

## **A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DO TRABALHO PARA A MULHER E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EXTENSIVA AOS TRANSEXUAIS**

***Joyce Nascimento Lopes<sup>1</sup>, Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira<sup>2</sup>.***

<sup>1</sup> Graduanda do 8º período de Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais de Manhuaçu –FACIG, joyce\_nl@live.com

<sup>2</sup> Professor orientador, Mestre em Direito Empresarial, Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho. Professor de Direito e Processo do Trabalho e Direito Empresarial, Coordenador do curso de Direito da FACIG, leonidasmansur@yahoo.com.br

**Resumo** - O presente artigo trata dos direitos trabalhistas inerentes a mulher, demonstrando sua evolução social, abrangendo as principais conquistas desta classe até os dias atuais, com enfoque nas mudanças trazidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, que em determinado momento, atribui a mesma, tratamento diferenciado, considerando as peculiaridades do trabalho frente à possibilidade de desenvolvimento por estas, que por vezes necessitam de maior amparo jurídico. Todavia, o presente estudo, aborda o tema, sem desprezar o princípio da isonomia entre as partes, qual seja de ordem constitucional. Outrossim, ressalta os desdobramentos que as mudanças sociais trouxeram ao longo do tempo, com especial atenção as novas identidades de gênero, e a possibilidade de aplicação destes direitos “específicos” aos transexuais.

**Palavras-chave:** Mulher; Trabalho; Direitos do Transexual; Consolidação das Leis do Trabalho.

**Área do conhecimento:** Ciências Sociais Aplicadas.

### **1 INTRODUÇÃO**

Na atualidade é comum mulheres atuantes no mercado de trabalho, ocupando posições que eram predominantemente masculinas, todavia essa realidade é bastante distinta do passado, onde as mulheres não possuíam qualquer direito, e seu único dever era cuidar do lar e da família. O trabalho da mulher teve início nas sociedades primitivas com a coleta de frutos, e mais tarde com a agricultura, enquanto o homem era responsável pela caça e pesca. Com o desenrolar dos anos, esta passou também a cuidar das vestimentas, inclusive tosquiando as ovelhas e tecendo lãs. Na Idade Média, o número de profissões que eram comuns a ambos os sexos cresceu, e começaram a surgir médicas, professoras e escritãs, com salários não muito distintos, noutro giro, no Renascimento as mulheres perderam variadas atividades e foram delimitadas aos afazeres domésticos (BARROS, 2013).

Toda essa submissão da mulher decorria do fato destas serem culturalmente tratadas como objetos, sendo que até o ano de 1890 o esposo poderia impor castigos corpóreos a mulher e filhos, situação que só mudou com o Decreto nº 181 de 24 de janeiro daquele ano, que proibiu tal prática. Mas mesmo com a conquista de alguns direitos, ainda no Código Civil de 1916 a mulher não detinha capacidade para exercer os atos da vida civil sozinha, tendo, inclusive, que ter a autorização do marido para laborar. Diante de toda essa repressão e com os movimentos feministas já inflamados no exterior, a mulher brasileira iniciou sua luta em busca da conquista do mercado de trabalho.

Neste contexto, temos como marco inicial, a Revolução Industrial, onde o trabalho da mulher e do menor começou a ser explorado, e com a força desses movimentos feministas os abusos que as mulheres sofriam passaram a ser reconhecidos, fazendo com que a mulher adquirisse cada vez mais direitos, até atingir o patamar que se encontra atualmente.

Entende-se que hoje as mulheres já conquistaram muito, e garantiram uma situação de equidade em face aos homens, mas as lutas sociais não pararam, e na atual sociedade observa-se outra classe minoritária que luta por seus direitos: a LGBT, composta por lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, transexuais e travestis.

Logo, o foco do presente estudo, é mostrar não só a evolução dos direitos da mulher, mas vislumbrar se é possível a aplicação destes a um grupo específico dentro da classe LGBT, qual seja, os transexuais. Destarte, como será mais bem explanado a diante, questiona-se, se o indivíduo que

nasceu homem, mas optou pela identidade de gênero feminina, auferirá os direitos inerentes às mulheres, ou a situação oposta, se o indivíduo que nasceu mulher, mas adotou a identidade de gênero masculina, continuará com todos os direitos exclusivos das mulheres.

O presente artigo foi estruturado em quatro seções além desta. A segunda faz uma análise histórica dos direitos trabalhistas das mulheres, desde sua introdução ao mercado de trabalho até os dias atuais. A terceira aprofunda nos direitos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que hoje são exclusividade da classe feminina. A quarta seção demonstra quais os direitos adquiridos pelos transexuais na atualidade. E por fim, a última seção analisa possibilidade de extensão dos direitos próprios das mulheres aos transexuais.

A metodologia utilizada para a pesquisa foi do tipo bibliográfica, com consulta às principais doutrinas de Direito que abrangem a temática proposta, bem como em pesquisa jurisprudencial e a legislação, colhendo dados históricos do direito trabalhista da mulher e analisando os diversos posicionamentos quanto aos direitos dos transexuais.

## **2 HISTÓRICO DOS DIREITOS TRABALHISTAS DAS MULHERES E SUA EVOLUÇÃO**

O ingresso da mulher no mercado de trabalho teve início na Revolução Industrial, no século XIX, todavia estas estavam sujeitas a serviços extremamente penosos, com jornadas de 14 a 16 horas, além de salários baixos e condições de serviço degradantes. Nesta época a mulher não possuía qualquer proteção, nem mesmo com relação à maternidade, diante disso algumas leis começaram a surgir no âmbito internacional, visando salvaguardar a integridade física dessas trabalhadoras (MARTINS, 2015).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), com o intuito de proteger a mulher editou diversas convenções, entre estas estão a Convenção nº 3 de 1919, que diz respeito ao emprego antes e depois do parto e a Convenção nº 4, de 1919, que veda o trabalho noturno nas indústrias, ambas que só foram ratificadas no Brasil com o decreto nº 423 de 12 de novembro de 1935. Enquanto no exterior a legislação trabalhista que protegia o trabalho da mulher avançava a partir da década de 1910, no Brasil somente em 1932, com o decreto nº 21.417-A foi regulamentada a primeira lei a versar sobre o tema, concedendo-lhe um descanso remunerado obrigatório de quatro semanas antes do parto e quatro semanas depois, podendo, em casos excepcionais, esses prazos serem estendidos em mais duas semanas, mediante atestado médico, além de dois intervalos diários de trinta minutos para amamentação nos seis primeiros meses do bebê, impondo-se as empresas, com mais de 30 mulheres que tinham 16 anos ou mais, a implantação de local apropriado para a lactação. Este decreto também conferiu às mulheres que sofressem abortos espontâneos um período de duas semanas para descanso remunerado e também proibiu o trabalho noturno das mesmas (BARROS, 2013).

Somente com a Constituição brasileira de 1934 é que pela primeira vez ressaltou-se o tratamento igualitário entre o homem e a mulher: “Art. 113, 1 Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas”. No entanto, mesmo com o tratamento igualitário instituído pela lei maior, alguns trabalhos, como o noturno e insalubre, permaneceram proibidos para as mulheres, contudo um grande passo já havia sido dado em direção da igualdade dos sexos (MARTINS, 2015).

Vale ressaltar, que num primeiro momento, as restrições impostas ao labor da mulher fizeram-se necessárias, considerando os patentes abusos sofridos pela classe, entretanto com o fim dessa condição, a restrição à mulher a impede de alçar cargos mais altos, peculiares aos homens, assim faz-se necessária a revogação de certos limites. Com o Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943, o presidente Getúlio Vargas instituiu a CLT, que a partir de então, passou a tratar do trabalho da mulher em capítulo próprio, dividindo-se basicamente em três categorias: a proteção contra a discriminação da mulher, os direitos gravídico-puerperais e as restrições ao trabalho da mulher, temas a serem expostos adiante (BARROS, 2013).

Uma das grandes vitórias das mulheres no Brasil foi o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), que alterou drasticamente o Código Civil de 1916, tornando as mulheres plenamente capazes para exercer os atos da vida civil a partir da maioridade, que à época era de 21 anos. Essa conquista feminina também possibilitou que as mulheres pudessem trabalhar sem a necessidade da autorização do marido, o que era imprescindível até a promulgação da referida lei (MARTINS, 2015).

Com o avanço dos anos, a luta das mulheres crescia cada vez mais, fazendo com que as restrições ao trabalho feminino fossem se extinguindo, a exemplo da Lei nº 7.189/84, que alterou o art. 379 da CLT para permitir o trabalho noturno para mulheres maiores de 18 anos, mantendo ainda restrições aos serviços em indústrias ou empresas, e mais tarde a Lei nº 7.855/89 que revogou

alguns artigos, entre eles o 379 e 380, acabando de vez com a proibição ao trabalho noturno, exceto quanto às grávidas, e revogou também o artigo 387 da CLT que proibia o trabalho da mulher em subterrâneos, minerações, subsolos, pedreiras e obras de construção pública ou particulares e também nas atividades perigosas ou insalubres (BARROS, 2013).

Finalmente, em 1988, com a Constituição apelidada de Cidadã, as mulheres obtiveram direitos iguais, trazendo em seu artigo 7º, inciso XXX a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. O constituinte originário trouxe, enfim, dignidade a esta classe tratando-a de forma isonômica. Todavia, a percepção de que esta necessitava de maior amparo legal não foi desprezada, tendo em vista as previsões contidas em nossa legislação trabalhista, tais quais expostas a seguir.

### **3 CLT E A EXCLUSIVIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS DAS MULHERES**

Os atuais direitos trabalhistas das mulheres conferem a estas uma igualdade formal frente aos homens, isto porque homens e mulheres não são biologicamente idênticos. Côncios disso os legisladores permitiram um tratamento desigual com enfoque corretivo, assim existem restrições moderadas ao trabalho feminino, visando resguardar sua integridade física, em razão das diferenças biológicas dos sexos. Destarte a CLT, em capítulo voltado aos direitos das mulheres, prevê a proteção da maternidade, função biológica atribuída exclusivamente a estas, além de estabelecer períodos de descanso diferenciados e limitar o uso de força muscular (MARTINEZ, 2016).

Tratando destas excepcionalidades do trabalho da mulher, o doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite (2015, p. 546) salienta que “os fundamentos da proteção jurídica especial destinada à mulher são de ordem fisiológica, já que a mulher não é dotada da mesma resistência física do homem, e social, porque interessa a toda a sociedade a defesa e proteção da família humana”. Assim, observa-se que uma igualdade absoluta entre os gêneros não é possível, ponderando às características fisiológicas dos sexos, assim a busca da proteção da mulher se faz necessária, sem, contudo restringi-la a ponto de impedir seu acesso ao mercado de trabalho.

Um dispositivo da CLT que causou grande dissenso entre os doutrinadores e nas cortes superiores foi o artigo 384, que traz em seu caput: “Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho”. Há quem defenda a recepção do referido dispositivo tendo em vista o objetivo de velar pela saúde e segurança da trabalhadora, em contrapartida, outros aplicadores da lei sustentam que a norma não foi recepcionada pela Constituição, pois confere um injustificado tratamento diferenciado às mulheres (MARTINEZ, 2016).

Barros (2013) entende que com a revogação do artigo 376 da CLT, que limitava a jornada da mulher, houve também a revogação tácita do artigo 384. Defende que ambos os artigos supramencionados conflitam com o princípio constitucional da igualdade e alega ainda que o artigo 384 não foi recepcionado pela Constituição de 1988, visto que, em sua visão, o tratamento dispar entre os gêneros, exceto quanto à proteção a maternidade, não condiz com a Lei Maior, devendo este direito, caso seja aplicado às mulheres, ser estendido aos homens.

Em discussão quanto à constitucionalidade do artigo 384 da CLT, o Supremo Tribunal Federal (STF), em novembro de 2014, reconheceu a recepção do dispositivo de lei, no RE 658.312, que possuiu repercussão geral reconhecida, com entendimento no mesmo sentido de julgados anteriores do Tribunal Superior do Trabalho (TST). O relator do processo, Ministro Dias Toffoli, ressaltou que a Carta Magna prevê situações em que é possível o tratamento diferenciado entre os sexos, com base nos seguintes critérios:

i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas ou meramente legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho (PITANGUY, Jacqueline & BARSTED, Leila L. (orgs.). O Progresso das Mulheres no Brasil. Brasília: UNIFEM, Fundação Ford e CEPIA, 2006); ii) considerou existir um componente orgânico, biológico, a justificar o tratamento diferenciado, inclusive pela menor resistência física da mulher; e iii) considerou haver, também, um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo de atividades pela mulher no lar e no ambiente de trabalho – o que, de fato, é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma, como propõe a metódica concretista de Friedrich Müller (cf. Métodos de trabalho do Direito Constitucional. Trad. Peter

Naumann: Rio de Janeiro, Renovar, 2005 e O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito. Trad. Dimitri Dimoulis et. al.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008). Não vislumbro ser a espécie um enunciado normativo que retrate mecanismo de compensação histórica por discriminações socioculturais fundado na doutrina do “impacto desproporcional”, tal qual desenvolvida no sistema jurídico norte-americano. O art. 384 da CLT levou em consideração os outros dois critérios acima elencados. (RE 658312/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno 27/11/2014, p. 9)

Saliente-se que, em seu voto, o Ministro Toffoli aplica de maneira coesa o princípio da igualdade, isto porque tal princípio não consiste em um tratamento sempre igualitário a todos, pelo contrário, em casos específicos é necessário agir de modo diferenciado para proporcionar a todos condições justas. Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 213) com brilhantismo define que o princípio da isonomia consiste em “tratar com igualdade os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das desigualdades”.

Discorreu ainda o relator da não aplicação do artigo 384 aos homens, isto porque além de não se encaixarem nas condições supracitadas, a aplicação extensiva a estes acabaria por mitigar a conquista das mulheres. Ainda em seu voto, o ministro citou a brilhante obra de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins:

Homens e mulheres não são, em diversos sentidos, iguais, sem que com isso se queira afirmar a primazia de um sobre o outro. O que cumpre notar é que, por serem diferentes, em alguns momentos haverá forçosamente de possuir direitos adequados a estas desigualdades (BASTOS; MARTINS *apud* TOFFOLI, RE 658.312/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno 27/11/2014, p. 10)

Todavia, em razão do provimento de Embargos de Declaração, a decisão supracitada foi anulada tendo em vista a falta de intimação dos advogados constituídos da empresa recorrente, e atualmente o processo encontra-se suspenso devido ao pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes. Conquanto, o Ministro e Relator do processo, Dias Toffoli, já proferiu novo voto, com os mesmos argumentos da decisão prolatada anteriormente. No mesmo sentido se pronunciou a Ministra Cármen Lúcia, que dará seu voto após manifestação do Ministro Mendes, porém antecipadamente assim se manifestou:

Há sim discriminação, mesmo em casos como os nossos, de juízas que conseguimos chegar a posições de igualdade. Há sim discriminação contra nós, mulheres, em todas as profissões, e é o fato de continuar a ter discriminação contra a mulher que nos faz precisar, ainda, de determinadas ações positivas (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325337>. Acesso em 07 out. 2017).

Outrossim, apesar da anulação do acórdão no RE 658.312, há jurisprudência pacífica no TST a cerca da constitucionalidade do artigo 384 da CLT, onde fundamenta que o princípio da igualdade não é ferido por haver tratamento diferenciado entre os sexos, pelo contrário, excepcionalmente é imperioso haver essa distinção para alçar a plena isonomia. Nesse sentido é a jurisprudência abaixo exposta:

MULHER - INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT EM FACE DO ART. 5º, I, DA CF. 1. O art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não-recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico. 2. A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição

física entre homens e mulheres. Analisando o art. 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (cfr. Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST). 3. O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF, art. 201, § 7º, I e II). A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (CF, art. 7º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, § 1º) deixa claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e período de descanso. 4. Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher. 5. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista rejeitado. (RR - 154000-83.2005.5.12.0046 , Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 17/11/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DEJT 13/02/2009).

Outra excepcionalidade está prevista no artigo 386 da CLT. É cediço que os trabalhadores têm direito ao descanso semanal remunerado de vinte e quatro horas, previsto na Constituição em seu artigo 7º, inciso XV, no entanto o artigo em tela prevê outro direito exclusivo da mulher: de ter uma escala de revezamento quinzenal em caso de labor aos domingos. Contudo, não há grande dissenso doutrinário a respeito deste tema, até porque o trabalho nos domingos é uma exceção e também porque a Carta Magna prediz a preferência para o descanso semanal remunerado ocorra no domingo (MARTINS, 2015).

Quanto ao artigo 390 da CLT, há uma restrição em relação ao emprego de força muscular, o que pode restringir a mulher a certos empregos. Alice Monteiro de Barros (2013) defende a abolição da referida restrição, pugnano pela apreciação das condições físicas dos empregados caso a caso, alegando que as restrições ao trabalho da mulher não são mais necessárias e que a manutenção destas reforça a divisão sexista das atividades. O referido artigo expressa:

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

Demais doutrinadores, como Martins, Bezerra Leite e Martinez não apresentam controvérsia envolvendo o artigo em tela, afinal é notória a diferença biológica entre homens e mulheres. Estudos apontam que o sistema muscular feminino é menos desenvolvido que o masculino, a ponto de que aos 20 anos de uma mulher, esta possui cerca de apenas 65% da força muscular de um homem e, aos 55 anos, decai para 54% (BIRYUKOVA *apud* BARROS, 2013).

Outro ponto importante sobre esta proteção ao uso da força muscular feminina é em relação à maternidade. Estudos assinalam que abortamentos espontâneos e partos prematuros são

associados ao trabalho constante com o levantamento de cargas (MCDIARMID *apud* BARROS, 2013).

Diante de uma análise dos artigos constantes no capítulo sobre a proteção do trabalho da mulher, é possível notar que alguns dispositivos são meras repetições de regras já existentes e aplicadas a todos os trabalhadores, sendo desnecessária sua reprodução. Veja-se que dos artigos 372 até o 377 e 387 até o 390-E há uma norma genérica, abrangendo não só a mulher, mas a todos, vedando qualquer espécie de discriminação e de condição degradante de trabalho, já o artigo 381 é mera repetição do artigo 73, também da CLT. O exposto nos artigos 391 até o artigo 400 trata da proteção à maternidade, o que, por lógica, é inerente somente às mulheres, não cabendo discussão no presente trabalho. Assim, analisados os direitos específicos das mulheres, faz-se necessário explanar sobre as conquistas da classe transexual, para enfim dirimir o questionamento levantado no presente estudo.

#### **4 OS DIREITOS ADQUIRIDOS PELOS TRANSEXUAIS**

Antes de discutir acerca dos direitos conquistados pelos transexuais se faz necessário delinear o indivíduo pertencente a esta classe. O ministro Roberto Barroso, relator no RE 845.779, que discutiu a proibição do uso de banheiro feminino por um transexual, trouxe uma definição da Organização Mundial da Saúde que melhor define esta condição:

O transexualismo consiste no “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”. (RE 845.779/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno 13/11/2014, p. 9)

Segundo Costa (1994) os transexuais possuem um grande conflito interno entre sua identidade de gênero e seu corpo biológico, chegando até mesmo a terem vergonha de suas genitálias. Assim, é notória a diferenciação do indivíduo pertencente a este grupo dos demais da classe LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, transexuais e travestis), isto porque aquele que é considerado transexual sente-se aprisionado em um corpo errado, rejeitando veementemente seu sexo de nascimento.

Apesar da legislação brasileira ainda ser escassa quanto aos direitos da classe LGBT a jurisprudência tem estado um passo a frente, cabendo ao Poder Judiciário decidir sobre questões importantes deste grupo. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, por meio do Recurso Especial nº 2016/0245586-9, autorizou a mudança de nome e sexo constantes no registro civil, independente de realização de cirurgia de transgenitalização, vedando inclusive qualquer menção da expressão “transexual” ou do sexo de nascimento. Tal decisão levou em consideração que nem sempre é possível a realização de cirurgia para a redesignação de sexo, entretanto muitos transexuais possuem o estereótipo da identidade de gênero com que se identificam, assim seria vexatório não permitir a alteração de nome e por lógica, incongruente não proceder com a alteração do sexo.

Entre as conquistas dos transexuais está a implementação do “Processo Transexualizador” que foi instituído pelas portarias do Ministério da Saúde nº 1.707 e nº 457, ambas de 2008, e ampliado pela portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013, que além de determinar um atendimento humanizado aos usuários, respeitando o uso do nome social, também oferece acesso a hormonioterapia e inclusive a possibilidade de realizar a cirurgia de adequação do corpo biológico à identidade de gênero, disponível pelo Sistema Único de Saúde (SUS), sendo requisitos para a cirurgia a maioridade, acompanhamento psicoterápico por pelo menos dois anos, laudo psicológico/psiquiátrico favorável e diagnóstico de transexualidade.

A Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013 autorizou a conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo e a celebração destes, rompendo mais uma vez com os paradigmas sociais. Tendo como precedentes julgados do STF e do STJ que autorizavam a união estável entre pessoas do mesmo sexo e também decisão que esclarece não haver impedimentos para a oficialização desta união com o matrimônio. Em informação em seu sítio eletrônico, o Conselho Nacional de Justiça informou que já foram realizados mais de 15 mil casamentos homoafetivos desde a entrada em vigor da norma até meados de 2017.

O Supremo Tribunal Federal, por meio do RE 845779 RG/SC, de repercussão geral, garantiu aos transexuais a possibilidade de utilizar os banheiros do gênero que se identificam, alegando que

impor a este indivíduo o uso do banheiro de seu sexo de nascimento é prática contrária ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade.

Aos transexuais também é garantida a aplicação da Lei nº 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no processo nº 0018790-25.2017.8.19.0004, concedeu a um transexual que se identifica com o gênero feminino medidas protetivas por sofrer maus tratos de sua genitora. Existem ainda outros casos que também conferiram medidas protetivas para esta classe, que sofre demasiadamente com preconceitos e agressões por parte de toda sociedade, isto porque os juízes aplicaram a lei utilizando a identidade de gênero aderida pelo indivíduo (TJRJ – São Gonçalo, 26/05/2017).

Em sua decisão o juiz André Luiz Nicolitt citou um trecho de sua obra que fala sobre a aplicação da Lei Maria da Penha aos transexuais. Vejam-se:

Com efeito, entendemos que todas as normas não penais, ou seja, processuais, civis e administrativas, contidas na Lei Maria da Penha, são aplicáveis ao homem que exerça o papel social de mulher, isto é, que possua o gênero feminino, como os travestis, transexuais, gays, por exemplo. (Processo nº 0018790-25.2017.8.19.0004, TJRJ – São Gonçalo, Juiz André Luiz Nicolitt, 26/05/2017, p. 10)

Já uma decisão que causou grande repercussão e que certamente abrirá um enorme precedente para a discussão de casos como aqui expostos, foi a proferida no dia 13 de setembro de 2017, pelo juiz federal Frederico Montedonio Rego, da 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro, que manteve a decisão da Marinha em negar a continuidade de pagamento da pensão vitalícia garantida às filhas solteiras de militares. Neste caso o filho transexual de um militar, que nasceu mulher, mas passou pela transformação para o sexo oposto, inclusive com sentença de mudança de sexo transitada em julgado, teve sua pensão cancelada. O magistrado alegou que o indivíduo não fazia mais jus ao benefício e que no caso deve ser levada em conta a identidade de gênero e a condição existencial do transexual e declarou ainda que caso a situação fosse inversa, concederia a pensão ao transexual que adotasse o gênero feminino e preenchesse os requisitos legais para implementar o benefício (MUNIZ, 2017. Disponível em: <https://jota.info/justica/filho-de-militar-perde-pensao-apos-mudanca-de-genero-15092017>. Acesso em 27 set. 2017).

Outra decisão marcante, que poderá ser usada como paradigma, foi a proferida pela juíza da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal, autorizando que os reeducandos mantenham os cabelos da identidade de gênero que optarem, mesmo que não tenha sido realizada a cirurgia de mudança de sexo. Assim, se no momento do recolhimento, presos do sexo masculino, mas com identidade de gênero feminina estiverem com seus cabelos naturais longos não serão obrigados ao corte imposto aos homens. A magistrada afirma que o cabelo é parte fundamental da identidade e, portanto, deve ser mantido, sendo inclusive um das formas de empoderamento (MARQUES, 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/juiza-proibe-corte-de-cabelo-de-travestis-e-transexuais-em-presidios-do-df.ghtml>. Acesso em 05 out. 2017).

Destarte, o que se observa é que apesar da disparidade de ideais que cerceiam a ceara jurídica, os transexuais estão conquistando cada vez mais direitos, considerando que o judiciário não pode se esquivar de conceder a efetiva prestação jurisdicional a qualquer cidadão, independente de sua identidade de gênero. Nesse diapasão, conclui-se que os magistrados, e também os legisladores caso dignem-se a criar alguma lei que afete esta classe, ao se depararem com casos como esses, terão de sopesar entre a nova identidade de gênero adotada e o sexo biológico daquele indivíduo, buscando a cada caso concreto a melhor solução e nesse sentido obter solução para a questão de aplicação, ou não, dos direitos exclusivos da mulher aos transexuais, como se verá no tópico a seguir.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do presente estudo, é possível concluir que com o avanço da sociedade, eventualmente casos em que se discuta a aplicação dos direitos da mulher aos transexuais alcançarão às portas do Poder Judiciário e por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, albergado pela Constituição de 1988, os magistrados terão que acolher ou rejeitar tal pretensão e com base nos entendimentos das cortes superiores da não aplicação dos direitos trabalhistas das mulheres aos homens, conforme julgados supramencionados, faz-se necessária à aplicação analógica aos transexuais.

Insta salientar que a condição do transexualismo, assim como o homossexualismo e as demais, tem a ver com a identidade de gênero. Esta é definida por Costa (1994) como uma sensação de pertencimento a algum sexo, seja ele o masculino ou feminino, ou inclusive a ambos ou nenhum, ou seja, é uma identidade interna. Para o autor existem diversas identidades de gênero, sendo que em sua obra delimitou “apenas onze”, todavia faz-se necessário frisar que apesar do título do livro de “Os onze sexos” entende-se que são identidades de gênero, continuando a existir somente dois sexos, masculino e feminino, e a cada um destes os ônus e bônus fisiológicos.

Assim, ao transexual que biologicamente é uma mulher, mas sua identidade de gênero é masculina, mister se faz reconhecer a continuidade dos seus direitos protetivos, ainda que seu estereótipo não seja feminino, contudo esta detém de todas as fragilidades biológicas de uma mulher, não devendo, por exemplo, submeter-se a serviços que demandem o emprego de força muscular superior a vinte quilos em caso de trabalho contínuo, ou vinte e cinco em trabalho ocasional, nos termos de artigo 390 da CLT. Deve também ser garantido o intervalo de quinze minutos antes do início da jornada extraordinária, pelos mesmos motivos que esta benesse é concedida as demais mulheres, e ainda deve haver a aplicação do artigo 386 da CLT e franquear o repouso semanal remunerado aos domingos a cada quinzena, em caso de trabalho dominical. Deve ainda, por óbvio, serem garantidos todos os direitos da proteção à maternidade em caso deste transexual engravidar.

Em contrapartida, ao transexual que biologicamente é um homem, mas adotou a identidade de gênero feminina, não se faz primordial a aplicação dos direitos que são exclusivamente da mulher, isto porque, diante de todo o contexto histórico, estes direitos pertencem à classe feminina em razão de sua fisiologia, conforme amplamente demonstrado no item ‘3’ do presente artigo. Apesar de este transexual ter a identidade de gênero feminina, e ainda que faça a cirurgia de trangenitalização, biologicamente continuará sendo um homem, não sendo este atingido pelos fatores biológicos que concederam à mulher maior proteção.

Necessário ainda dizer que não se trata de preconceito ou discriminação contra os transexuais ou qualquer outro membro da classe LGBT, práticas estas que são repudiadas. Na verdade é apenas uma das óticas de interpretação da situação narrada. Fato é que ainda não há a discussão de situações semelhantes às aqui demonstradas pelo Judiciário brasileiro, no entanto certamente este tema será pauta em algum momento, cabendo ao Direito, frente a essas pressuposições, buscar a justiça e o bem estar social.

## 6 REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL, **Consolidação das Leis do Trabalho**, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm). Acesso em 31 jul. 2017.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: de 16 de julho de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em 31 jul. 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988, Brasília: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 31 jul. 2017.

BRASIL, **Decreto nº 21.417-A**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>. Acesso em 31 jul. 2017.

BRASIL, **Decreto nº 423**, de 12 de novembro de 1935. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-423-12-novembro-1935-532092-norma-pe.html>. Acesso em 31 jul. 2017.

BRASIL, **Lei nº 4.121**: Estatuto da Mulher Casada, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm). Acesso em 31 jul. 2017.

BRASIL, **Lei nº 7.189**: Altera a redação do art. 379, da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, de 4 de junho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7189.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7189.htm). Acesso em 31 jul. 2017.

BRASIL, **Lei nº 7.855**, de 24 de outubro de 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7855.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7855.htm). Acesso em 31 jul. 2017.

BRASIL, **Portaria nº 1.707**, de 18 de agosto de 2008. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707\\_18\\_08\\_2008.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html). Acesso em 31 jul. 2017.

BRASIL, **Portaria nº 2.803**, de 19 de novembro de 2013. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803\\_19\\_11\\_2013.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html). Acesso em 31 jul. 2017.

BRASIL, **Portaria nº 457**, de 19 de agosto de 2008. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457\\_19\\_08\\_2008.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457_19_08_2008.html). Acesso em 31 jul. 2017.

BRASIL, **Resolução nº 175** de 14 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>. Acesso em 31 jul. 2017.

BRASIL. **Superior Tribunal do Trabalho**. RR - 154000-83.2005.5.12.0046 , Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 17/11/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DEJT 13/02/2009. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20154000-83.2005.5.12.0046&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAApBLAAW&dataPublicacao=13/02/2009&localPublicacao=DEJT&query=mulher%20and%20intervalo%20and%20de%20and%2015%20and%20minutos%20and%20antes%20and%20de%20and%20labor%20and%20em%20and%20sobrejornada>. Acesso em 07 out. 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE n. 658.312/SC. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 13 de novembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7971144>. Acesso em 27 jul. 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE n. 845.779/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Recurso Extraordinário de repercussão Geral. Brasília, 13 de novembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7971144>. Acesso em 31 jul. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Casamento homoafetivo**: norma completa quatro anos. Agência CNJ de Notícias, 21 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84740-lei-sobre-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo-completa-4-anos>. Acesso em 31 jul. 2017.

COSTA, Ronaldo Pamplona da. **Os onze sexos**: as múltiplas faces da sexualidade humana. São Paulo: Editora Gente, 1994.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6º ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MARQUES, 2017. **Juíza proíbe corte de cabelo de travestis e transexuais em presídios do DF**. G1 DF. Disponível em: <https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/juiza-proibe-corte-de-cabelo-de-travestis-e-transexuais-em-presidios-do-df.ghtml>. Acesso em 05 out. 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 7º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MUNIZ, 2017. **Filho de militar perde pensão após mudança de gênero.** Portal JOTA: Brasília, 15 de setembro de 2017. Disponível em: <https://jota.info/justica/filho-de-militar-perde-pensao-apos-mudanca-de-genero-15092017>. Acesso em 27 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. Convenções. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/convention>. Acesso em 31 jul. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF recomeça discussão sobre intervalo de 15 minutos para mulheres antes de horas extras.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325337>. Acesso em 07 out. 2017