, necessariamente, uma atividade degradante, mas diante de uma realidade de desregulamentação é por óbvio precarizado. É que conforme ainda aponta Martendal (2015), para um número significativo de mulheres transexuais o mercado de trabalho se fecha e as opções encontradas para produzirem sua existência são, além da indústria do sexo, atividades como funcionárias de boates e saunas, e a indústria estética, como cabeleireiras, costureiras, depiladoras ou maquiadoras. Nota-se que as experiências são de atividades subalternizadas, muitas vezes relegadas à informalidade, no entanto naturalizadas como as mais viáveis a estas mulheres. (MARTENDAL, 2015, p. 22)

Por sua vez, Selma Venco (2009), ao pesquisar a novas conformações do mercado de trabalho na era tecnológica, afirma que os serviços de *call centers*, sobretudo através da terceirização, possuem alto nível de exploração e invisibilidade, constituindo uma nova classe proletária não operária (VENCO, 2009, p. 171), com novos recortes. Decodifica a autora, ainda, que esta nova composição do mercado de trabalho, que maximiza a exploração dos trabalhadores, é também um espaço que dá preferência às pessoas transexuais, não apenas por ser um trabalho em que o contato com o público se dá pelo telefone, ou virtualmente, mas porque, como se trata de uma população mal recebida no mundo do trabalho, submete-se a trabalhos de alta precarização. Observe-se:

Os trabalhadores selecionados por empresas terceirizadoras de serviços de telesserviço são predominantemente mulheres, jovens, afrodescendentes, homossexuais, transexuais, obesos, enfim, pessoas frequentemente rejeitadas em postos de trabalho que envolvem o contato vis-à-vis, relegando-as a permanecerem invisíveis a uma sociedade de consumo que privilegia certos padrões estéticos.

Na visão empresarial, esse setor é marcado por relações mais democráticas e despojadas de preconceitos, pois seleciona pela dicção trabalhadores que são recusados pelo mundo do trabalho. De fato, essa postura expressa uma forma – adotada pelo capitalismo – de incorporação de segmentos estigmatizados pela sociedade, pois tanto empresários quanto operadores reconhecem que as pessoas que vivenciam cotidianamente o preconceito não apenas no campo do trabalho, ao encontrar esse emprego serão mais produtivas e submeter-se-ão mais às regras e à disciplina impostas pelo trabalho. (VENCO, Selma, 2009, p. 170)

Necessário compreender, assim, estes apontamentos como relevante discussão a ser realizada pelo direito brasileiro, haja vista que os direitos sociais, sobretudo ao trabalho digno, têm sido mero texto inerte, no que se refere a sua extensão às pessoas transexuais.

Em 2015, a Organização Internacional do Trabalho, em conjunto com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids (UNAIDS), dentre outros parceiros, publicaram um manual intitulado de *Promoção de direitos humanos de pessoas LGBT no mundo do trabalho: construindo Igualdade de Oportunidades no Mundo do Trabalho – Combatendo a Homo-lesbo-transfobia*.

De acordo com o referido manual, o direito a trabalhar é um desses direitos humanos que precisam ser garantidos às pessoas LGBT, ressaltando que não se trata apenas do acesso ao emprego e do direito à estabilidade, mas da construção de um ambiente de trabalho inclusivo, onde os trabalhadores e trabalhadoras sejam tratados com respeito e equidade e com liberdade para se expressarem, sem constrangimentos ou violências.

Ao direito do trabalho não cabe mais a perspectiva da “classe trabalhadora” como ente universal, pois as conformações deste mercado são diferenciadas pelas marcas das estruturas sociais, dentre elas o gênero, de modo que o debate atinente à justiça social é inescapável à discussão acerca dos agentes da transfobia.

Esta reflexão coaduna-se com o que se notou nas decisões judiciais abordadas neste capítulo, que, ao ilustrarem o problema da inserção das pessoas transexuais no mercado de trabalho através da materialização dos pedidos de reparação pela configuração de um dano moral pré-contratual, demonstram a relevância de que a busca pela universalização do direito ao trabalho interseccione as dimensões do gênero como, inclusive, forma de redistribuição de renda.

2.3 O direito da antidiscriminação como aposta pelo reconhecimento e a redistribuição no sistema jurídico

Necessário, neste ponto, questionar a respeito de quais as formas de injustiça que se interconectam na realidade estudada no tópico anterior. A figura da contradição capital-trabalho é suficiente para enquadrar a relação das pessoas transexuais na vida laboral? Por que direitos sociais básicos conquistados por trabalhadores ao longo da história são sumariamente negados às pessoas de gênero trans?

Diante da contribuição de Nancy Fraser (2001), se problematizaria que estes conflitos identitários, representados pela luta contra a transfobia, se localizam historicamente como pós-socialistas e suplantariam o interesse de classe como o meio principal da mobilização política e a exploração como a injustiça fundamental, de modo que *o reconhecimento cultural toma o lugar da redistribuição socioeconômica como remédio para a injustiça e objetivo da luta política*. (FRASER, 2001, p. 1)

É que a autora propõe uma diferenciação entre demandas por reconhecimento e por redistribuição como um dilema de justiça. Para ela, a demanda por redistribuição tem a ver com a injustiça econômica, que se radica na estrutura econômico-política da sociedade, atribuindo a este conceito exemplos que incluem: (i) a exploração, entendida como a expropriação do fruto do próprio trabalho em benefício de outros em patamares hierarquicamente superiores; (ii) a marginalização econômica, que significaria a obrigação ao labor em más condições, com salários ruins ou mesmo o não acesso ao trabalho remunerado; e a (iii) privação, que representaria a falta de acesso a um padrão de vida material adequado e satisfatório (FRASER, 2001, p. 232).

Por outro lado, para a autora, as demandas por reconhecimento têm a ver com o combate à injustiça cultural ou simbólica. Nesse sentido, a injustiça se radicaria nos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, cujos exemplos incluiriam a dominação cultural – *ser submetido a padrões de interpretação e comunicação associados a outra cultura, alheios e/ou hostis à sua própria* (FRASER, 2001, p. 232) e o ocultamento, cujo signo é a invisibilidade por efeito das práticas comunicativas.

É certo que Fraser (2001) vai defender a importância da articulação de ambos os conceitos, sobretudo ao demonstrar como a vivência dos critérios raciais e de gênero, por exemplo, se interseccionam tanto na demanda por reconhecimento quanto por redistribuição. No entanto, esta diferenciação não apenas não faz sentido para Judith Butler (2000), como é

denunciada por ela como sendo uma visão que tem sido instrumentalizada para fins de minimizar as ditas demandas por reconhecimento, relegando a disputa contra a cis-heteronormatividade a um plano secundário, *meramente cultural*, diante da injustiça exclusivamente material: a econômica.

Para Butler (2000) é errônea a distinção entre a vida material e a vida simbólica de maneira tão estável, vez que o econômico, ligado ao reprodutivo, está necessariamente vinculado à reprodução da heteronormatividade.

Nesse sentido, a perspectiva pós-estruturalista, que reflete sobre a produção dos sujeitos pelo poder e indica a importância dos dispositivos do gênero e da sexualidade, não trata apenas de pessoas que sofrem de uma falta de reconhecimento cultural por parte de outras, mas, pelo contrário, explica que é a existência de um modo específico de produção da sexualidade e dos próprios sujeitos que mantém a estabilidade do sistema de gênero, da heterossexualidade do desejo, da naturalização do modelo de família e da própria economia política. (BUTLER, 2000, p. 10), não havendo como distinguir os processos de desigualdade econômica do de produção de sujeitos.

Foucault (1988) corrobora com esta análise ao postular que o dispositivo da sexualidade, articulado como uma relação de saber-poder, foi criado pelas classes dirigentes e imposto como mecanismo de controle econômico e sujeição política. Frise-se que, neste ponto, o autor também rompe com o mito da repressão, na medida em que considera que a classe burguesa empreende o controle social por meio do corpo não como uma forma de reprimir a sexualidade das classes inferiores, mas como uma afirmação soberana de si mesmo, do próprio corpo e saúde, relegando a marginalização sexual a uma dimensão também de estratificação social (FOUCAULT, 1988, p. 116).

Esta é justamente a realidade encontrada nesta pesquisa. Se a exclusão do mercado de trabalho formal, ou a precarização, apontariam para um problema de redistribuição, por gerar injustiças no plano material e econômico, por outro lado, esta realidade laboral só se dá em razão da existência de normas que determinam o não-lugar das pessoas transexuais na vida política, econômica e social. Nesse sentido, necessário enfatizar que a exploração econômica, ou a marginalização social, é energizada pela transfobia, que é uma vivência material e simbólica, sendo sua nuance no mundo do trabalho uma interseção evidente da impossibilidade da distinção estável entre redistribuição e reconhecimento.

Daí a importância de que a reflexão sobre mercado e trabalho seja relacionada à questão da identidade de gênero, sob pena de, na ausência deste recorte, estarem

invisibilizadas demandas particulares de uma população já marginalizada. É nesta intersecção que se articulam critérios de injustiça que se retroalimentam, de tal forma que é possível concluir que a mitigação de direitos sociais e a opressão econômica está ligada a própria produção das noções de que corpos são considerados como trabalhadores ou até mesmo como sujeitos de direito.

Conforme demonstrado no início deste capítulo, as demarcações do gênero são estruturas fundamentais à inteligibilidade humana, de modo que não haveria como se falar em identidade, sem antes se refletir sobre identidade de gênero. Nesta perspectiva, tampouco há que se falar em direitos humanos fundamentais de forma abstrata sem que se reflita sobre corpos relegados à condição de marginalidade, de não humanidade.

É esta a reflexão fundamental para a compreensão do vazio de garantias de direitos sociais à população trans no Brasil, sugerida pelos dados apontados no tópico anterior. Segundo Judith Butler (2003), é necessário compreender o poder em uma dimensão dúplici: jurídica e produtiva, haja vista que o processo de controle político dos corpos *precisa ser mais do que uma permuta entre sujeitos ou uma relação de inversão constante entre um sujeito e outro; na verdade, o poder precisa operar na própria produção dessa estrutura binária em que se pensa o conceito de gênero* (BUTLER, 2003, p. 8)

Nesse sentido, os sujeitos jurídicos são produzidos por via de práticas de exclusão, a partir da imposição da ordem binária como única possibilidade de existência, de modo que o poder jurídico não apenas regula a vida dos cidadãos sob seu comando, mas, antes disso, produz os próprios sujeitos, a própria noção de cidadania, ou seja, o poder jurídico produz o que, posteriormente, finge meramente representar (BUTLER, 2000, p. 19).

A autora, assim, visibiliza o processo de produção dos sujeitos para além da proposição formal positivada de que “todos são sujeitos perante a lei” ao apontar que esta máxima apenas legitima a própria hegemonia reguladora da lei, não apenas a partir da ocultação das exclusões, mas, fundamentalmente, tomando as estruturas jurídicas como seu próprio fundamento.

Cumpra-se apontar, então, que a mensagem transmitida é a de que nem todos são sujeitos perante a lei, mas que serão sujeitos de direitos todos que estiverem conforme à lei. Talvez aí resida a naturalização da negação de direitos sociais e civis básicos a população transgênero, já que se trata de pessoas desconformes à lei imposta, à noção do que é ser sujeito.

De fato, um exemplo disso ocorreu quando no acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, abordado no capítulo 1, a humanidade da autora foi flexibilizada no momento em que se sobrepôs sobre seus direitos fundamentais os interesses de outras trabalhadoras. O que ocorreu foi que, por serem aquelas outras trabalhadoras cisgênero e, por isso, estarem conforme a lei, o Tribunal pôde visibilizar seus supostos constrangimentos, no entanto, não foi capaz de fazer o mesmo exercício de reflexão quando o sujeito da violação, do vexame era uma mulher transexual.

Nesse sentido, o debate sobre a proteção constitucional ao trabalho da população trans deve, inicialmente, romper drasticamente com as dimensões do binarismo de gênero e partir para uma perspectiva do direito da antidiscriminação que reconheça a realidade histórica de grupos marginalizados, rumo à materialização do princípio da igualdade entre os sujeitos.

Conforme já salientado, para Rios (2008), o direito da antidiscriminação fornece ao direito constitucional categorias e instrumentos em favor da força normativa da constituição, tratando-se, ainda, da compreensão do princípio da igualdade como proibição à discriminação (RIOS, 2008, p. 13). Para o autor, no entanto, a realidade do direito da antidiscriminação no Brasil é permeada por um déficit gerado pela “naturalidade” com que se convive com a exclusão social, racial e sexual.

Consoante já demonstrado no capítulo anterior, o direito da antidiscriminação, para Rios (2008), divide-se em duas acepções: a da antidiferenciação e a da antissubordinação. Aqui, defende-se a segunda perspectiva, pois é a que investe o princípio da igualdade de um conteúdo substantivo, a ser concretizado em cada momento histórico.

Ora, se a ideia abstrata de que “todos são sujeitos/iguais perante a lei” invisibiliza as exclusões por que passam as pessoas transexuais, é através de uma militância pela antidiscriminação baseada no contexto social que poderá efetivar o princípio da igualdade aos membros de grupos em situação de desvantagem social, econômica, racial, religiosa, de gênero, etc (RIOS, 2008, p. 37). Assim, *o engajamento na superação das situações de discriminação, e não a neutralidade, é a mola propulsora da atuação do princípio da igualdade.* (RIOS, 2008, p. 38)

Daí a importância da construção de um direito da antidiscriminação, desde uma perspectiva que articule o reconhecimento da luta identitária para a noção de justiça social, incluída aí, também, a dimensão da redistribuição econômica. Este processo, por meio do qual os sujeitos LGBTs se articulam coletivamente em torno de identificações negadas rumo à efetivação de direitos negados é a diferenciação positiva (RIOS, 2008) que pode

complementar as lacunas não-ditas pelo texto positivado, sendo recebida pelo direito da antidiscriminação.

Consoante se passará a demonstrar, o reconhecimento da desigualdade material e histórica, bem como a articulação dos instrumentos jurídicos para a transformação da realidade social e o reconhecimento dos direitos fundamentais das subjetividades negadas é o papel que se espera dos tribunais na aplicação do direito.

CAPÍTULO 3 - PRENOMES E BANHEIROS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DOS TRIBUNAIS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS PESSOAS DE GÊNERO TRANS

Viu-se, no capítulo anterior, o enquadramento do conceito de identidade de gênero a partir dos referenciais teóricos apontados e, ainda, se procurou localizar as decisões judiciais estudadas nos conceitos lançados pela literatura apontada. Em seguida, se problematizou a respeito da presença (ou ausência) das pessoas transexuais no mercado de trabalho, a partir não apenas da caracterização teórica das relações entre gênero e mercado de trabalho, mas também a partir dos elementos encontrados nos processos judiciais acerca dos danos morais pré-contratuais.

Finalmente, os dados encontrados foram problematizados como um dilema de justiça e inclusão social, ocasião em que se concluiu pela necessária construção de um direito da antidiscriminação como combate à transfobia no ambiente de trabalho.

Procura-se neste capítulo, então, refletir a respeito dos discursos veiculados acerca das demandas concretas das pessoas transexuais encontradas nos processos judiciais estudados. Este recorte justifica-se porque o olhar cuidadoso para estas demandas pode contribuir para uma compreensão de como a transfobia no ambiente de trabalho se dá no cotidiano.

Assim, necessário pontuar que o que se viu de preponderante na análise dos processos judiciais é que o direito ao uso do banheiro conforme a autodeterminação de gênero e o direito ao uso do nome social são demandas que transversalizam a maioria das discussões encontradas. Nesse sentido, tais demandas serão tratadas como exemplificação acerca de qual o papel da jurisdição no que se refere à efetivação dos direitos fundamentais da população trans.

3.1 “Ei, você está no banheiro correto?”: sobre vigilância e dignidade

Conforme se notou no capítulo 1 deste trabalho, o uso do banheiro conforme a autodeterminação de gênero expressa uma demanda concreta das pessoas transexuais perante a justiça do trabalho, ao mesmo tempo em que as políticas internas sobre banheiros condicionam o modo como empregadores compreendem a inclusão no emprego. Isso porque a estrutura organizacional e arquitetônica dos banheiros nos estabelecimentos corporativos partem do pressuposto da divisão binária entre os sexos, que pré-determina para que local

cada corpo deve caminhar para a satisfação de suas necessidades fisiológicas. Nesse sentido, necessária menção à Preciado (2012):

Não vamos aos banheiros para evacuar, senão para fazer nossas necessidades de gênero. Não vamos mijar, senão reafirmar os códigos da masculinidade e da feminilidade no espaço público. Por isso, escapar do regime de gênero dos banheiros públicos é desafiar a segregação sexual que a moderna arquitetura urinária nos impõe há mais ou menos dois séculos: público/privado, visível/invisível, decente/obsceno, homem/mulher, pênis/vagina, de-pé/sentado, ocupado/livre...¹³

Inicialmente, então, problematiza-se: de onde veio a necessidade de separação dos banheiros por gênero? Por que esta lógica é presente nos banheiros públicos, quando nos banheiros domésticos o convívio de pessoas de todos os gêneros no mesmo ambiente é naturalizada?

No acórdão analisado no capítulo 1, percebe-se que os julgadores reivindicaram a NR-24 do Ministério do Trabalho e Emprego, que dispõe sobre condições sanitárias e de conforto no local de trabalho, estabelecendo, no ponto 24.1.2.1, que as instalações sanitárias deverão ser separadas por sexo. No entanto, a normativa não expõe a questão de fundo, apresentando o debate de maneira superficial.

É que de acordo com Beatriz Preciado (2012), mesmo onde a arquitetura pareça meramente organizar o espaço para a satisfação de necessidades humanas mais básicas suas portas e janelas, seus muros e aberturas, operam silenciosamente como efetiva tecnologia de gênero¹⁴.

No século XX, os sanitários viraram autênticas células públicas de inspeção em que se avalia a adequação de cada corpo nos códigos vigentes da masculinidade e da feminilidade. Na porta de cada sanitário, como único signo, uma interpelação de gênero: masculino ou feminino, damas ou cavalheiros, chapéu masculino ou chapéu feminino, bigode ou rosto liso, como se tivesse que entrar ao banheiro e refazer-se o gênero mais que desfazer-se da urina e da merda. Não se pergunta se vamos cagar ou mijar, se temos ou não diarreia, nada interessa, nem a cor nem o tamanho. A única coisa que importa é o gênero. (PRECIADO, Beatriz, 2012, disponível no link <http://www.substantivoplural.com.br/sujeira-e-genero-mijarcagar-masculinofeminino-por-beatriz-preciado/>)

¹³ PRECIADO, Beatriz. Sujeira e gênero. Mijar/cagar. Masculino/feminino. Disponível no link: <http://www.substantivoplural.com.br/sujeira-e-genero-mijarcagar-masculinofeminino-por-beatriz-preciado/>. Acesso em 17.11.2016

¹⁴ Por tecnologias de gênero a autora se refere ao “conjunto de instituições e técnicas que produzem a verdade da masculinidade e a feminilidade”, com as referências à Teresa De Lauretis, *Technologies of Gender*, Bloomington, Indiana University Press, 1989.

Nesse sentido, cada corpo que cruza a porta de um banheiro é interpelado com relação a seu gênero e a vigilância segue dentro daquele espaço. Preciado (2012) analisa que a disposição espacial do banheiro feminino aponta para a produção do doméstico, do privado, na medida em que todas as cabines são geralmente fechadas, sendo que o único espaço de socialização é em frente ao espelho, por onde se pode observar, controlar, vigiar e comparar os corpos alheios e seu enquadramento nos padrões da normalidade. Por outro lado, a autora expõe que os banheiros públicos masculinos são marcados pelo agrupamento de mictórios, por onde se dá o espetáculo do falocentrismo, marcado fortemente pela publicidade e exposição, diferentemente do espaço das mulheres, que é sempre privado.

Preciado (2012) expõe, ainda, que mijar de pé publicamente é uma das performances construtivas da masculinidade heterossexual moderna, de modo que o mictório é ferramenta da produção da masculinidade no espaço público. “Mijar de pé entre os caras”, para a autora, é parte dos vínculos de sociabilidade entre “os machos”, que são reconhecidos como homens verdadeiros a partir de um evento aparentemente inexpressivo.

Esta constatação encontra afago no postulado de Bourdieu (2002), de que a virilidade é pressuposto fundamental à construção da masculinidade hegemônica, sendo, ainda, um processo relacional, não apenas pelo fato de recepcionar a dimensão da oposição ou medo em relação ao feminino, mas porque é construída – a virilidade – *diante dos outros homens, para os outros homens* (BOURDIEU, 2002, p. 33). Daí porque se pode dimensionar a importância de espaços como o espetaculoso banheiro masculino à solidificação dos próprios papéis da masculinidade:

Duas lógicas opostas dominam o banheiro das moças e rapazes. Enquanto o banheiro das moças é a reprodução de um espaço doméstico, em meio ao espaço público, os banheiros de rapazes são umas pregas do espaço público em que se intensificam as leis de visibilidade e posição ereta que tradicionalmente definiam o espaço público como espaço de masculinidade. Enquanto o banheiro das moças opera como um mini-panopticon em que as mulheres vigiam coletivamente seu grau de feminilidade heterossexual em que todo avanço sexual resulta uma agressão masculina, os banheiros dos rapazes aparecem como um terreno propício para a experimentação sexual. Em nossa paisagem urbana, o banheiro de rapazes, resto quase-arqueológico de uma época de masculinismo mítico em que o espaço público era privilégio dos homens, resulta ser, junto com os clubes automobilísticos, esportivos ou de caça, e certos bordéis, um dos redutos públicos em que os homens podem utilizar-se de jogos de cumplicidade sexual sob a aparência de rituais de masculinidade. (PRECIADO, Beatriz, 2012)

Preciado (2012), avançando nesta análise, aponta, inclusive, que o banheiro público masculino separa a genitalidade – centrada no falo – da analidade ao observar que o único

espaço privado no banheiro “dos homens” é aquele onde se defeca e, por isso, afeto ao ânus, tabu intransponível, cujo acesso em público coloca em risco a própria masculinidade.

Neste ponto, observe-se pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Urologia¹⁵, feita com os pacientes, que atestou que 87% dos próprios apontam o preconceito com os exames retais como o fator que mais atrapalha a prevenção da doença. Com isso, se exemplifica a importância da proteção do ânus para a masculinidade, processo que gera, inclusive, mortes por câncer de próstata.

Nesse sentido, é evidente que a divisão dos banheiros por gênero serve à manutenção do binarismo de gênero, e, assim deve ser interpretada a normativa o Ministério do Trabalho, reivindicada no primeiro acórdão analisado neste trabalho: como ferramenta de controle do gênero revestida de critério meramente organizativo. Neste cenário, por óbvio, os corpos dissidentes da matriz cis-heterossexual veem em tais divisões fortes violências, justamente porque este é seu objetivo: constranger e normalizar.

Em análise do processo de nº 0010179-86.2013.5.18.0009, que tramitou perante o Tribunal Regional do Trabalho da 18ª região, Goiás, notam-se manifestações a respeito da realidade de uma transexual neste contexto de vigilância de gênero por meio dos banheiros no ambiente de trabalho.

Tratava-se de recurso ordinário interposto à segunda instância trabalhista, em que a reclamante, transexual, recorria da sentença de primeiro grau para que fosse reconhecido seu pedido de indenização por assédio moral e também de rescisão indireta.

No acórdão estão transcritos trechos de depoimentos colhidos em audiência que demonstram que, por diversas vezes, durante o pacto laboral, a reclamante foi abordada por funcionários da empresa questionando-a acerca dos motivos pelos quais utilizava o banheiro feminino, sendo que pertencia ao “sexo masculino”: “ei, você está no banheiro correto?”.

Além disso, o acórdão narrou que houve um episódio em que as empregadas da empresa fizeram reclamação no sentido de estarem incomodadas com a presença da reclamante no banheiro feminino e que, diante disso, a depoente entrou em contato com o departamento jurídico da empresa em São Paulo pedindo orientação. Ressalvou-se, nesse contexto, que enquanto aguardava o posicionamento do setor jurídico foi pedido à reclamante que utilizasse outro banheiro, como o do restaurante, além do banheiro individual. Inclusive,

¹⁵ Disponível no link: <http://saude.ig.com.br/minhasaude/2013-03-06/preconceito-impulsiona-estatisticas-de-cancer-de-prostata.html> Acesso em 17.10.2016

há menção a episódio em que a trabalhadora foi orientada pelo gestor da empresa a utilizar o banheiro dos deficientes, tendo em vista que a empresa concordava que a utilização do banheiro masculino, de fato, seria constrangedora.

Esse caso, a exemplo do que também se observou no processo estudado no capítulo 1, revelou que, por um lado, a política de divisão dos banheiros é relacionada ao reconhecimento da identidade de gênero das pessoas transexuais e, por outro, que a forma como os empregadores lidam com o reconhecimento da identidade de gênero é fundamental à garantia do emprego sem discriminação. Nesse sentido, o que se nota é que a discussão sobre o uso dos banheiros se demonstrou como fundamental à efetivação da possibilidade de permanência de transexuais nos seus postos de emprego com dignidade.

Necessário enfatizar que a criação de um banheiro específico não enfrenta o problema da inclusão das pessoas transexuais, sobretudo porque se mantém o não reconhecimento de sua identidade de gênero, pois o entendimento é de que existem mulheres/homens naturais e essenciais em oposição aos corpos marginais e ininteligíveis às normas do gênero que merecem um banheiro segregado à parte. Esta reflexão é corroborada por Roger Raupp Rios e Alice Hertzog Resadori (2015), no artigo intitulado de *Direitos humanos, transexualidade e “direito dos banheiros”*, veja-se:

Banheiros neutros do ponto de vista de gênero somente para transexuais ou banheiros indicados expressamente e exclusivamente para transgêneros, sem a possibilidade de transexuais femininas adentrem em banheiros femininos, criam uma terceira e estigmatizada classe de usuários, o que viola a dignidade humana das usuárias transexuais e configura discriminação inconstitucional. Ao mesmo tempo, desrespeita a identidade de gênero feminina das pessoas transexuais e anuncia uma estranha e exótica categoria, desviada da “normalidade” de gênero. (RESADORI; RIOS, 2015, p. 217)

No entanto, tal perspectiva não foi problematizada pelo acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª região, que, pelo contrário, consignou que é necessário que se entenda que a empresa estava em uma situação delicada.

Argumentação semelhante ocorreu na ocasião estudada no capítulo 1 deste trabalho, em que não havia dúvidas, pela produção de provas em audiência, de que a empresa impossibilitou o uso do banheiro feminino pelo fato de a trabalhadora ser transexual, no entanto, o que ficou consignado no acórdão proferido pelo TRT da 12ª Região foi que a proibição é concebida como medida razoável, tendo em vista a difícil situação da empresa, que também deveria poupar que as demais trabalhadoras convivessem com alguém “de outro sexo” no mesmo espaço de intimidade, realizando trocas de roupas.

Nesse sentido, o acórdão acima referido manteve o papel da divisão dos banheiros como tecnologia de gênero, lançando mão de argumentos enviesados, que protegeriam o suposto direito de terceiros de não conviverem com pessoas transexuais.

Esta proteção do terceiro possivelmente ofendido pela presença das pessoas transexuais é latente no universo político brasileiro. Chega-se ao absurdo de tramitar o projeto de lei 5774/2016 na Câmara dos Deputados, de autoria do deputado Victório Galli, do Partido Social Cristão – MT, que visa alterar o Art. 42 do Decreto-Lei N. 3.688, de 03 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais), para constituir contravenção o ato de usar o banheiro público *diferente de seu sexo masculino ou feminino*. Se aprovado o projeto, o referido art. 42 do Decreto-Lei passaria a vigorar acrescido do inciso V e parágrafo único:

Art. 42.....
 V – usar banheiro público diferente de seu sexo masculino ou feminino Parágrafo único – O homem que efetuar a mudança de sexo e a mulher que fizer o tratamento hormonal para ter características masculina e que comprovar a mudança de nome por decisão judicial transitada em julgado fará uso de banheiro conforme seu sexo.

Na justificativa, o deputado faz alusão a normativa do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT), órgão vinculado à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que no artigo 6º, da Resolução 12, de 16 de janeiro de 2015 determinou que *Deve ser garantido o uso de banheiros, vestiários e demais espaços segregados por gênero, quando houver, de acordo com a identidade de gênero de cada sujeito*.

Para o autor do projeto, este reconhecimento tem *constrangido a nossa sociedade*. Veja-se, assim, que a proteção do “bem-comum” é o bem tutelado e que ideia do projeto de lei não é tipificar um ato como contravenção penal, mas simplesmente criminalizar seres humanos, impossibilitados de serem quem são, de satisfazerem suas necessidades básicas, tudo isso por infringirem a normatividade do gênero. Se outrora se falou em patologização, agora depara-se com a criminalização das identidades trans.

Também, é julgado no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário de nº 845.779, no qual foi reconhecida repercussão geral da matéria nos seguintes termos: *Os transexuais têm direito a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros de acesso público*.

A circunstância fática do referido processo foi o fato de uma mulher transexual ter sido impedida por uma funcionária de entrar no banheiro feminino do shopping onde

trabalhava, tendo, na oportunidade, defecado nas próprias vestes e voltado para casa após o ocorrido por meio de transporte público, numa situação de extremo constrangimento.

Assim, a autora pleiteou dano moral, o qual em primeira instância foi acolhido, de modo que o shopping foi condenado a pagar indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Já o Tribunal de Justiça de Santa Catarina deu provimento à apelação da ré, pois considerou que se tratava de um mero dissabor da autora na situação narrada. *Importante notar que o acórdão reconhece a autora como transexual feminina, porém se refere no relatório e razões à autora como sujeito masculino, utilizando seu nome de registro civil e artigos masculinos.* (RIBAS, SEVERO, 2016, p. 10) Referido tribunal catarinense ainda negou o seguimento do recurso extraordinário interposto pela autora, sob o entendimento de que rediscutiria questões fático-probatórias, o que é vedado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, porém este teve seu cabimento e repercussão geral reconhecidos pelo próprio STF por maioria – vencidos os ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki.

O recurso da autora já teve seu julgamento iniciado, merecendo votos pelo provimento do dano moral alegado tanto do Ministro Luís Roberto Barroso, relator do caso, quanto do Ministro Edson Fachin. No entanto, o Ministro Luiz Fux pediu vistas, sob a justificativa de que temas com *desacordo moral tão expressivo* e que dividem a sociedade devem ser melhor refletidos. De acordo com informações veiculadas na mídia¹⁶, o Ministro ainda demonstrou preocupação com o *pai conservador*, que ficará inquieto com o fato de sua filha poder utilizar na escola banheiro com pessoas de qualquer outro gênero, sugerindo ainda que existem pessoas que se vestem de mulher para praticar pedofilia ou abuso sexual.

Nota-se que a primeira argumentação está em consonância com as decisões analisadas neste trabalho, em que, em nome de uma proteção moral de um sujeito abstrato, desumaniza-se as pessoas transexuais, flexibilizando suas garantias fundamentais. De outro lado, necessário ainda rebater que pedofilia e abuso sexual já são crimes e que não têm qualquer relação direta com o exercício do direito à identidade de gênero.

O Ministro, nesta última assertiva, acaba por olvidar que o princípio da presunção de inocência deve ser estendido também às pessoas transexuais, de modo que se torna desconexo com a ordem constitucional supor que as políticas de reconhecimento à dignidade das pessoas transexuais promovem um ambiente apto ao cometimento dos crimes supracitados. Nesse

¹⁶ Informações disponíveis no link: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/relator-no-stf-vota-favor-do-uso-de-banheiro-feminino-por-transexual.html>>. Acesso em 07.11.2016

sentido, nota-se que o Ministro, ao menos nas suas manifestações iniciais, alia as pessoas transexuais à anormalidade e marginalidade.

Assim, necessário enfatizar que a defesa dos direitos fundamentais das pessoas transgênero só pode concluir que a política de se impedir a utilização do banheiro conforme o gênero viola o princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no art. 1º, III da Constituição e reconhecido como fundamento do Estado Democrático de Direito. Ademais, em decorrência do reconhecimento da dignidade enquanto valor fundamental, a referida proibição ao uso do banheiro viola também o princípio da vedação à discriminação, da igualdade e da liberdade, previstos nos artigos 1º, III, 3º, IV, e 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Além disso, contraria o art. 5º, incisos V e X, da Constituição, que assegura, também às pessoas transexuais, o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, garantindo ainda direito à indenização pelo dano moral decorrente de sua violação.

Assim, não há que se comparar o abalo moral de ser impedido de utilizar o banheiro conforme a autoidentificação ao mero desconforto de outras pessoas que utilizariam o espaço, despreparadas para o exercício do respeito à identidade de gênero. Isso porque, conforme Resadori e Rios (2015), a transexualidade é indissociável do modo de ser e de estar no mundo, não um atributo ou característica secundária ou acessória, possível de desagregar da existência humana de tais pessoas. Desse modo, para os autores, impedir uma mulher trans de utilizar o banheiro feminino em virtude de tal condição identitária significa ferir o âmago da proteção constitucional da dignidade humana, sendo que o mesmo não se pode argumentar com relação a outros supostos constrangimentos, que, em verdade, nada mais são do que a internalização da transfobia.

Frise-se ainda que garantir o acesso ao banheiro conforme o gênero é proteger outros direitos fundamentais, tais como a vida privada, a honra, a proibição de tratamento degradante e, inclusive, o direito à saúde. Este último é tão relevante quanto básico, pois não se pode perder de vista que o nível do debate que hoje é feito é a respeito da possibilidade de limitação e controle da atividade humana excretora, que pode causar intensos malefícios à saúde. (RESADORI, RIOS; 2015, p. 210).

Nesse sentido, o não reconhecimento do direito de ser reparado frente a esta discriminação implica em relativizar a própria amplitude da norma constitucional, legitimando a vulnerabilidade de parte da população brasileira.

3.2 O nome civil, a “gambiarra legal” e a personalidade

Viagem solitária – histórias de um transexual trinta anos depois, é o nome dado à autobiografia de João W. Nery, homem transexual, que narra sua vida, seus conflitos em torno da descoberta não apenas da própria identidade de gênero, mas da transfobia enquanto elemento estruturador de sua existência.

João teve que renunciar seus estudos, diploma, currículos, dentre outras experiências que o constituíam. Isso porque, uma vez que impedido de ser quem era, teve que utilizar documentos falsos, passando a ser analfabeto nos registros públicos, apesar de ter sido professor universitário. Foi abdicando de sua história que conseguiu ser João.

Diante deste quadro, o livro traduz-se como marco fundamental à visibilidade da luta pelos direitos das pessoas transexuais no Brasil, sendo sua menção necessária porque ilustra sem tabus a trajetória das subjetividades trans, seja enquanto crianças, enquanto estudantes, trabalhadoras, amantes, enquanto seres humanos complexos, cuja vida – a que se chama de viagem solitária – é marcada pela violência, desinformação e resistência. João, no livro, ilustra a seguinte situação por ele vivenciada:

- Dona Joana! – gritou o técnico radiologista, chegando à porta.
 Todos os rostos convergiram para mim quando me levantei na sala de espera. Ouvi alguém sussurrar: “Chamaram Joana, não foi?”. O pior, entretanto, seria agora, quando enfrentaria a cara do profissional. Mais um desgaste brutal e humilhante.
 Estiquei-lhe o braço e entreguei a receita numerada.
 - Dona Joana... – repetiu, como perguntando onde ela estava.
 - Sou eu – disse timidamente, com um fio de voz, tentando evitar que alguém mais pudesse ouvir.
 Olhou-me interrogativamente. Pigarreou e tornou a perguntar, como se precisasse de confirmação para esclarecer o mal-entendido:
 - O senh... Quer dizer, a senhora é dona Joana?
 - Isso mesmo. O que faço agora? – perguntei-lhe em seguida, para encerrar a cena asfíxica.
 - Entre na cabine e coloque este camisolão – ordenou-me.
 Essa abregrávia era um dos quesitos exigidos para o novo emprego que conseguira graças à Isabela. (NERY, JOÃO W. 2011. p. 123)

A cena narrada ilustra o desconforto: uma fila de espera, cercada de pessoas e olhares; um nome de registro desconforme às percepções internas e externas; finalmente um chamado público de constrangimento, representando a denúncia, a descoberta, o vexame e a violência de não poder ser chamado pelo próprio nome.

Reside aí uma demanda importante das pessoas transexuais no contexto social que hoje se encerra: o direito de ser chamado pelo próprio nome, ou de não ser confundido com

alguém estranho a sua própria personalidade. Tal demanda, se insere, por óbvio, no contexto das relações de trabalho.

Um exemplo encontrado no decorrer da análise dos processos judiciais objeto deste trabalho está contido no de nº 0001620-67.2013.5.15.0028, que tramitou perante o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região, Campinas-SP. A autora da ação buscava reforma da sentença emitida pelo juízo de 1ª instância para a condenação de sua empregadora ao pagamento de indenização por danos morais por ter sido submetida ao constrangimento de, no ambiente de trabalho, utilizar um crachá de identificação, cartão este que se usava no peito, preso na roupa, com o nome de registro civil, que divergia do nome com o qual se identificava.

No acórdão proferido pelo referido TRT, há referência ao fato de que poucos meses após a admissão na reclamada, a autora comunicou o gerente da empresa que havia dado início às sessões de psicanálise e outros tratamentos indicados para transexualidade, pretendendo usar uniforme feminino idêntico aos usados pelas funcionárias, utilizar banheiros e vestiários femininos, e ver anotado no crachá de identificação o nome condizente com a sua personalidade. No entanto, está registrado no julgado que, mesmo com posterior contato de assistente social do Hospital das Clínicas de São Paulo, onde a autora se submeteu aos referidos tratamentos psicológico e medicamentoso, a reclamada proibiu a utilização de crachá com o nome pretendido, a trabalhadora teve que usar sua identificação masculina.

Registrou-se que, em contestação, a reclamada asseverou que o prenome colocado no crachá se justificava por ser o mesmo indicado nos documentos fornecidos à empregadora na data da admissão. A empresa, também, admitiu que foi procurada pela assistente social, funcionária do Hospital das Clínicas, que a orientou a trocar o nome da empregada no crachá de identificação pelo nome feminino, porém alegou que, pelo fato de tal cartão de identificação também ser utilizado na ré para o registro das horas trabalhadas pelos empregados, preferiu manter o cartão com o nome idêntico ao da ficha de registro da empregada.

Arrematou, finalmente, que pelo disposto na Lei 6.015/73, que dispõe sobre os registros públicos, e as alterações da Lei 9.708/98, o prenome não pode sofrer alteração após o registro de nascimento, salvo por sentença judicial devidamente averbada no assentamento de nascimento, razão pela qual manteve o nome de registro do crachá em referência.

No acórdão, foi feita menção ao constrangimento por que passava diariamente a autora da ação diante dos clientes da empresa e, ainda, à declaração da empregada de que, em razão

da situação vexatória a que era exposta, parou de usar o crachá por conta própria em alguns momentos, sendo que quando a reclamada percebia, pedia para que voltasse a usar.

Os julgadores concluíram que as normas, tais como a Lei de registros públicos acima mencionada, devem ser interpretadas à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação à discriminação, da igualdade e da liberdade, previstos nos artigos 1º, III, 3º, IV, e 5º, *caput*, da Constituição Federal. Assim, registrou que a imposição da utilização do nome de registro civil no crachá atentou contra a dignidade da autora, merecendo a empresa ser condenada pelos danos morais pleiteados.

Nesse sentido, a decisão foi convergente com os pressupostos do Estado Democrático de Direito, conforme já demonstrado, pois adequa a aplicação das normas ao conjunto de valores da Carta-política brasileira. Além disso, trata-se de uma interpretação constitucional do direito civil.

Ora, o código civil brasileiro vigente, inseriu o direito ao nome, previsto no art. 16, no capítulo dos direitos de personalidade, ou seja, revestiu o direito ao próprio nome de sentido subjetivo, afeto à personalidade do indivíduo. Assim, o direito ao nome, ou à forma de tratamento público das pessoas, se interpretados à luz da dignidade humana, não pode desconsiderar a vontade, a autonomia, o respeito à honra e à própria identidade de gênero.

Veja-se que, no processo em análise no capítulo 1 deste trabalho, está evidente que o direito ao nome é inerente ao reconhecimento da identidade de gênero e, conseqüentemente, da personalidade e dignidade das pessoas transexuais. Naquela oportunidade, na sentença de primeira instância o juiz asseverou: *é Maria e não José quem move a ação*. No recurso, por sua vez, a empresa reclamada alegou que a autora tem nome de registro civil no masculino, o que bastaria para que fosse entendida como pessoa do “sexo masculino”, não havendo sentido, por isso, falar em violação à sua dignidade o impedimento do uso do banheiro feminino.

É aí que a discussão sobre a forma de tratamento da autora daquela ação se desenrola não como uma controvérsia a respeito de aspectos formais e burocráticos do prenome da autora, mas como possibilidade de reconhecimento da autora como mulher ou não, compreensão que balizaria a decisão acerca da situação por ela vivenciada no ambiente de trabalho.

Assim, o reconhecimento ao próprio nome é direito fundamental, ligado à personalidade e à dignidade, de modo que a regra contida na lei de Registros públicos, de

imutabilidade do nome sem que haja decisão judicial, não se aplica às pessoas transexuais, pois manifestamente violadora de normas de natureza constitucional nestes casos.

No entanto, diante da inexistência de lei específica que trate da permissibilidade da mudança do nome civil por pessoas de gênero trans, tema que será abordado adiante, a decisão sobre a possibilidade do procedimento de alteração civil tem ficado a cargo dos juízes em processos ajuizados visando a efetivação de tais mudanças.

No entanto, em uma limitada compreensão do gênero, a não realização da cirurgia de transgenitalização tem se apresentado como um elemento relevante para a negativa em se deferir ou conhecer dos pedidos de retificação de registro.¹⁷

É neste contexto que ganha relevância o debate acerca da possibilidade de reconhecimento do uso do chamado nome social, que independe de alteração civil dos registros públicos. No acórdão prolatado no processo em trâmite no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região, acima abordado, cuja temática era a permanência do nome de registro civil no crachá da trabalhadora reclamante, os julgadores compreenderam que a utilização do nome social em crachá de identificação perante a clientela da empresa e os colegas de trabalho permite uma correspondência harmônica com a identidade de gênero da pessoa empregada, no mais pleno respeito à dignidade da pessoa humana, ao direito à identidade de gênero e à busca da felicidade.

Nesse sentido, a decisão lançou mão do conceito do nome social para exemplificar que havia meios pelos quais a empresa evitaria os constrangimentos por que passou a autora da ação. De acordo com Berenice Bento (2014) a invenção do nome social é uma criação inusitada no cenário internacional e trata de normas que regulam o respeito à identidade de gênero em esferas micro: nas repartições públicas, em algumas universidades ou em bancos.

Em 28 de abril de 2016, por exemplo, como um de seus últimos atos antes do processo de consolidação do Golpe Parlamentar de 2016, a ex-presidenta Dilma Rousseff tardiamente sancionou o Decreto de nº 8.727, dispondo sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Nas universidades, este debate também tem sido permanentemente visibilizado como ferramenta de inclusão e permanência de pessoas transexuais no ensino superior, já que

¹⁷ Dado levantado por Gabriela Rondon Rossi Louzada, em análise de 36 processos encontrados em 10 dos 27 Tribunais de Justiça do Brasil, entre 2008 e 2012, apresentada como Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade de Brasília em 2013. Disponível no link: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/6816/1/2013_GabrielaRondonRossiLouzada.pdf Acesso em 11.11.2016

permite que elas sejam tratadas com o devido respeito à sua identidade de gênero nos documentos internos das instituições, tais como chamadas, carteirinha estudantil, na colação de grau, dentre outros.

Assim, o reconhecimento do uso do nome social tem representado a possibilidade de criação de fissuras no sistema de exclusão e permitido avanços concretos nas vidas de pessoas que passariam por constrangimentos irreparáveis.

Frise-se que para além dos desdobramentos no contexto do cotidiano das relações laborais, o reconhecimento do nome social também é demanda presente perante o próprio acesso ao direito à prestação jurisdicional, já que identificar as demandantes nos processos judiciais por seus nomes de registro civil já é uma forma de violar os direitos de personalidade destes cidadãos. Nesse sentido, visibiliza-se experiência ocorrida no Tribunal Regional do Trabalho da 23ª região, Mato Grosso.

Neste caso, durante audiência de instrução na 7ª Vara no Tribunal, a juíza do Trabalho Carolina Guerreiro percebeu que a autora da ação era transexual e, por isso, perguntou como ela gostaria de ser chamada e determinou que constasse nos autos o nome social, inclusive registrando no sistema de Processo Judicial Eletrônico (PJe).

A alteração foi feita de ofício, de maneira simplificada, sem que houvesse, sequer, requerimento da autora e, frise-se, tampouco resistência por parte da empresa reclamada. Esta iniciativa tem por finalidade assegurar o direito ao acesso à justiça, pois o constrangimento de ser chamado por um nome que representa violência pode impedir que os mais diversos direitos sejam pleiteados perante a prestação jurisdicional do Estado¹⁸.

É nesse sentido que tramita perante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) proposta de resolução¹⁹, ainda sem numeração, que dispõe sobre o uso do nome social pelas travestis e transexuais usuárias dos serviços judiciários, sejam membros, servidores, estagiários ou trabalhadores terceirizados dos tribunais brasileiros.

¹⁸ Dados encontrados no Programa Jornada, do Tribunal Superior do Trabalho, disponível no link: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/programa-jornada-mostra-historia-da-cabeleireira-transgenero-que-usa-nome-social-em-processo-trabalhista?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2%26_101_INSTANCE_89Dk_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_89Dk_keywords%3D%26_101_INSTANCE_89Dk_delta%3D10%26_101_INSTANCE_89Dk_cur%3D2%26_101_INSTANCE_89Dk_andOperator%3Dtrue Acesso em: 19.11.2016

¹⁹ Disponível no link: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/654dcfe991b842ff39e3a194b20af928.pdf> Acesso em 11.11.2016

A proposta envolve, dentre outros aspectos, a previsão de que haja campo específico para o nome social na plataforma do Processo Judicial Eletrônico (PJe) e de que nas sedes judiciais e administrativas dos órgãos do Poder Judiciário seja garantido o uso de banheiros, vestiários e demais espaços separados por gênero, quando houver, de acordo com a identidade de gênero de cada sujeito.

No entanto, esta construção da ideia do nome social, nomeada por Bento (2014) de *gambiarra legal*, deve ser problematizada a partir de seus avanços, mas também de sua insuficiência.

De acordo com Bento (2014), embora se deva reconhecer as potencialidades afirmativas desse *jeitinho brasileiro* por 1) *garantir ambientes menos hostis às pessoas trans* e 2) *fornecer argumentos locais e gerais contra a patologização* (BENTO, 2014, p. 177), a existência de tal *gambiarra* é exemplo da cultura política brasileira, cuja regra é a precarização permanente da cidadania de grupos marginalizados.

Para a autora, a abolição da escravidão, a conquista do direito ao voto pelas mulheres e o reconhecimento da família homossexual, por exemplo, têm um ponto em comum na formulação do direito ao uso do nome social: a conquista de direitos que deveria ser plena foi sendo legislada pouco a pouco. *É como se houvesse um subtítulo direcionado às/aos excluídos: calma, vamos ver o quanto você resiste e se você acredita mesmo que “merece” adentrar no reino da cidadania.* (BENTO, 2014, p. 172)

Assim, a *gambiarra legal* gera uma cidadania precária (BENTO, 2014), pois, por exemplo no caso das universidades, a aprovação de uma norma interna regulamentando o nome social não garante a sua eficácia em todos os desdobramentos das situações vividas no cotidiano, além disso gera uma anomalia em que a mesma pessoa que circula pelas instituições sociais tem sua identidade de gênero reconhecida pelo Estado no âmbito das universidades públicas e desrespeitada quando, em outra ponta, o mesmo Estado vincula as mudanças nos documentos a um parecer psiquiátrico e ainda exige que tal mudança seja feita através de processo judicial.

Na própria proposta de Resolução elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça o §4, do artigo 2º prevê o seguinte:

Em caso de divergência entre o nome social e o nome constante do registro civil, o prenome escolhido deve ser utilizado para os atos que ensejarão a emissão de documentos externos, acompanhado do prenome constante do registro civil, devendo haver a inscrição “registrado(a) civilmente como”, para identificar a relação entre prenome escolhido e prenome civil.

Ou seja, se aprovada a proposta nestes termos, serão emitidos documentos externos pelos órgãos judicantes com o nome social, mas à frente deste haverá a inscrição *registrado(a) civilmente como*, permanecendo nos documentos o nome batismo que não condiz com a personalidade da pessoa a quem se refere o documento, de modo que o reconhecimento de sua identidade de gênero se demonstrará fictício, mantidos os constrangimentos, apesar de haver uma consideração ao nome social.

Por isso, sem descontextualizar a fundamental importância do reconhecimento do uso do nome social, é cara à plena efetividade da cidadania e dos direitos fundamentais à honra e à personalidade das pessoas transexuais a existência de norma que regule o direito de alteração dos registros civis, para a efetiva adequação à identidade de gênero. No Brasil, inexistente qualquer legislação que assegure os direitos fundamentais às pessoas trans (BENTO, 2014)

É nesse sentido que tramita hoje na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 5002/2013, batizado de projeto João W. Nery, em homenagem ao autor do livro de onde se retirou trecho transcrito no início deste tópico. Referido projeto, inspirado na Lei de Identidade de Gênero argentina, não tem o cunho meramente autorizativo, mas se estrutura pelo princípio do reconhecimento pleno da identidade de gênero de todas as pessoas trans no Brasil, sem necessidade de autorização judicial, laudos médicos nem psicológicos, cirurgias nem hormonioterapias, assegurando, ainda, o acesso à saúde no processo de transexualização, consolidando-se como importante iniciativa à despatologização das identidades trans.

O projeto institucionaliza o conceito de gênero como processo psicossocial independente do sexo biológico, relativiza a importância da cirurgia de transgenitalização para o reconhecimento da identidade de gênero e, especificamente no tocante ao processo de registro civil, altera o artigo 58 da lei 6.015 de 1973 (lei de registros públicos), o qual pugna, no caput, que o prenome será definitivo, admitida a sua substituição por apelidos públicos notórios, mediante autorização judicial. Assim, se aprovado o projeto, referido artigo passaria a ser assim redigido:

Art. 58°. O prenome será definitivo, exceto nos casos de discordância com a identidade de gênero auto-percebida, para os quais se aplicará a lei de identidade de gênero. Admite-se também a substituição do prenome por apelidos públicos notórios.

Frise-se que o caráter de reconhecimento do projeto está expresso na possibilidade de solicitação de alteração de registro perante o próprio cartório, que, sem a existência de processo judicial ou administrativo, cumpridas as exigências estabelecidas, registrará o novo

nome, emitirá a certidão de nascimento correspondente e informará os órgãos responsáveis pelos registros públicos para que se realize a atualização de dados eleitorais, de antecedentes criminais e peças judiciais.

No entanto, o projeto está pendente de pauta para votação, escondido na ordem de prioridade da comissão de direitos humanos e minorias da Câmara de deputados, apesar de já receber parecer favorável do deputado relator. Frise-se que a casa legislativa em questão vivencia momentos de sérios retrocessos no que se refere aos direitos de minorias políticas, já que, conforme apontou o Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (Diap), o Congresso eleito em 2014 é o mais conservador desde 1964²⁰, com aumento de representantes de militares, fundamentalistas religiosos, ruralistas, dentre outros setores identificados com a pauta conservadora.

De todo modo, até a aprovação de uma lei nos moldes acima expostos, ou independente dela, considerando que os direitos fundamentais têm aplicação imediata e incidem inclusive na relação entre particulares, obrigando todos os poderes constituídos, cabe aos tribunais o papel de reconhecer o direito à identidade de gênero e a dimensão do uso do nome social, que tem se expandido na jurisprudência, conforme demonstrado. A expansão da noção do direito ao nome social, em todas as esferas da vida social e também no âmbito laboral, é uma forma de minimizar situações de constrangimento e, também, de tornar um pouco menos excludente a burocracia brasileira, vez que promove a eficácia de preceitos constitucionais fundamentais à população transgênero.

3.3 O papel contramajoritário do exercício da jurisdição

Viu-se, no capítulo anterior, que o direito ao nome social tem sido uma aposta criativa da política e da própria jurisprudência brasileira, de modo que os tribunais foram concebidos com o papel de minimizar violações cotidianas de direitos.

Assim, veja-se que, se o combate à transfobia no judiciário passa pela construção do direito da antidiscriminação, como forma de compreender a historicidade da realidade que se coloca, se mostrou evidente que os tribunais têm papel relevante no que se refere à interpretação e aplicação das normas constitucionais à população trans. Conforme já foi salientado, a jurisdição deve estar reflexa na ordem constitucional vigente e se orientar a partir

²⁰ Disponível no link: <http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,congresso-eleito-e-o-mais-conservador-desde-1964-afirma-diap,1572528> Acesso em 11.11.2016

dos direitos fundamentais. Mas que elementos estão em jogo nesta atuação jurisdicional? Os tribunais têm legitimidade para a afirmação de direitos não previstos na legislação? Como enquadrar esta problemática nos dilemas da separação entre direito e política?

Concebidos como princípios, os direitos fundamentais podem ser violados tanto quando proíbe o legislador de legislar e este o faz, e, também, quando o obriga, mas o legislador não corresponde, gerando omissão no sistema normativo²¹. No entanto, necessário frisar que a omissão inconstitucional também pode se dar por meio da não realização de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação das normas, tarefa que cabe aos tribunais.

Isso porque os direitos fundamentais devem ser concebidos de forma tão especial que não devem se encontrar sob o arbítrio de uma maioria, já que, pelo contrário, servem à garantia dos interesses daqueles que, em determinado momento histórico, constituem uma minoria política e social (MARINHO; BORGES). A proteção à dignidade, à honra, à liberdade e igualdade, por exemplo, são garantias que se estendem a todos os cidadãos, no entanto o sentido político e material da existência dos direitos fundamentais é a proteção da população marginalizada e excluída, de modo que as decisões judiciais devem partir do viés da minoria, conforme já explícito neste trabalho quando se explorou a respeito da perspectiva do direito da antidiscriminação.

Os direitos fundamentais são, neste aspecto, garantias que se colocam geralmente contra a própria maioria privilegiada (MARINHO; BORGES). Assim, se os representantes políticos, no âmbito legislativo, representantes de uma suposta maioria, conforme se presume em um sistema democrático, não legislam em prol dos direitos fundamentais da população trans no Brasil, não estão os magistrados também fadados a perpetuar o ciclo de invisibilidade, devendo garantir, por meio das decisões, que o ordenamento jurídico seja interpretado pelo olhar das garantias fundamentais desta minoria social.

Este contexto ilustra o postulado de Niklas Luhmann (1990), para quem a posição dos tribunais no sistema jurídico é determinada preponderantemente pela distinção entre legislação e jurisdição. Para o autor, no entanto, há uma regra de colisão, em que, no caso de um conflito, o que vale é a decisão do legislador, ou seja, a previsão legislativa e não a mera convicção do juiz. No entanto, o autor ressalva que são os tribunais que decidem se se está

²¹ MARINHO, Sérgio Augusto Lima; BORGES, Alexandre Walmott. **O papel contramajoritário dos direitos fundamentais e o dever do poder judiciário brasileiro perante omissões legislativas**. Disponível no link: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8ee30f15c1c633d3>. Acesso em: 15.11.2016

diante de um caso de conflito ou não, se se está diante de uma situação concreta, cujos efeitos são previstos em determinada lei ou não. Assim, embora a legislação se sobreponha, os tribunais atuam no sentido de fazer o juízo acerca da aplicação da lei no caso concreto e, inclusive, de compensar eventuais prejuízos causados pela regra.

Esta realidade esteve presente nos casos analisados neste trabalho, pois, embora fosse óbvia a existência, por exemplo, da norma de separação dos banheiros do Ministério do Trabalho ou da própria lei de registros públicos, cabia aos julgadores a definição se a aplicação de tais regras se adequava às circunstâncias concretas, num juízo que deveria levar em consideração os direitos efetivamente em disputa. Assim, seria realizada uma escolha a partir do ordenamento jurídico como um todo, sobretudo dos princípios constitucionais ali reservados.

É nesse sentido que, ainda segundo Luhmann (1990), não existe jurisprudência mecânica, de modo que aos tribunais cabe interpretar, construir e também distinguir os casos para que possam, neste processo, formular novas regras de decisão, testando-as no que se refere à sua consistência frente ao direito vigente. Assim, o autor considera que por meio da atividade sentenciadora dos tribunais surge um direito judicial, que a um só tempo é condensado, formulado com vistas ao reconhecimento e, de outra parte, é confirmado, quando visto como aproveitável também em outros casos semelhantes. (LUHMANN, 1990, p. 162).

Conforme já explicitado, esta espécie de desenvolvimento do direito não pode ser antecipada, produzida ou, até mesmo, impedida pelo legislador, justamente porque decorre do princípio da proibição de recusa da Justiça, que incumbe os julgadores da responsabilidade de terem de se posicionar, de efetivamente realizar a prestação jurisdicional do Estado. É neste sentido que Luhmann (1990) afirma que não existem “lacunas no direito” e que a função interpretativa não pode ser separada da função judicativa, e que *somente por isso o sistema jurídico pode reivindicar a competência universal para todos os problemas formulados no esquema “Direito ou nãoDireito”* (LUHMANN, 1990, p. 163)

É daí que pode-se concluir, conforme propõe o autor supramencionado, que os tribunais cumprem uma função de centro do sistema jurídico, enquanto a legislação tem um papel periférico. Esclarece-se que esta divisão de centro e periferia, na teoria dos sistemas de Luhmann, não trata de uma relação de mera hierarquia, como se pudesse se supor a existência de uma escala linear de relevância entre ambos os processos, mas de uma racionalização de suas funções e interconexões entre a política e o direito. Este processo, assim, explicita a

complexidade e dinamicidade dos sistemas sociais, operativamente fechados, mas que ao mesmo tempo entram em relações de forte dependência recíproca. Veja-se:

O Juiz permanece vinculado à lei, mas justamente não à legislação. Evidentemente, regras genericamente válidas continuam sendo indispensáveis no sistema. No entanto, a legislação e a jurisprudência participam do processo da formação e da modificação, da condensação e da confirmação de regras genericamente válidas. Nisso a legislação desempenha mais a função de um órgão periférico, de um ponto fronteiro na relação entre o sistema jurídico e o sistema político. Cabe-lhe 'acomodar' a iritação constante do sistema jurídico pelo sistema político e isso somente é possível na forma de regras genericamente válidas, que podem ser trabalhadas no próprio sistema. Seu caráter genérico de forma alguma exclui a especificação elevada, mas serve apenas para excluir excessos (*Übergriffe*) nas decisões de casos individuais dos Tribunais (isto é, excessos no processamento de irritações por parte de um outro mundo circundante). (LUHMANN, 1990, p. 164)

Diante da complexidade exposta, Luhmann aposta, então, na jurisdição como elemento a dissolver o paradoxo da autoreferência do sistema jurídico, justamente por ser o centro do sistema. Assim, o papel contramajoritário do poder judiciário, enquanto garantidor de direitos fundamentais e intérprete de normas genéricas em casos concretos não carece de legitimidade, tampouco invade outras esferas de poder, justamente por com estas esferas estabelecer relações de intimidade e diferença.

No caso dos processos judiciais analisados neste trabalho, não se vislumbra um processo de mera judicialização do processo político de produção de normas, justamente porque não se está pleiteando que se invada a competência do poder legislativo, mas busca-se reconhecimento de direitos fundamentais positivados em abstrato.

Frise-se que, *enquanto a legislação constitucional cumpre a função de limitar o poder, disciplinando a sua organização, a jurisprudência constitucional permite que se persigam novas possibilidades e a satisfação de interesses individuais fundamentais.* (VEPAZIANI, 2015, p. 75).

Diante disso, espera-se que os tribunais deem sentido às construções abstratas dos direitos fundamentais, de modo contramajoritário. No contexto da justiça do trabalho, isso significa não apenas reconhecer o direito à indenização em pecúnia quando constatado dano moral na vigência do pacto laboral, pois, nestes casos, a violação já ocorreu e a condenação a reparar um caso isolado não necessariamente subverte a dimensão da LGBTfobia, por exemplo, naquele ambiente.

Assim, deve-se procurar construir um aparato jurisprudencial que, por óbvio, repare as violações, mas que exija postura institucional comprometida com o combate à discriminação, a partir da construção de políticas concretas, por exemplo, quanto à atuação proativa à inclusão de travestis e transexuais nos processos seletivos, realização de debates entre

funcionários e funcionárias sobre respeito à identidade de gênero e à diversidade humana, institucionalização de espaços auto-organizados de pessoas LGBTQs nos ambientes corporativos, para que este espaço também discuta as violações ali vividas e proponha medidas concretas para sua superação, dentre outras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, tendo em vista a baixa visibilidade das dimensões da transfobia no poder judiciário, vide a pouca quantidade de decisões judiciais encontradas e, inclusive, o insucesso da procura desta discussão no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, é uma contribuição ao combate às discriminações de gênero no mercado de trabalho.

Pela análise dos processos, notou-se a presença dos danos morais pré-contratuais, que tomaram o contorno de que, às pessoas transexuais, o próprio acesso ao trabalho formal já é uma barreira significativa de exclusão, tendo em vista que as discriminações já se iniciam no próprio processo seletivo do emprego. Nesse sentido, defendeu-se que a dimensão abstrata do conceito de “classe trabalhadora” não engloba todas as dimensões das violências que ocorrem no ambiente laboral, sobretudo porque as pessoas transexuais, na maioria das vezes, sequer ostentam o status formal de empregadas.

Ademais, visibilizou-se que em algumas decisões judiciais analisadas, salvo alguns posicionamentos divergentes, há um debate pouco consistente no que se refere aos conceitos que hoje são tomados como relevantes para a compreensão da transfobia, por exemplo, as diferenças entre orientação sexual e identidade de gênero e a necessidade ou não de cirurgia para a experiência transexual. Assim, viu-se que os discursos judiciais pouco focam na discussão a respeito dos direitos fundamentais da população trans, mas procuram debater a verdade do gênero e o suposto correto enquadramento das demandantes como transexuais ou não, tendo como critérios normas medicalizantes que patologizam e definem atributos arbitrários para uma compreensão essencializadora da transexualidade. Nestes casos, a alternativa patologizadora do conceito de transexualidade restringiu suas fronteiras, servindo ao afastamento da tese de discriminação.

Assim, foi possível compreender que, em algumas ocasiões, os órgãos genitais ou a existência de registros civis indicando o masculino ou feminino, foram tidos como informações mais relevantes à compreensão da identidade de gênero do que a própria autoafirmação das que se reivindicavam transexuais. Além disso, notou-se uma barreira moral para o reconhecimento do gênero, por exemplo, no momento em que o acórdão principal analisado no capítulo 1, proferido pelo TRT da Santa Catarina, deixa transparecer, inclusive, suas razões religiosas para negar o acesso a direitos. Nesse sentido, se tornou importante refletir a respeito das normas jurídicas no processo de construção do gênero e da sexualidade na ordem do poder político.

Notou-se também que o trâmite dos processos judiciais, bem como as decisões que mereceram, pouco avançam para aquém da discussão quanto a monetarização da possibilidade de reparação pelas discriminações vivenciadas, de modo que uma perspectiva mais consistente e propositiva para a efetivação de um ambiente de trabalho digno não é visibilizada. Problematizou-se, então, a respeito do papel dos tribunais para a garantia de direitos fundamentais, sobretudo da igualdade e da dignidade da pessoa humana, das pessoas transexuais, ocasião em que se defendeu a consolidação do direito da antidiscriminação, desde uma perspectiva que englobe a dimensão histórica da violência transfóbica, bem como a voz de atores sociais coletivos e identitários que se organizam para o combate ao binarismo de gênero.

Em uma análise mais concreta das demandas presentes nos processos estudados, notou-se que o impedimento do uso do banheiro conforme a autodeterminação de gênero é uma das principais formas de violação do direito à identidade de gênero no contexto das relações do trabalho que se submeteram ao debate desta justiça especializada. Com relação a esta temática, em que pesem as previsões constitucionais que vedam qualquer forma de discriminação e prezam pela dignidade humana como norma fundante do Estado de Direito, viu-se que, em muitas decisões, os tribunais recorrem a um direito abstrato de terceiros possivelmente ofendidos com a simples presença de pessoas transexuais em espaços como o banheiro para afastar a hipótese de discriminação, de modo que os bens jurídicos tutelados não foram os das demandantes que pleiteavam o reconhecimento de direitos violados.

Por outro lado, o direito ao próprio nome, independentemente dos registros civis, também foi uma demanda recorrente, sendo que esta discussão foi vista inclusive no gozo do acesso à justiça, na medida em que os próprios processos judiciais não adotavam instrumentos capazes de reconhecer os nomes com os quais as pessoas transexuais se reconhecem. Assim, notou-se que a perspectiva do nome social, brecha na lei que reconhece na prática a alteração dos nomes, independente da alteração formal, que se dá nos dias de hoje por decisão judicial, é um conceito insuficiente, mas que tem garantido os direitos de personalidade das pessoas de gênero trans no ambiente laboral.

REREFÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

_____. **Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal**. Rev. Contemporânea. V. 4. N. 1. p. 165-182. Jan./Jun. 2014.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**; tradução Maria Helena Kuhnner – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BORGES, Alexandre Walmott. MARINHO, Sérgio Augusto Lima;. **O papel contramajoritário dos direitos fundamentais e o dever do poder judiciário brasileiro perante omissões legislativas**. Disponível no link: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8ee30f15c1c633d3> Acesso em: 15.11.2016

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução: Renato Aguiar – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. **Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do “sexo”**. In: LOURO, Guacira Lopes (Org.). O corpo educado: pedagogias da sexualidade. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000, p. 151-172

_____. **El marxismo e lo meramente cultural**. New Left Review N° 2, p.109-121, Mayo-Junio, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: Notícia do direito brasileiro. Nova série, no 6. Brasília: Ed. UnB, 2o semestre de 1998.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FRASER, NANCY. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós socialista”**. Tradução: Julio Assis Simões. Cadernos de campo, São Paulo, n. 14/15, p. 231-239, 2006
JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião**. Brasília: Autor, 2012.

_____. **Interloquções teóricas do pensamento transfeminista**. In: JESUS, Jaqueline Gomes de. Transfeminismo: teorias e práticas. Rio de Janeiro: Metanoia, 2014. p. 3 - 18.

LAURENTI, Ruy. **Homossexualismo e a Classificação Internacional de Doenças**. Rev. Saúde Pública v.18 n.5 São Paulo out. 1984

LOUZADA, Gabriela Rondon Rossi. **Entre os saberes médico e jurídico: uma análise de discursos judiciais sobre a transexualidade**. 2013. 61 f., il. Monografia (Bacharelado em Direito)— Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. Tradução: Peter Naumann e Vera Jacob de Fradera. Revista da AJURIS n. 49 p. 149 – 168. Julho/1990

NERY, João W. **Viagem solitária: memórias de um transexual 30 anos depois**. São Paulo: Leya, 2011.

OLIVEIRA, Rosana Medeiros de. **Notícias de Homofobia: enquadramento como política**. In: DINIZ, Débora; OLIVEIRA, Rosana Medeiros de. (Organizadoras). **Notícias de homofobia no Brasil**. Brasília: Letras Livres, 2014.

OLIVEIRA, André Lucas Gerreiro. **Os homens transexuais brasileiros e o discurso pela (des)patologização da transexualidade**. In: JESUS, Jaqueline Gomes de. **Transfeminismo: teorias e práticas**. Rio de Janeiro: Metanoia, 2014. p. 87 – 105.

PRECIADO, Beatriz. **Sujeira e gênero. Mijar/cagar. Masculino/feminino**. Disponível no link <http://www.substantivoplural.com.br/sujeira-e-genero-mijarcagar-masculinofeminino-por-beatriz-preciado/>. Acesso em 19.11.2016

RESADORI, Alice Hertzog. RIOS, Roger Raupp. **Direitos humanos, transexualidade e “direito dos banheiros”**. Rev. Direito & Práxis. Vol. 6, N. 12, p. 196-227. Rio de Janeiro, 2015.

RIBAS, Juliana. SEVERO, Anaise. **Direito, identidade de gênero e inclusão: a transexualidade no Supremo Tribunal Federal**. XII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Disponível no link: <file:///C:/Users/LG/Downloads/14575-11325-1-PB.pdf> Acesso em 27.11.2016

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

VENCO, SELMA. **Centrais de teleatividades: o surgimento dos colarinhos furta-cores?**. In: ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy (Organizadores) **Infoproletários: degradação real do trabalho virtual**. São Paulo: Boitempo, 2009.