



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

100% Pure Woman

A Discriminação em Razão da Identidade de Género no
Acesso às Atividades Profissionais Desportivas

Mariana de Sequeiros Araújo Jorge Moreno

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

100% Pure Woman

A Discriminação em Razão da Identidade de Género no
Acesso às Atividades Profissionais Desportivas

Mariana de Sequeiros Araújo Jorge Moreno

Orientadora: Professora Doutora Milena da Silva Rouxinol

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024

*À Professora Doutora Milena Rouxinol,
por ser guia, conhecimento e inspiração.*

*Aos meus pais, por serem porto de abrigo
e apoio constante.*

Ao Francisco, por ser calma e conforto.

*Aos meus avós, por serem força motriz da
vontade de ser mais e melhor.*

*Le véritable voyage de découverte ne
consiste pas à chercher de nouveaux
paysages, mais à avoir de nouveaux yeux.*

Marcel Proust

RESUMO

O movimento progressivo no sentido da desconstrução dos paradigmas sociais relativos ao género e ao sexo enfrenta um dos seus maiores desafios no campo desportivo, suscitando questões em relação às quais o Direito tem de estar necessariamente atento. A presente dissertação constitui uma reflexão sobre o problema da discriminação em razão da identidade de género no acesso às atividades profissionais desportivas, explorando as suas dimensões legais, sociais e éticas através das lentes do Direito Antidiscriminação, do Direito do Trabalho e do Direito Desportivo. Centrando-se no enquadramento jurídico existente, o estudo evidencia as barreiras sistémicas que as pessoas transgénero enfrentam no âmbito laboral, em especial no contexto desportivo. Com base na análise dos regulamentos, políticas e práticas implementados pelas federações desportivas, e sempre tendo em consideração a especialidade da atividade e da relação jurídica em causa, visa-se sublinhar o impacto dos requisitos de elegibilidade para as categorias competitivas feminina e masculina e das diretrizes relativas à participação de atletas transgénero, do ponto de vista da discriminação no acesso ao emprego e da sua possível justificação à luz de um requisito ocupacional genuíno.

PALAVRAS-CHAVE

Discriminação, identidade de género, sexo, género, acesso ao emprego, atividades profissionais desportivas, competições desportivas, regras de elegibilidade.

ABSTRACT

The movement towards deconstructing social paradigms related to gender and sex faces a significant challenge in the field of sport, raising legal issues that need to be addressed. This thesis reflects on the issue of discrimination based on gender identity in access to professional sports, exploring its legal, social, and ethical dimensions through the lenses of anti-discrimination, labor, and sports law. The study examines the systemic barriers that transgender individuals encounter in the labor field, particularly in the context of sports, with a focus on the current legal framework, as well as the regulations, policies and practices implemented by sports federations. The aim of this analysis is to explore the impact of eligibility requirements for male and female competitive categories on employment access and whether they can be legitimately justified as genuine occupational requirements, considering the specific rationale of the activity and the specialty of sports employment relations.

KEYWORDS

Discrimination, gender identity, sex, gender, access to employment, professional sporting activities, sports competitions, eligibility rules.

ÍNDICE

RESUMO	i
ABSTRACT	ii
ÍNDICE	iii
NOTA PRÉVIA	iv
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	v
1. INTRODUÇÃO	1
2. O DIREITO ANTIDISCRIMINAÇÃO – BREVE INCURSÃO.....	3
2.1. Proibição da discriminação como concretização do princípio da igualdade.....	3
2.2. Os fatores de discriminação	4
2.3. Modalidades de discriminação	6
2.4. A justificação da discriminação, em especial, os critérios ocupacionais genuínos.....	7
3. A DISCRIMINAÇÃO LABORAL EM RAZÃO DA IDENTIDADE DE GÉNERO	10
3.1. Identidade de género: conceitos essenciais e afins.....	10
3.2. A (desejada) autonomia da identidade de género como fator de discriminação	12
3.3. Implicações da proibição da discriminação em razão da identidade de género em contexto laboral	14
4. A ESPECIALIDADE DAS RELAÇÕES LABORAIS DESPORTIVAS	17
4.1. O carácter dual do CTPD	17
4.2. Desporto: um mundo binário.....	19
4.3. As federações desportivas e a regulamentação da participação de atletas trans na competição: alcance discriminatório	22
4.4. Ser biologicamente mulher: um critério ocupacional genuíno nas atividades profissionais desportivas?	24
5. CONCLUSÃO	34
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	36
LISTA DE JURISPRUDÊNCIA.....	49

NOTA PRÉVIA

As citações constantes das notas de rodapé são realizadas de acordo com o método Autor-Data, com a menção do nome do Autor, ano de edição da obra e da(s) página(s) relevante(s).

Todas as traduções efetuadas na transcrição de publicações em língua estrangeira são da responsabilidade da Autora.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

AFL – *Australian Football League*

Al./Als. – Alínea/Alíneas

Art. – artigo

CC – Código Civil

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos

cis – cisgénero

COI – Comité Olímpico Internacional

Coord. – Coordenação

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho (Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro)

CTPD – Contrato de Trabalho do Praticante Desportivo

DDS – Diferenças no Desenvolvimento Sexual

Dir. – Diretiva

DL – Decreto-Lei

DUE – Direito da União Europeia

Ed./Eds. – Editor/Editores

EUA – Estados Unidos da América

IAAF – *International Association of Athletics Federations*

n.º/n.ºs – número/números

NWSL – *National Women's Soccer League*

OIT – Organização Internacional do Trabalho

p./pp. – página/páginas

par. – parágrafo

Proc. – Processo

RFU – *Rugby Football Union*

ss. – seguintes

SST – Saúde e Segurança no Trabalho

STFS – Supremo Tribunal Federal Suíço

TAD – Tribunal Arbitral do Desporto

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TJ – Tribunal de Justiça

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

Trans – Transgénero

UCI – *Union Cycliste Internationale*

UE – União Europeia

v. – *versus*

vol. – volume

1. INTRODUÇÃO

O desporto é um fenómeno social, cuja capacidade de mover as massas, despertar paixões e arrebatador corações se demonstra inigualável. A garantia da qualidade e da rentabilidade económica do espetáculo desportivo conforma os princípios regentes da atividade, que, por sua vez, são assegurados pelas federações desportivas, às quais é conferido poder regulamentar para o estabelecimento das regras aplicáveis às respetivas modalidades desportivas. Paralelamente, as especificidades do mundo do desporto conduziram à necessidade de adaptação das normas aplicáveis às relações laborais comuns a uma realidade e contexto distintos daqueles para os quais o regime do CT foi pensado, nascendo, desta forma, o CTPD como um verdadeiro contrato de trabalho especial. Assim, as normas desportivas e as normas laborais coexistem num sistema que se deseja harmónico, mas que, por vezes, apresenta zonas de rutura. Enquanto ponto de interseção das mais variadas áreas não só do Direito, a definição regulamentar dos critérios de elegibilidade para a participação nas categorias competitivas femininas é um dos maiores desafios enfrentados pelas referidas federações, porquanto parece não deixar espaço para o respeito integral pela identidade de género dos praticantes desportivos. Ao contrário do que é tendência no contexto laboral atual, que se vem movendo no sentido da neutralidade de género e da proibição da discriminação de sujeitos que não se integram nas tradicionais conceções de sexo e de género, o desporto está alicerçado numa estrutura binária, cuja solidez é desafiada pela existência de atletas trans, intersexo, bem como daquelas que, não se integrando em nenhuma destas duas categorias, possuem características fisiológicas consideradas atípicas, porque entendidas como masculinas. Neste âmbito, a redução da definição do que é ser mulher a níveis de testosterona e à inexistência de cromossomas Y, em nome da defesa da justiça desportiva, tem deixado um verdadeiro lastro de efeitos nefastos, que vão do término precoce de promissoras carreiras desportivas até à estigmatização sofrida por quem não se conforma com a categorização estabelecida.

Ocorre que o fator de discriminação “identidade de género” não parece conferir proteção eficaz a todas estas realidades, mais concretamente, às marcadas pela atipicidade sexual e pela intersexualidade. Quanto a estas, apesar de equacionável a sua tutela por via da recondução ao conceito de sexo, vem emergindo timidamente um novo motivo suspeito de diferenciação – as características sexuais. Tendo em conta que a discriminação laboral em razão da identidade de género é objeto de maiores reflexões doutrinárias e jurisprudenciais, o nosso foco incidirá sobre a mesma. Não obstante, e porque a questão subjacente é similar – a existência de determinadas características biológicas que conduzem a uma presunção de superioridade a nível competitivo

– o raciocínio adotado a propósito da identidade de género possui um potencial de aplicação a um universo que ultrapassa a comunidade trans, ainda que, provavelmente, ao abrigo de fator(es) de discriminação distinto(s). Por esta razão, as suas experiências em contexto profissional desportivo serão tidas em conta, ainda que sem lhes ser dado (o seu merecido) protagonismo.

A presente dissertação visa dar um contributo para a análise do tema, convocando considerações à luz do Direito Antidiscriminação, do Direito do Trabalho e do Direito Desportivo, sob o prisma dos quais se procurará dar resposta a algumas das controversas questões levantadas pelo mesmo e situadas na zona de interseção entre estes ramos da juridicidade. É a imposição de restrições à participação ou a exclusão de atletas trans nas competições desportivas femininas uma compressão admissível ao princípio da igualdade e não discriminação? Pode a pertença biológica a um determinado sexo, com a consequente desconsideração da identidade de género do trabalhador, ser um critério a atender por parte dos empregadores desportivos no momento da contratação? Sendo este o cerne da análise, não é possível a sua correta abordagem sem uma prévia referência aos conceitos essenciais do Direito Antidiscriminação e ao *status quo* da proibição da discriminação em razão da identidade de género no contexto laboral, tópicos que constituirão o nosso ponto de partida.

2. O DIREITO ANTIDISCRIMINAÇÃO – BREVE INCURSÃO

O Direito Antidiscriminação procura combater tratamentos desvantajosos fundados em preconceitos e estereótipos ligados à presença de determinadas características associadas à pertença a determinados grupos sociais. Encontra-se, assim, predominantemente assente numa lógica categorial e individualista, que impõe a consideração das qualidades pessoais do indivíduo em concreto¹, e no conceito de comparação, cuja importância se justifica no facto de permitir aferir se o tratamento teria sido semelhante na ausência de um fator de discriminação². Este ramo do Direito é resultado de uma complexa “constelação de fontes, de ordem nacional, europeia, internacional e de Direito Comparado”³, cujo aprofundamento e desenvolvimento se deu maioritariamente graças a contributos jurisprudenciais dos tribunais anglo-saxónicos e de tribunais supranacionais⁴.

O presente capítulo constitui uma brevíssima incursão por aqueles que são os seus fundamentos e conceitos essenciais.

2.1. Proibição da discriminação como concretização do princípio da igualdade

O princípio da igualdade é um dos protagonistas do sistema constitucional português, sendo considerado um princípio estruturante do Estado de Direito⁵ e um “princípio informador de toda a ordem jurídica”⁶. O facto de ser “o de presença mais constante e mais antiga nos textos constitucionais”⁷ conduziu ao seu estudo aprofundado por parte da doutrina constitucional que se dedicou à delimitação do seu conteúdo e âmbito de aplicação. Se para alguns autores a vedação de discriminações e privilégios representa o sentido negativo do princípio da igualdade⁸, para outros configura uma das três dimensões que é possível retirar do art. 13.º da

¹ FREDMAN, 2022, p. 168. Segundo a autora, um dos desafios a esta conceção individualista passa pelo facto de haver características determinadas pela pertença a um grupo que são “valorizadas como parte da identidade dos indivíduos” (FREDMAN, *ibidem*).

² GOLDBERG, 2011, p. 731. A escolha do comparador adequado levanta problemas delicados, os quais têm levado alguns autores a apelarem ao “destronamento dos comparadores”, na medida em que a exigência judicial de um juízo de comparação reduz drasticamente a probabilidade de sucesso num eventual litígio (GOLDBERG, *idem*, pp. 812 e 734).

³ MESTRE, 2020, p. 27.

⁴ MESTRE, *idem*, p. 28.

⁵ NOVAIS, 2011, p. 101.

⁶ CANOTILHO e MOREIRA, 2014, p. 347. Os autores sublinham a eficácia horizontal do princípio da igualdade, reconhecendo-o como “princípio objetivo da ordem jurídica privada”, cujo conteúdo é alvo de adaptações, “de forma a não aniquilar a especificidade das relações jurídico-civis” (CANOTILHO e MOREIRA, *idem*, pp. 346-347).

⁷ NOVAIS, 2011, p. 101.

⁸ MIRANDA, 2015, pp. 326-327.

CRP⁹. Seguindo este último entendimento, o princípio da igualdade teria como manifestações: 1) a proibição do arbítrio, que visa eliminar diferenciações imotivadas, reconduzindo-se à máxima de tratar de forma igual o que é igual e de forma diferente o que é diferente; 2) a proibição de discriminações, cujo propósito é a eliminação de distinções motivadas em fundamentos considerados censuráveis; 3) a obrigação de diferenciação que se reconduz à chamada discriminação positiva¹⁰. Assim, este normativo constitucional projeta, “no domínio do direito do trabalho, corolários negativos e positivos”¹¹, assumindo os primeiros – nos quais se integra a não discriminação – maior destaque¹². Por esta via, visa-se censurar “tratamento[s] desvantajoso[s] conferido[s] a trabalhadores ou candidatos a emprego em função de certos elementos categoriais”¹³, os quais em nada afetam as competências e capacidades essenciais para o exercício das funções contratadas ou a contratar, nem o modo de prestação da atividade laboral.

Desta forma, é possível concluir pela inexistência de uma total sobreposição entre os conceitos de igualdade e de não discriminação – garantir a observância do princípio da igualdade implica ir mais além do que impedir distinções com base em motivos considerados ilegítimos. Contudo, e apesar de não haver consenso quanto à “autonomia dogmática do princípio da não discriminação”¹⁴, a sua utilidade prática parece-nos evidente, se se adotar a perspectiva segundo a qual este princípio põe o acento tónico nos critérios de diferenciação, deixando as condutas sob suspeita e cobrindo-as de um manto de ilicitude agravada¹⁵.

2.2. Os fatores de discriminação

Uma vez que o foco do Direito Antidiscriminação não está no próprio ato de diferenciação, mas sim no seu fundamento¹⁶, o mesmo tem como subjacente um “modelo categorial”¹⁷, assente na determinação de fatores proibidos de discriminação, conferindo proteção aos indivíduos

⁹ CANOTILHO e MOREIRA, 2014, p. 339.

¹⁰ CANOTILHO e MOREIRA, *idem*, pp. 340-342.

¹¹ FERNANDES, 1991, p. 1009.

¹² FERNANDES, *idem*, p. 1010.

¹³ DRAY, 2015, p. 349. Como o autor sublinha, a proteção dos candidatos a emprego de condutas discriminatórias constitui um caso de “pré-eficácia da situação laboral” (DRAY, 2020, p. 127). Quanto à escolha do parceiro contratual, o que se entende é que a “liberdade de opção não [deve] ser absoluta e ilimitada”, pelo que se admite a restrição da autonomia privada através da proibição de distinções ilegítimas (DRAY, 1999, p. 273).

¹⁴ CANOTILHO, 2011, p. 103.

¹⁵ CANOTILHO, *ibidem* e ROUXINOL, 2023, p. 253.

¹⁶ FERNANDES, 1991, p. 1011.

¹⁷ LUCAS, 2015, p. 1609.

apenas na medida em que se enquadrem num determinado grupo¹⁸. Tal é objeto de críticas por parte de um setor da doutrina¹⁹, sublinhando-se, entre elas, o chamado “dilema da diferença”, isto é, a conceção de que quer a delimitação de grupos quer a desconsideração das suas particularidades comporta o “risco de reforçar o estigma associado à diferença, quer ignorando-a, quer centrando-se nela”²⁰. Corre-se o “risco paradoxal”²¹ de, através da categorização inerente à lei antidiscriminatória, se reforçar a situação que se desejava combater, a subordinação social destes grupos²². Assim, apesar de terem surgido vozes no sentido do abandono da abordagem baseada nos fundamentos de discriminação²³, a posição maioritária continua a ser a de que nenhuma solução proporciona um nível satisfatório de segurança jurídica “sem especificar as características com base nas quais não podem ser estabelecidas distinções”²⁴.

O impulso para a consagração normativa destes fundamentos proibidos depende em grande medida do “contexto político e social no qual a lei antidiscriminatória foi desenvolvida”²⁵. Assim, as listas de fatores de discriminação variam consideravelmente entre os vários ordenamentos jurídicos, apesar de, por norma, se reconduzirem a características não dependentes da vontade dos indivíduos ou que, embora o sendo, não devem ser tidas em consideração porque “decorrentes de escolhas fundamentais, expressão da liberdade de desenvolvimento da personalidade”²⁶. Deste modo, enquanto em determinados sistemas jurídicos se optou pela construção de catálogos abertos e amplos de características protegidas, noutros a solução passou pela formulação de elencos fechados de fatores de discriminação²⁷. A opção por um ou outro modelo pode ser determinante quanto ao (in)sucesso de pretensões jurídicas formuladas face a comportamentos potencialmente discriminatórios. Embora nenhum

¹⁸ LEE, 2017, p. 130.

¹⁹ LUCAS, 2015, pp. 1618-1626.

²⁰ MINOW, 1985, p. 157. “Se as diferenças biológicas entre mulheres e homens justificarem benefícios especiais para as mulheres no local de trabalho, será que as mulheres são ajudadas ou prejudicadas? Os estereótipos negativos são reforçados? (...) O foco nas diferenças comporta o risco de as reforçar” (MINOW e LANGEVOORT, 1987, p. 12), “No entanto, negar a presença dessas características e o seu significado na sociedade priva os indivíduos de proteção contra a discriminação devido a conceções não fundamentadas associadas à diferença” (MINOW e LANGEVOORT, *idem*, p. 22).

²¹ LEE, 2017, p. 115.

²² LEE, *ibidem*.

²³ MCCOLGAN, 2014, pp. 53-59.

²⁴ MCCOLGAN, *idem*, p. 59.

²⁵ FREDMAN, 2022, p. 169.

²⁶ ROUXINOL, 2023, p. 247.

²⁷ A título de exemplo, a adoção do primeiro modelo verificou-se no ordenamento jurídico português (art. 13.º, n.º 2 CRP e do art. 24.º CT) e, a nível internacional, no art. 14.º CEDH, e do segundo modelo, no ordenamento jurídico da UE e, por influência deste, no Reino Unido (*Equality Act 2010*) (MESTRE, 2020, p. 89).

dos modelos esteja isento de críticas²⁸, parece ser possível afirmar que os catálogos não exaustivos são mais adequados, tendo em conta a “volatilidade do fenómeno discriminatório”²⁹ e o seu “caráter evolutivo”³⁰, daí que sejam frequentes os incentivos à sua adoção³¹, bem como à iniciativa de aditamento de novos fatores consoante vão adquirindo relevo social. Isto de modo a promover a sua análise aprofundada, a identificação de eventuais especificidades exigidas a nível de tutela e, conseqüentemente, a maior eficácia da lei antidiscriminatória no combate ao fenómeno³². A taxatividade tem conduzido à necessidade de os órgãos jurisdicionais alargarem os âmbitos de aplicação dos fatores de discriminação consagrados a amplitudes que estes parecem não comportar³³ e à admissibilidade de condutas que, socialmente e noutros ordenamentos jurídicos, são claramente identificadas como discriminatórias³⁴.

2.3. Modalidades de discriminação

A discriminação direta e a discriminação indireta enquanto modalidades do fenómeno discriminatório encontram-se sedimentadas nos vários instrumentos jurídicos nacionais e supranacionais. Estes conceitos têm consagração expressa nas várias diretivas europeias relativas à não discriminação no âmbito laboral³⁵, bem como no CT português [art. 23.º, n.º 1, als. a) e b)], identificando-se como sua fonte originária o Direito norte-americano³⁶.

Estaremos perante uma “discriminação direta, sempre que, em razão de um fator de discriminação, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável”³⁷. Esta acaba por se assumir como a forma mais evidente de afronta ao princípio da não discriminação, porquanto a diferenciação, independentemente da intencionalidade, se funda diretamente “num critério

²⁸ Veja-se GANTY e BENITO SANCHEZ, 2021, p. 72 e ss.

²⁹ LOPES, 2011, p. 48.

³⁰ LOPES, *idem*, p. 50.

³¹ GANTY e BENITO SANCHEZ, 2021, p. 89.

³² ROUXINOL, 2023, p. 250.

³³ ROUXINOL, *idem*, p. 248.

³⁴ A este propósito, é relevante a questão da escolha dos fatores a constar da lei antidiscriminatória. AILEEN MCCOLGAN defende que estes devem estar intimamente ligados aos objetivos de eliminação “da opressão baseada na identidade e/ou a hierarquias de *status* injustas” (MCCOLGAN, 2014, p. 66). A ideia subjacente é a de apurar se existe um precedente de utilização de certas características como fundamento do estabelecimento de uma hierarquia social, e conseqüente opressão dos grupos caracterizados pelas mesmas (BALKIN, 1997, pp. 2360 e 2366).

³⁵ Art. 2.º, n.º 2, als. a) e b) da Dir. 2000/78 e da Dir. 2000/43/CE e no art. 2.º, n.º 1, als. a) e b) da Dir. 2006/54/CE, bem como no CT português [art. 23.º, n.º 1, als. a) e b)].

³⁶ DRAY, 2020, p. 123.

³⁷ Art. 23.º, n.º 1, al. a) CT.

interdito pela ordem jurídica”³⁸. Ocorrerá “discriminação indireta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja suscetível de colocar uma pessoa, por motivo de um fator de discriminação, numa posição de desvantagem comparativamente a outras (...)”³⁹. Esta modalidade evidencia que a igualdade de tratamento pode ser discriminatória, conduzindo a resultados desiguais⁴⁰, pelo que o destaque está nos efeitos desproporcionados sobre um determinado grupo protegido e não sobre a prática em si.

É ainda relevante referir a existência de outras modalidades de discriminação, cujo desenvolvimento e aprofundamento ocorreu por via legal, como é o caso do assédio, a instrução para discriminar e os atos de retaliação⁴¹, por via jurisprudencial, com o conceito de discriminação por associação⁴², e por via doutrinal, com as noções de discriminação múltipla, mormente a interseccional⁴³.

2.4. A justificação da discriminação, em especial, os critérios ocupacionais genuínos

A questão da justificação ou descaracterização reconduz-se à possibilidade de afastamento da ilicitude de uma conduta discriminatória. Embora a jurisprudência do TEDH, nesta matéria, não faça distinções no que se refere às modalidades de discriminação, o DUE apenas consagra a possibilidade genérica de justificação quanto à discriminação indireta, estando a descaracterização da discriminação direta muito mais limitada⁴⁴. Este é também o modelo seguido no CT, cujo art. 23.º, n.º 1, al. b) enquadra na própria definição de discriminação indireta a admissibilidade da sua descaracterização enquanto ato ilícito, estabelecendo, por sua vez, no art. 25.º, n.º 2 a justificação mais restritiva para os comportamentos diferenciadores (diretamente) baseados em fatores de discriminação.

Começando pela discriminação indireta, esta será ilícita, a não ser que justificada por um objetivo legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários, com fundamento na ideia de que “(...) por não terem por base critérios de distinção proibidos, muitas

³⁸ CANOTILHO, 2011, p. 107.

³⁹ Art. 23.º, n.º 1, al. b) CT.

⁴⁰ FREDMAN, 2022, p. 280.

⁴¹ Conceitos constantes das diretivas 2000/78/CE e 2000/43/CE, sendo identificadas como submodalidades da discriminação direta, mas não suscetíveis de justificação (MESTRE, 2020, pp. 15 e 73).

⁴² O TJUE reconheceu e definiu o conceito de discriminação por associação no Ac. TJ, 17/07/2008, Caso Coleman, Proc. C-303/06 (GERARDS, 2020, p. 150).

⁴³ Fenómeno resultante da interação cruzada de dois ou mais fatores de discriminação (XENIDIS, 2019, *passim*).

⁴⁴ FRA AND COUNCIL OF EUROPE, 2018, p. 43.

destas normas não terão uma intenção discriminatória e poderão mesmo configurar a melhor solução possível para atingir um determinado fim”⁴⁵. Ora, o caráter genérico da formulação coloca nas mãos da jurisprudência a aferição casuística da conformidade das práticas ou disposições com o Direito Antidiscriminação⁴⁶. Os contributos do TJUE têm-se verificado maioritariamente quanto ao fator de discriminação sexo, em relação ao qual o critério passa por aferir da existência de uma necessidade real⁴⁷, garantindo-se que a “medida se explica por fatores objetivamente justificados e estranhos a qualquer discriminação”⁴⁸ em razão do mesmo, sendo apropriada à prossecução do objetivo invocado e indispensável para o atingir, uma vez que não existe nenhuma alternativa menos lesiva⁴⁹.

Relativamente à discriminação direta, apesar da maior resistência à admissibilidade da sua justificação⁵⁰, esta é possível em relação aos variados fatores de discriminação, invocando-se a existência de um requisito ocupacional genuíno⁵¹. O que está em causa é a admissibilidade de diferenciações baseadas (1) numa característica relacionada com um fator de discriminação (e não ao fator em si), sempre que, (2) dada a natureza da atividade profissional em causa ou do contexto da sua execução, (3) essa característica constitua um requisito essencial e determinante para o exercício dessa atividade, (4) na condição de o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional⁵². Ou seja, “a finalidade subjacente à distinção deve relacionar-se com a necessidade de adequar o trabalhador ou o candidato a emprego ao posto de trabalho e à natureza das atividades profissionais em causa”⁵³. É comumente aceite a invocação destes requisitos para garantir a autenticidade de determinadas atividades, nomeadamente no que toca

⁴⁵ CANOTILHO, 2011, p. 110.

⁴⁶ MESTRE, 2020, p. 70.

⁴⁷ Ac. TJ, 13/05/1986, Caso Bilka, Proc. 170/84, par. 37.

⁴⁸ *Idem*, par. 31.

⁴⁹ TOBLER, 2008, p. 35.

⁵⁰ FREDMAN, 2022, p. 271.

⁵¹ No ordenamento jurídico norte-americano, adotam o nome de *Bona Fide Occupational Qualifications*, implicando que o empregador demonstre claramente que “a essência das suas atividades empresariais seria substancialmente lesada se (...) fosse forçado a eliminar a política discriminatória” (CAVICO e MUTJABA, 2016, p. 24). No DUE, encontram-se expressamente previstos, quanto à deficiência, idade e orientação sexual, no art. 4.º da Dir. 2000/78, quanto à origem racial ou étnica, no art. 4.º da Dir. 2000/43 e, quanto ao sexo, no art. 14.º, n.º 2 da Dir. 2006/54. Nesta última, o âmbito dos requisitos ocupacionais genuínos limita-se ao acesso ao emprego e à formação pertinente, não parecendo existir uma explicação totalmente lógica e congruente para este facto (IGLESIAS SÁNCHEZ, 2020, p. 230). No CT, estes requisitos encontram-se previstos no art. 25.º, n.º 2 CT, sendo aplicável a todos os fatores de discriminação.

⁵² MALISZEWSKA-NIENARTOWICZ, 2020, p. 204. Estão em causa requisitos objetivamente ditados pela natureza da atividade ou pelo contexto em que é desenvolvida, pelo que a justificação “não pode abranger considerações subjetivas, como a vontade do empregador de ter em conta os desejos concretos do cliente” (Ac. TJ, 14/03/2017, Caso Bougnaoui, Proc. C-188/15, par. 40). A objetividade parece estar garantida quando o propósito da diferenciação passe por assegurar a SST, veja-se as conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston, par. 99, quanto ao Caso Bougnaoui, Proc. C-188/15 e Ac. TEDH, 15/01/2013, Caso Eweida e outros v. Reino Unido (48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10), par. 99.

⁵³ DRAY, 2020, p. 132.

à contratação de modelos, atores e outros trabalhadores do ramo artístico, em que características associadas a fatores de discriminação, como a aparência física, se revelam objetivamente essenciais⁵⁴. Em relação ao sexo, invocam-se igualmente estes critérios a propósito de profissões que envolvam atos intrusivos na privacidade das pessoas, como é o exemplo de trabalhos que impliquem inspeções pessoais e revistas ou a presença em balneários femininos/masculinos⁵⁵. Por último, quanto a atividades relacionadas com a manutenção da segurança pública, era frequente a exclusão das mulheres de serviços policiais e militares, por motivos relacionados com os estereótipos estatísticos ligados à sua pressuposta falta de capacidade física⁵⁶ e com os papéis de género⁵⁷. A título de exemplo, ao abrigo da Dir. 76/207, entretanto revogada, o TJUE aceitou o sexo como fator determinante para o acesso a unidades de combate especiais como os *Royal Marines*⁵⁸, tendo deixado guiar a sua avaliação da proporcionalidade por estereótipos de género, tomando “como certo que as mulheres não são capazes de lutar em pé de igualdade com os seus camaradas masculinos”⁵⁹. Com a evolução social ocorrida desde então, tornou-se progressivamente mais difícil a justificação de discriminações em razão do sexo “com base na eficácia ou eficiência de determinados serviços de segurança ou de emergência”⁶⁰, traduzida na interpretação restritiva e mais cautelosa feita pelo TJUE do conceito de requisito ocupacional genuíno⁶¹. Conquanto, a falta de representação das mulheres nestes setores continua a ser um facto em grande medida relacionado com a fixação de requisitos de acesso ou de testes de aptidão física⁶². Assim, o TJUE já se pronunciou no sentido do carácter discriminatório de regulamentação que determina como exigência de acesso a formação policial a estatura mínima de 1,70 m de altura, por afetar de forma desproporcionada o sexo feminino⁶³, rejeitando que requisitos como a altura estejam “inequivocamente relacionados com a aptidão física”⁶⁴.

⁵⁴ MALISZEWSKA-NIENARTOWICZ, 2020, p. 215.

⁵⁵ MARECOS, 2023, p. 177.

⁵⁶ GUERRERO PADRÓN *et al.*, 2023, p. 588.

⁵⁷ HOLZLEITHNER, 2017, p. 14.

⁵⁸ Ac. TJ, 26/10/1999, Caso Sirdar, Proc. C-273/97.

⁵⁹ HOLZLEITHNER, 2017, pp. 15-16.

⁶⁰ FRA AND COUNCIL OF EUROPE, 2018, p. 102.

⁶¹ Ainda que a propósito do trabalho mineiro, o TJ afirmou que “não é permitido excluir as mulheres de um emprego pelo simples motivo de serem, em média, mais baixas e menos fortes do que a maioria dos homens, desde que sejam admitidos para esse emprego homens com características físicas semelhantes” (Ac. TJ, 01/02/2005, Caso Comissão v. Áustria, Proc. C-203/03, par. 46).

⁶² HOLZLEITHNER, 2017, p. 17.

⁶³ Ac. TJ, 18/10/2017, Caso Kalliri, Proc. C-409/16.

⁶⁴ BELAVUSAU, 2018, p. 222.

3. A DISCRIMINAÇÃO LABORAL EM RAZÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO

3.1. Identidade de gênero: conceitos essenciais e conceitos conexos

Os conceitos de sexo e gênero, ainda que intimamente ligados e frequentemente usados de forma indistinta, diferem entre si, correspondendo o primeiro a uma dimensão biológica e o segundo a uma dimensão psicológica ou cultural⁶⁵. Ou seja, enquanto o sexo se afere tendo em consideração um conjunto de características anatómicas e fisiológicas, que incluem cromossomas, hormonas, órgãos genitais externos e internos, gónadas e caracteres sexuais secundários⁶⁶, o gênero é usualmente identificado como uma construção social, nos termos da qual se associam, num dado contexto cultural, determinados elementos físicos, psicológicos e comportamentais aos sexos biológicos⁶⁷. Deste modo, assentando a ciência no “pressuposto do caráter dicotómico do sexo”⁶⁸, as concepções sociais relativas ao gênero organizaram-se também numa estrutura binária, que o demarca como feminino ou masculino, associado às respetivas identidades de gênero⁶⁹. A identidade de gênero corresponde à “visão que a própria pessoa assume e pretende assumida pela sociedade acerca do seu gênero”⁷⁰, associando-se frequentemente à expressão de gênero, que se refere à sua forma de manifestação em contexto social, através de elementos como o vestuário, acessórios e cosméticos, bem como maneirismos, forma de expressão e padrões comportamentais⁷¹. O paradigma que prevaleceu foi o de que as pessoas vivem, sentem, identificam e expressam o seu gênero conforme o sexo com o qual nascem, o que é conhecido por cisnormatividade⁷².

Ocorre que a realidade e a natureza demonstram que é possível refutar todos estes entendimentos. Em primeiro lugar, a pertença biológica a um determinado sexo não determina a identidade de gênero, que, por sua vez, não é necessariamente binária. Surge, assim, o termo *transgênero* que inclui todos os indivíduos para os quais a identidade e/ou expressão de gênero difere do seu sexo biológico (inclusive aquelas que se identificam com mais do que um gênero ou até mesmo com nenhum), abrangendo as pessoas transsexuais, cuja frequente “forte

⁶⁵ STOLLER, 1984, p. 9.

⁶⁶ LJUNGQVIST, 2000, p. 188.

⁶⁷ AGIUS e TOBLER, 2012, p. 12 e MESTRE, 2011, p. 192.

⁶⁸ SANZ, 2017, p. 19.

⁶⁹ GOMES, 2021, p. 20.

⁷⁰ ROUXINOL, 2017, p. 191.

⁷¹ GANTY e BENITO SHANCHEZ, 2021, p. 61. Não obstante, é equacionável que haja uma discrepância entre identidade e expressão de gênero, por exemplo, o caso de “uma pessoa que se identifique internamente como homem, mas ainda viva predominantemente como mulher” (MICHAEL, 2012, p. 94).

⁷² GOMES, 2021, p. 20.

rejeição” das suas características sexuais as conduz à (vontade de) realização de intervenções cirúrgicas e tratamentos hormonais no sentido de as alinhar com o seu género⁷³.

Em segundo lugar, constata-se que a biologia humana “não divide perfeitamente os seres humanos em dois sexos”⁷⁴. Tal é demonstrado pela existência de pessoas intersexo, que, apresentando variações “no que diz respeito ao seu sexo cromossómico, gonadal ou anatómico”⁷⁵, possuem características sexuais que dificultam a sua integração na categorização estabelecida⁷⁶. Por conseguinte, a progressiva aceitação do género como um espectro tem vindo a ser acompanhada do reconhecimento do sexo como um *continuum*, variando os traços sexuais entre o que é definido como “tipicamente masculino e “tipicamente feminino”⁷⁷. Algures a meio caminho, encontramos padrões cromossómicos diversos⁷⁸, genitais externos ambíguos ou não correspondentes com os internos e níveis de testosterona que não se enquadram nos intervalos associados ao sexo atribuído⁷⁹, variações conhecidas no mundo médico e desportivo como “diferenças no desenvolvimento sexual”⁸⁰. Como bem sublinham alguns autores, as pretensões das pessoas intersexo não se reconduzem necessariamente ao reconhecimento de um terceiro sexo ou ao respeito pela sua identidade de género, abrangendo também a tutela das suas características sexuais face, nomeadamente, a tratamentos cirúrgicos e farmacológicos desnecessários de “retificação” ou “normalização”⁸¹.

Refletindo a visão predominante da sociedade, também o Direito acolhe a compreensão binária do ser humano, e, por isso, tem-se revelado algo reticente ao reconhecimento formal de novos grupos sociais merecedores de proteção, nos quais se integram as pessoas que a desafiam⁸², ainda que as provas da hostilidade e opressão sofridas pelas mesmas sejam evidentes⁸³. Neste sentido, de modo a garantir a tutela adequada, em matéria de proibição de discriminação, de todas as realidades suprarreferidas, tem sido reforçada a importância da

⁷³ AGIUS e TOBLER, 2012, p. 12.

⁷⁴ HARPER, 2017, p. 139.

⁷⁵ GHATTAS, 2013, p. 10.

⁷⁶ GOMES, 2021, p. 21.

⁷⁷ STRKALJ e PATHER, 2020, p. 2.

⁷⁸ BUCKWALD, 2021, p. 7-8.

⁷⁹ COLEMAN, 2017, p. 115.

⁸⁰ GOMES, 2021, p. 21.

⁸¹ GHATTAS, 2013, p. 10, GOMES, *idem*, p. 22 e AGIUS, 2017, p. 15.

⁸² ROUXINOL, 2024, pp. 132-133.

⁸³ No 2015 *U.S. Transgender Survey*, apurou-se que 30% dos inquiridos que tiverem emprego no ano anterior foram despedidos ou forçados a demitir-se devido à sua identidade ou expressão de género e que 27% das pessoas que se candidataram ou tinham um emprego referiram ter sido despedidas, não ter sido promovidas ou não ter sido contratadas para o emprego a que se candidataram (JAMES *et. al.*, 2016, p. 148). Na UE, 35% das pessoas trans e 32% das intersexo inquiridas sentiram-se discriminadas no trabalho (FRA, 2020, p. 32).

identificação expressa da identidade de género, expressão de género e características sexuais como fatores de discriminação⁸⁴.

3.2. A (desejada) autonomia da identidade de género como fator de discriminação

As vias mais comuns de inserção, no âmbito subjetivo do Direito Antidiscriminação, das pessoas que não se reveem na cisnormatividade e na construção binária do género, passam pela consagração expressa da identidade de género, expressão de género e características sexuais como fatores de discriminação, ou pela sua subsunção ao conceito de sexo através de uma interpretação extensiva do mesmo. Esta segunda opção é um tema bastante controvertido, cujos maiores desenvolvimentos se deveram às decisões dos tribunais norte-americanos e do TJUE.

Nos EUA, foi construído jurisprudencialmente o entendimento de que o conceito de sexo constante do título VII do *Civil Rights Act of 1964* abrange o *sex stereotyping*, protegendo os trabalhadores de condutas desfavoráveis fundadas na presença de “características físicas, psicológicas ou comportamentais dissonantes do padrão de género (...) correspondente ao respetivo sexo biológico”⁸⁵. Ao abrigo desta teoria, foram já julgadas discriminatórias diversas práticas, como a negação de uma promoção devido ao suposto comportamento masculino de uma trabalhadora⁸⁶, o tecer de comentários pejorativos e ofensivos com base na alegada feminilidade de um trabalhador⁸⁷, assim como a preterição de um candidato a emprego⁸⁸ e o despedimento⁸⁹, fundados na intenção de submissão a cirurgias de confirmação do género. Embora esta abordagem tenha constituído um progresso na proteção da comunidade trans, o que está em causa é o enquadramento das suas reivindicações num sistema que não foi concebido para defender os seus interesses⁹⁰. Sendo várias as críticas possíveis à teoria do *sex stereotyping*, sublinhamos a forma restritiva como é aplicada⁹¹, bem como o facto de ignorar a pretensão essencial de algumas pessoas trans: a de serem reconhecidas, para todos os efeitos,

⁸⁴ GANTY e BENITO SANCHEZ, 2021, p. 63.

⁸⁵ ROUXINOL, 2017, p. 196.

⁸⁶ Price Waterhouse v. Hopkins, 1989, 490 U.S. 228.

⁸⁷ Nichols v. Azteca Restaurant Enterprises Inc, 2001, 256 F.3d 864.

⁸⁸ Diane J. Schroer v. J. H. Billington, 2007, n.º 05-1090.

⁸⁹ Smith v. City of Salem, 2004, 378 F.3d 566.

⁹⁰ LEE, 2012, p. 461.

⁹¹ Em Oiler v. Winn-Dixie La., Inc., 2002, n.º 00-3114, caso relativo ao despedimento de um trabalhador que, na sua vida pessoal, costumava vestir-se com roupas femininas, o tribunal considerou que o travestismo extravasa o âmbito de proteção conferido pela teoria do *sex stereotyping* (ROUXINOL, 2017, p. 200).

como pertencentes ao género oposto ao seu sexo – uma mulher trans não deve ser entendida como um homem que adotou uma “*persona feminina*”⁹².

A nível da UE, a questão de saber se a tutela contra a discriminação em razão do sexo é extensível à identidade de género recebeu resposta afirmativa por parte do TJUE em relação ao transsexualismo. Foram três os casos analisados pelo Tribunal em relação a esta matéria, nos quais se estendeu o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres à discriminação decorrente da submissão a cirurgias de confirmação do género: o primeiro relativo a um despedimento após a comunicação da intenção de realização da intervenção cirúrgica⁹³; o segundo⁹⁴ e o terceiro⁹⁵ referentes à impossibilidade de preenchimento de requisitos necessários à atribuição de determinados direitos, devido à inadmissibilidade da alteração da identidade no registo civil. O contributo do TJUE foi particularmente útil para realçar a importância da escolha do comparador. Apesar de ter sido enaltecido o afastamento do argumento conhecido como *equal misery*⁹⁶, num primeiro momento, o juízo de comparação foi realizado entre o sujeito discriminado e as pessoas do seu sexo biológico⁹⁷, o que – bem, em nosso entender – evoluiu para uma comparação com as pessoas cis do género que queriam ver reconhecido como seu⁹⁸. Ora, mais uma vez, sem ignorar a importância destas decisões, realça-se que constitui um verdadeiro ponto de interrogação a existência de uma tutela abrangente, por parte do DUE, da identidade de género, que, como já referimos, abarca realidades que vão muito para além da sujeição a cirurgias de confirmação do género⁹⁹, bem como uma proteção da intersexualidade¹⁰⁰ e atipicidade sexual.

Assim, sem prejuízo de, no plano teórico, a perspetiva americana possuir um potencial de aplicação amplo relativamente aos vários “comportamentos tido[s] como desviante[s]”¹⁰¹ em

⁹² MESTRE, 2011, p. 199.

⁹³ Ac. TJ, 30/04/1996, Caso P. v. S., Proc. C-13/94.

⁹⁴ Ac. TJ, 07/01/2004, Caso KB v. *NHS Pensions Agency*, Proc. C-117/01. O litígio fundou-se na impossibilidade de obtenção de uma pensão de viuvez atribuível a cônjuges dos trabalhadores, devido ao facto de, à data, o casamento entre pessoas do mesmo sexo ser proibido.

⁹⁵ Ac. TJ, 27/04/2006, Caso Richards v. *Secretary of State for Work and Pensions*, Proc. C-423/04, respeitante à recusa da pretensão de uma trabalhadora transsexual de se reformar na data em que completou a idade fixada para as mulheres.

⁹⁶ Este argumento consiste em afirmar que o tratamento desfavorável ocorreria quer estivesse em causa uma mulher trans quer um homem trans, razão pela qual não seria discriminatório (MESTRE, 2011, p. 198).

⁹⁷ Ac. TJ, 30/04/1996, Caso P. v. S., Proc. C-13/94, par. 21.

⁹⁸ AGIUS e TOBLER, 2012, p. 43. A aplicação do comparador escolhido no Caso P. v. S. determinaria, desde logo, o insucesso das pretensões constantes do Caso Richards (BELL, 2012, p. 142), bem como de uma candidata a emprego para a participação num campeonato desportivo feminino preterida por ser transsexual – os homens cis seriam igualmente preteridos, por lhes estar vedado o acesso à categoria feminina.

⁹⁹ ROUXINOL, 2017, pp. 205 e 206.

¹⁰⁰ AGIUS e TOBLER, 2012, p. 82.

¹⁰¹ ROUXINOL, 2017, p. 198.

relação ao modelo social dominante – abrangendo não só pessoas trans, como também intersexo, indivíduos com características fisiológicas atípicas e com padrões comportamentais que se desviam da conceção do género tipicamente associada ao seu sexo – esta análise conduz, inevitavelmente, à conclusão de que, na prática, fazer depender a proteção destes trabalhadores da eventual bondade dos tribunais e da sua capacidade de realizar interpretações extensivas quanto ao âmbito de aplicação de fatores de discriminação já previstos, não só é desaconselhável em termos de segurança jurídica, como também acentua a fragilidade da sua situação a nível laboral¹⁰². Daí que seja de aplaudir a introdução da identidade de género como fator de discriminação autónomo em vários ordenamentos jurídicos, como é o caso do português, que o fez no âmbito do direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho através da Lei n.º 28/2015, e de forma mais genérica, através da Lei n.º 38/2018, cujo art. 2.º determina a proibição de “qualquer discriminação, direta ou indireta, em função do exercício do direito à identidade de género e expressão de género e do direito à proteção das características sexuais”.

3.3. Implicações da proibição da discriminação em razão da identidade de género em contexto laboral

A não correspondência entre o género e o sexo biológico não é, à partida, determinante das competências, qualidades e capacidades profissionais dos indivíduos. Por este motivo, o facto de a prestação laboral ser levada a cabo por uma pessoa trans ou cis é indiferente, pelo que, em regra, a diferenciação será ilegítima. A proibição da discriminação em razão da identidade de género implica que esta não seja um fator tido em conta nas decisões e condutas adotadas, não só em contexto de execução e de cessação do contrato de trabalho, mas também no âmbito pré-contratual. Logo, no acesso ao emprego, este fator de discriminação não pode servir de fundamento à exclusão de um candidato nem ao seu tratamento desfavorável, impondo-se neutralidade no que concerne aos “critérios de seleção e a condições de contratação”¹⁰³. Na verdade, a identidade de género dos candidatos é um tópico que deve estar fora das conversações no âmbito de um processo de recrutamento. Isto porque, por um lado, o princípio da boa-fé apenas impõe o dever de informação por parte do (potencial futuro) trabalhador quanto a “aspetos relevantes para a prestação da atividade laboral”¹⁰⁴, não tendo a “obrigação

¹⁰² GANTY e BENITO SANCHEZ, 2021, p. 66.

¹⁰³ Art. 24.º, n.º 2, al. a) CT.

¹⁰⁴ Art. 106.º, n.º 2 CT. E “só serão relevantes para a prestação da atividade laboral as informações que tenham uma ligação direta e necessária com a aptidão, com a aferição da capacidade para a execução do contrato” (VICENTE, 2023, p. 442).

de manifestar as suas circunstâncias pessoais ou sociais prévias à contratação”¹⁰⁵. Por outro lado, ao empregador está vedada a possibilidade de exigir a prestação de informações relativas à sua vida privada, a não ser que “sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar da respetiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho”¹⁰⁶. O processo de submissão a uma cirurgia de confirmação do género é algo profundamente pessoal e um dado pertencente à esfera privada do indivíduo¹⁰⁷, pelo que a ocultação ou a prestação de informações falsas perante uma questão relativa a esse facto não deve ser censurada, mas antes encarada como o “único meio substancial de defesa (...) do direito à não discriminação”¹⁰⁸.

Ora, a relevância laboral da identidade de género surge mediante invocação de um critério ocupacional genuíno. Assim, a diferenciação tornar-se-á admissível quando esteja “em causa uma atividade para cuja execução a pertença a determinado sexo e/ou a identificação com determinado género seja essencial”¹⁰⁹, caso em que já se imporá ao candidato a emprego a comunicação ao empregador dessa informação e se admitirão indagações sobre esta matéria por parte deste último¹¹⁰. Nestes casos, a doutrina sublinha a possibilidade de a entidade empregadora invocar a invalidade do contrato, por erro sobre a pessoa do trabalhador¹¹¹ (art. 251.º CC) ou até, se cumpridos os requisitos do art. 253.º CC, com base em dolo¹¹².

Mas quais as atividades em que se pode admitir a essencialidade objetiva da conformidade entre o sexo e a identidade de género? São apontadas a título exemplificativo profissões que impliquem a exposição corporal, em que assumem relevância determinadas características físicas¹¹³, a presença de um determinado tom de voz¹¹⁴, a presença de uma fonte endógena de

¹⁰⁵ MOREIRA, 2013, p. 160.

¹⁰⁶ Art. 17.º, n.º 1, al. a) CT.

¹⁰⁷ VAL ARNAL, 2007, p. 2751. Embora a identidade de género possua vertentes que, em rigor, não se subtraem do conhecimento público, visto que, por vezes, a desconformidade entre o género e o sexo é algo aparente, salientamos a noção ampla de vida privada adotada pelo TEDH, para efeitos de interpretação do art. 8.º da CEDH, a qual pode abranger “aspectos da identidade física e social de um indivíduo”, entre eles a identidade género (Ac. TEDH, 8/01/2009, Caso Schlumpf v. Suíça (29002/06), par. 100).

¹⁰⁸ RAMALHO, 2023a, p. 203.

¹⁰⁹ ROUXINOL, 2017, p. 207.

¹¹⁰ ROUXINOL, *idem*, p. 208.

¹¹¹ VAL ARNAL, 2007, pp. 2750-2751.

¹¹² ROUXINOL, 2017, p. 208. A autora diferencia as situações em que a dissonância entre o sexo biológico e o género ocorre apenas no âmbito da execução do contrato, equacionando a extinção da relação laboral, por caducidade, ou a atribuição de tarefas distintas, quando tal seja possível e exigível (ROUXINOL, *ibidem*).

¹¹³ É o caso de atores contratados para desempenhar papéis femininos ou masculinos, modelos de *lingerie* (MOREIRA, 2013, p. 161) ou bailarinos (VAL ARNAL, 2007, p. 2750). Dependendo da fase em que se encontre “um eventual processo de transição do sexo masculino para o feminino, pode não ser aceitável a liminar exclusão de um sujeito cujo sexo de origem seja aquele primeiro, mas que tenha, artificialmente, passado a ser este último” (ROUXINOL, 2017, pp. 207-208).

¹¹⁴ Como dobradores de filmes/séries e cantores (REQUENA MONTES, 2020, p. 28).

testosterona¹¹⁵ ou a existência de um determinado rendimento ou capacidade física¹¹⁶. Em relação a este último ponto, há autores que referem, como exemplo mais óbvio, a contratação de trabalhadores para a participação em competições de desporto¹¹⁷, entendimento que usaremos como mote para entrar no mundo laboral desportivo.

¹¹⁵ Tal constitui um requisito para o acesso aos serviços policiais e de bombeiros na Alemanha, cujos testes de aptidão exigem um sistema hormonal andrológico ou ginecológico intacto, sendo que potenciais condições derivadas dos tratamentos a que as pessoas transexuais e intersexo se submetem são os motivos determinantes da sua inaptidão, bem como a existência de implantes mamários (KRÖMER, 2015, p. 3). Num caso decidido por um tribunal alemão, analisou-se a situação de recusa de contratação de um homem transexual para as forças policiais, por não cumprir o requisito de possuir pelo menos um testículo funcional, tendo sido considerado inapto devido à consequente dependência de substituição hormonal. O tribunal equacionou a ocorrência de discriminação indireta, fundada no género, e de discriminação direta, em razão da deficiência, tendo afirmado ser um requisito, associado a uma característica ligada ao género, adequado e necessário à prossecução de um objetivo legítimo, assegurar o funcionamento do serviço de polícia (Ac. *VG Frankfurt am Main*, 03/12/2007, Proc. E 5697/06).

¹¹⁶ REQUENA MONTES, 2020, p. 29.

¹¹⁷ REQUENA MONTES, *ibidem* e VAL ARNAL, 2007, p. 2750.

4. A ESPECIALIDADE DAS RELAÇÕES LABORAIS DESPORTIVAS

Uma vez ultrapassada a fase marcada pela resistência à laboralização da atividade desportiva, cujo carácter lúdico era entendido como incompatível com a sua prática a título profissional¹¹⁸, a mesma erigiu-se como objeto de um contrato de trabalho especial. Em Portugal, face à tardia consagração de um regime jurídico específico para os praticantes desportivos¹¹⁹, foi a “prática social”¹²⁰ que se encarregou de o fazer, perante a constatação da “desadequação do Direito do Trabalho (comum)”¹²¹ às suas singularidades. Sendo o cerne da obrigação de prestar do trabalhador a participação em competições desportivas¹²², há vários elementos que ditam a especificidade do CTPD, entre eles, a necessidade de manutenção de uma elevada condição física associada a uma maior intensidade da subordinação jurídica e ao esbatimento dos seus limites, a indexação às épocas desportivas¹²³, a efemeridade ligada à sua caracterização como profissão de desgaste rápido, a natureza das competições enquanto espetáculos mediáticos e, talvez o mais importante, o facto de representar um ponto de contacto entre os ordenamentos juslaboral e jusdesportivo¹²⁴. A essencialidade deste último fator revela-se evidente: é da necessidade de compatibilização dos escopos destes dois ordenamentos que nascem os mais evidentes desvios ao regime jurídico-laboral comum e é à luz desse facto que, a nosso ver, é equacionável a admissibilidade de ajustes ou restrições ao princípio da não discriminação.

4.1. O carácter dual do CTPD

“Negócio jurídico com causa mista”¹²⁵, “bidimensional”¹²⁶ ou “bifronte”¹²⁷ são expressões utilizadas pela doutrina para sublinhar a dualidade do CTPD, a qual consiste na prossecução simultânea dos escopos do Direito do Trabalho e do Direito Desportivo¹²⁸. Nesta amálgama de pretensões regulatórias, a da tutela da competição desportiva revela-se proeminente, constatando-se que “os fatores de ordem desportiva e económica dominam um regime que se

¹¹⁸ CORREIA, 2021, p. 44.

¹¹⁹ Que só surgiu em 1995, com o DL n.º 305/95, revogado em 1998, pela lei n.º 28/98, por sua vez, revogada pela lei n.º 54/2017.

¹²⁰ BAPTISTA, 2006, p. 16.

¹²¹ BAPTISTA, *ibidem*.

¹²² AMADO, 2023, p. 88.

¹²³ RAMALHO, 2023b, p. 533.

¹²⁴ AMADO, 2023, pp. 37-40.

¹²⁵ CARDENAL CARRO, 1996, p. 97.

¹²⁶ AMADO, 2023, p. 40.

¹²⁷ AMADO, *ibidem*.

¹²⁸ CARDENAL CARRO, 1996, p. 97.

queria laboral”¹²⁹. Estamos, assim, perante uma relação de trabalho, que não só é regida por normas adaptadas, de modo a garantir o sucesso do espetáculo desportivo, como também se encontra condicionada por “um conjunto de regras emitidas por entes estranhos ao relacionamento *inter partes* (= as federações)”¹³⁰.

A peculiaridade da competição desportiva profissional, enquanto atividade económica, deve-se ao facto de o seu êxito assentar em três elementos: “carece de uma produção conjunta, vive da incerteza do resultado e postula um mínimo de equilíbrio competitivo”¹³¹. A lógica subjacente é a de que a atratividade, e conseqüente rentabilidade do espetáculo, implica a inexistência de um monopólio desportivo, desde logo, por o mesmo não ser suscetível de produção por um só clube, porquanto depende da cooperação entre oponentes¹³². Mas também, porque o entusiasmo do público consumidor depende da imprevisibilidade do seu desfecho, da inexistência de um “vencedor pré-determinado”¹³³, o que, por sua vez, está relacionado com um reduzido grau de disparidades, a nível de desempenho entre rivais¹³⁴. Assim, é ao abrigo destas considerações que se justificam várias especificidades do regime do CTPD, nomeadamente, a regra da contratação a termo e a limitação da liberdade de denúncia contratual por parte do trabalhador¹³⁵.

É igualmente a “permanente dialética entre a lógica da tutela dos trabalhadores e a lógica da competição desportiva (...) que explica as fortes conexões entre o contrato e as federações desportivas”¹³⁶. Estas, dotadas de estatuto de utilidade pública desportiva, possuem poderes regulamentares (art. 10.º do DL n.º 248-B/2008) que lhes conferem autonomia para a criação de normas próprias, mesmo que interferentes ou conflitantes com as já existentes no ordenamento jurídico¹³⁷. Há, inclusive, quem sublinhe a ingerência por parte das federações, através do “uso e abuso”¹³⁸ da sua autonomia regulamentar, em questões laborais para as quais não têm competência¹³⁹. Tudo isto revela-se particularmente problemático num contexto em que a especialidade da atividade desportiva é invocada como fundamento “para qualquer

¹²⁹ VENTURA, 2023, p. 27.

¹³⁰ MARTINS, 2017, p. 660.

¹³¹ AMADO, 2023, p. 44.

¹³² KRINGSTAD e GERRARD, 2004, p. 116.

¹³³ FORREST e SIMMONS, 2002, p. 229.

¹³⁴ BUDZINSKI e PAWLOWSKI, 2014, p. 3.

¹³⁵ AMADO, 2023, pp. 172-173.

¹³⁶ RAMALHO, 2023b, p. 533.

¹³⁷ CANOTILHO, 2009, p. 153.

¹³⁸ AMADO, 2023, p. 203.

¹³⁹ Ver AMADO, 2023, p. 203 e ss.

solução legislativa ou jurisprudencial *in pejus* para os praticantes desportivos”¹⁴⁰ e como argumento para defender uma relação de indiferença das normas federativas em relação aos demais ramos do Direito, ao abrigo da teoria conhecida como *sporting exception*¹⁴¹. Esta vem sendo desafiada pelos próprios atletas com a pretensão de verem temas entendidos como puramente desportivos apreciados pelos tribunais como verdadeiras matérias jurídico-laborais¹⁴². Deste modo, o foco crescente nas dimensões não económicas do fenómeno desportivo conduz inevitavelmente a interrogações sobre os limites do apelo às especificidades da atividade para justificar compressões aos direitos humanos e laborais dos praticantes desportivos.

4.2. Desporto: um mundo binário

A pedra angular do presente estudo consiste na particularidade que contende diretamente com o alcance do princípio da não discriminação, isto é, a divisão binária da maioria das categorias competitivas desportivas. Ao contrário do que tendencialmente ocorre no mercado de trabalho, em que, por se entender “que, para efeitos laborais, a diferença entre homens e mulheres deve ser tida como irrelevante”¹⁴³, se pretende eliminar a discriminação entre ambos, tal não ocorre no âmbito desportivo, no contexto do qual essa diferença é “o eixo do sistema competitivo”¹⁴⁴. No plano laboral, este modelo assume-se como fonte de um critério ocupacional genuíno, que descaracteriza a discriminação associada à recusa de contratação de mulheres para a participação em campeonatos masculinos, e vice-versa¹⁴⁵. A segregação binária das competições desportivas tem, inclusivamente, respaldo no Direito Antidiscriminação de alguns países. Por exemplo, a secção 195 do *Equality Act 2010* permite a “organização de competições desportivas separadas para homens e mulheres, nos casos em que a força física, a estamina ou o físico são fatores importantes para determinar o sucesso ou o fracasso, e em que um sexo está geralmente em desvantagem em relação ao outro”¹⁴⁶.

Ora, este sistema encontra-se alicerçado em duas premissas simples, a da existência de diferenças biológicas entre homens e mulheres e a de que, no desporto, estas diferenças se traduzem em vantagens que colocam os primeiros numa posição de superioridade a nível

¹⁴⁰ VENTURA, 2023, p. 33.

¹⁴¹ CANOTILHO, 2009, p. 165.

¹⁴² OIT, 2019, p. 2.

¹⁴³ AMADO, 2023, p. 24.

¹⁴⁴ AMADO, *ibidem*.

¹⁴⁵ DRAY, 2015, p. 573.

¹⁴⁶ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/notes/division/3/14/5> (consultado em 31/01/2023).

competitivo¹⁴⁷. De forma resumida, sublinham-se, entre outras, a estrutura óssea, a massa muscular, a percentagem de massa gorda, a distribuição da gordura corporal, a função cardiovascular e respiratória, ligada à capacidade de fornecimento de energia anaeróbica e aeróbica, associada aos níveis de hemoglobina e ao consumo máximo de oxigénio¹⁴⁸. Estas diferenças fisiológicas, alegadamente determinadas em grande medida pelos níveis de testosterona circulante¹⁴⁹, traduzem-se em *gaps de performance* que, percentualmente, variam consoante o desporto e, quando aplicável, as distâncias a percorrer¹⁵⁰.

Tendo em consideração o exposto, o objetivo primordial da separação das competições femininas das masculinas é o da garantia da justiça desportiva (ou *fair play*¹⁵¹), que não seria assegurada caso as mulheres, obrigadas a defrontar indivíduos com capacidades físicas muito díspares das suas, não tivessem hipóteses efetivas de vencer e disputar lugares no pódio¹⁵². Supostamente, de outra forma, sairia frustrada (não só a prezada incerteza em relação ao resultado, como também) a *ratio* central da competição desportiva de “medir, comparar e classificar os concorrentes de acordo com o desempenho atlético”¹⁵³, já que os resultados devem ser apurados tendo em conta a *performance* dos atletas¹⁵⁴, uma vez eliminados os fatores passíveis de interferir com a efetivação da noção de que qualquer um deles é capaz, em igualdade de oportunidades, de consagrar-se como vencedor.

Ora, com o suposto propósito de garantir estes princípios inerentes ao desporto e evitar a presença de intrusos do sexo considerado oposto nas competições femininas¹⁵⁵, entre os anos 60 e 90¹⁵⁶, o COI e a IAAF (atual *World Athletics*) implementaram práticas que garantiram a

¹⁴⁷ PATEL, 2021, p. 259 e ERIKAINEN, 2020, p. 3.

¹⁴⁸ SANDBAKK *et al.*, 2017, *passim* e HILTON e LUNDBERG, 2021, p. 201.

¹⁴⁹ COLEMAN, 2017, p. 74.

¹⁵⁰ Entre 11 e 13% no remo, natação e corrida, aproximadamente 16% no ciclismo de pista (de 9% na perseguição por equipas de 4000 m a 24% no contrarrelógio de 500 m), 18% nas provas de saltos, estando as diferenças de desempenho superiores a 20% geralmente reservadas para os desportos que exigem um maior contributo da parte superior do corpo (HILTON e LUNDBERG, 2021, p. 201-203). Por sua vez, tem-se verificado que as disparidades são muito inferiores (de aproximadamente 5%) em desportos como a natação de longa distância (SANDBAKK *et al.*, 2017, p. 2). Aliás, concluiu-se que as mulheres superam frequentemente o desempenho dos homens em natação de longa distância em águas abertas (KNECHTLE *et al.*, 2020, p. 11).

¹⁵¹ Essencial na noção de *fair play* é a de que “o vencedor poderia ter sido o vencido e vice-versa, porque, caso contrário, o triunfo perde o seu valor” (PETERSON, 2010, p. 330 e CAILLÉ, 1998, p. 27).

¹⁵² VILAIN *et al.*, 2017, p. 157 e SHIN, 2017, p. 50. A categorização com base em fatores biológicos “pressupõe que os grupos de atletas dentro de cada subcategoria são relativamente desiguais entre si (diferença intergrupo), enquanto cada subcategoria contém atletas relativamente iguais (semelhança intragrupo)”, contudo, muitas vezes, verifica-se uma grande variabilidade dentro da própria categoria e até uma sobreposição entre as mesmas (MARTINKOVÁ, 2020, p. 464).

¹⁵³ LOLAND, 2002, p. 53.

¹⁵⁴ DIAS, 2020, p. 130.

¹⁵⁵ GOMES, 2021, p. 23.

¹⁵⁶ HEGGIE, 2010, p. 163 e OSPINA-BETANCURT *et al.*, 2021, p. 2804.

eliminação da presença de quaisquer traços biológicos de masculinidade desta categoria protegida, quer conferissem ou não uma efetiva vantagem competitiva. Referimo-nos à obrigatoriedade de realização de testes de sexo, designadamente, inspeções visuais aos órgãos genitais das atletas e testes cromossómicos¹⁵⁷, que conduziam à inevitável exclusão de mulheres trans e intersexo. Não obstante, no âmbito de outros desportos e em contexto não olímpico, a partir dos anos 70, surgiram atletas transexuais a competir na categoria feminina, enfrentando a hostilidade do público, das adversárias e até das próprias federações face à sua presença, às suas derrotas, mas, principalmente, às suas vitórias¹⁵⁸. Eventualmente, as várias debilidades dos testes cromossómicos, traduzidas nas dúvidas quanto à sua eficácia e fiabilidade, e a constatação da situação de “extrema vulnerabilidade em que se encontravam as atletas”¹⁵⁹ levaram ao abandono da sua realização compulsória e generalizada, efetuando-se, agora, apenas, face a “casos suspeitos”¹⁶⁰. Porém, não se prescindiu da tentativa de traçar a linha que separa os homens das mulheres para efeitos desportivos. Apenas se desviou o foco para um parâmetro distinto, “uma quantidade mensurável que afete diretamente o desempenho atlético” – a testosterona¹⁶¹. Perante o argumento de que, nesta construção binária, a identidade de género não pode ser o fator determinante da categoria desportiva em que cada indivíduo se integra¹⁶², propôs-se até a criação de um conceito de sexo/género desportivo¹⁶³. Assim, uma atleta cujos níveis de testosterona ultrapassassem o limite associado ao sexo feminino seria qualificada como homem para efeitos atléticos, ocorrendo, deste modo, segundo alguns autores, “a elevação da testosterona a melhor argumento de discriminação indireta”¹⁶⁴. Atendendo a que esta modalidade de discriminação assenta na aparente neutralidade de critérios, práticas ou disposições, o mesmo não se coaduna com o facto de atletas trans terem passado a constituir o âmbito subjetivo de regulamentos federativos que determinam a sua (in)elegibilidade para as

¹⁵⁷ ELSAS *et al.*, 2000, pp. 250-254.

¹⁵⁸ HARPER, 2020, pp. 57-59. Em 1976, Renée Richards, tenista transexual, viu-se impedida de competir na categoria feminina do *US Open* de ténis, caso não se submetesse a um teste cromossómico. A atleta, utilizando a via judicial, obteve uma decisão jurisprudencial que determinou o carácter discriminatório e atentatório dos direitos humanos da medida, o que lhe garantiu a oportunidade de participação na competição em causa [Richards v. *United States Tennis Ass'n*, 93 Misc. 2d 713, 400 N.Y.S.2d 267 (N.Y. Sup. Ct. 1977)].

¹⁵⁹ GOMES, 2021, p. 25. Os testes cromossómicos foram utilizados para desqualificar atletas que, apesar de “genotipicamente do sexo masculino, eram fenotipicamente do sexo feminino” (SUTHERLAND *et al.*, 2017, p. 174). Um dos fatores propulsores do abandono da realização destes testes foi a constatação de que a existência de cromossomas XY não é determinante dessa vantagem (HEGGIE, 2010, p. 160). Por exemplo, certas condições implicam a não produção ou a incapacidade de utilização da testosterona, hormona utilizada como justificação da regra estatística da superioridade física masculina (FERGUSON-SMITH e FERRIS, 1991, p. 18).

¹⁶⁰ PILGRIM *et al.*, 2003, p. 511.

¹⁶¹ HARPER, 2017, p. 148.

¹⁶² HARPER, *idem*, p. 151.

¹⁶³ HARPER, *idem*, p. 152.

¹⁶⁴ DIAS, 2020, p. 132.

competições. Tal determina, a nosso ver, o caráter discriminatório direto em razão da identidade de gênero desta regulamentação, a qual passaremos a explorar.

4.3. As federações desportivas e a regulamentação da participação de atletas trans na competição: alcance discriminatório

A autonomia conferida às federações, no que concerne à determinação das regras aplicáveis às respectivas modalidades desportivas, vem acompanhada do “poder de excluir ou limitar as oportunidades de participação desportiva”¹⁶⁵, através do estabelecimento de requisitos de elegibilidade. Deste modo, a abertura das portas das competições à presença de atletas transexuais nas categorias correspondentes à sua identidade de gênero foi acompanhada do estabelecimento de critérios que implicaram o necessário afastamento de todas as outras realidades que integram o conceito trans.

O movimento propulsor de maior relevo ocorreu em 2004, quando o COI aprovou a Declaração do Consenso de Estocolmo sobre a mudança de sexo no desporto, ao abrigo da qual a sua participação estava condicionada à conclusão de alterações cirúrgicas anatómicas, o reconhecimento legal da mudança de gênero, a sujeição a tratamento hormonal e a observância de um período de espera de dois anos¹⁶⁶. Posteriormente, admitiu-se a elegibilidade dos homens trans para competirem na categoria masculina sem qualquer limitação. E, quanto às mulheres trans, os requisitos reduziram-se à declaração da sua identidade de gênero como feminina e à demonstração da manutenção do nível de testosterona total abaixo de um determinado valor, durante um certo período prévio à primeira competição¹⁶⁷. Em 2021, o COI remeteu a competência para a fixação dos critérios de elegibilidade de cada modalidade para as federações desportivas¹⁶⁸, estabelecendo apenas um conjunto de princípios que devem guiar a regulamentação da matéria. Entre eles, sublinhamos o da não discriminação, impondo que a implementação dos critérios não conduza sistematicamente à exclusão baseada na “identidade de gênero, aparência física e/ou variações sexuais”¹⁶⁹ e o da não presunção da existência de vantagem, associado ao da abordagem baseada em provas científicas, implicando que as restrições sejam fundadas em estudos, revistos pelos pares, que comprovem o caráter desproporcionado dessa vantagem e/ou a presença de riscos não evitáveis para a segurança de

¹⁶⁵ MITTEN e DAVIS, 2008, p. 72.

¹⁶⁶ COMISSÃO MÉDICA DO COI, 2003, p. 1.

¹⁶⁷ COI, 2015, pp. 2-3.

¹⁶⁸ COI, 2021, p. 1.

¹⁶⁹ COI, *idem*, p. 3.

outras atletas¹⁷⁰. Este caminho, que culminou numa abordagem mais sensível aos direitos humanos¹⁷¹, foi fortemente criticado e percorrido no sentido oposto por algumas federações desportivas internacionais, cuja regulamentação se tornou progressivamente mais restritiva. Assim, tal como ocorreu em relação às atletas com DDS, foram fixados limites de testosterona cada vez mais reduzidos – 10 nmol/L, 5 nmol/L e 2,5 nmol/L¹⁷² – até a puberdade ter surgido como momento determinante da elegibilidade, mediante a invocação da conservação da “vantagem proporcionada pela exposição à testosterona antes da transição”¹⁷³ e do facto de certas características, nomeadamente osteológicas, não serem passíveis de alteração através do tratamento hormonal¹⁷⁴. O requisito de não se ter experienciado a puberdade masculina e, conseqüentemente, os efeitos biológicos da testosterona ecoou na regulamentação internacional de modalidades desportivas como o *rugby*, o atletismo, a natação, o ciclismo, entre outras¹⁷⁵, acabando por se traduzir no afastamento quase total das atletas transexuais da categoria feminina. Tais restrições, que encontram suporte no Direito Antidiscriminação anglo-saxónico¹⁷⁶, foram também implementadas, no plano interno, por várias federações nacionais¹⁷⁷, embora tenham igualmente encontrado resistência por parte de outras, que recusaram a atualização dos seus regulamentos nestes moldes¹⁷⁸. Não obstante, vem aumentando o número de associações desportivas nacionais e ligas profissionais que, embora

¹⁷⁰ COI, *idem*, p. 4. Um dos pontos realçados é o de que a amostra populacional dos estudos deve ser apropriada, o que não se verifica quando o fundamento de regulamentações que restringem a participação de mulheres transexuais são resultados extraídos de dados referentes a homens cis ou a indivíduos que não são atletas de elite (MARTOWICZ *et al.*, 2023, p. 29).

¹⁷¹ HARPER, 2023, p. 111.

¹⁷² HARPER, *idem*, pp. 107-108 e OLEWINSKI, 2023, pp. 130-131. A redução para os 5 nmol/L baseou-se num estudo que determinou que, apesar de os níveis de testosterona masculinos variarem entre 7,7 e 29,4 nmol/L e os femininos entre 0 e 1,7 nmol/L, há mulheres cis com condições que conduzem a níveis de testosterona que ascendem aos 4,8 nmol/L (HANDELSMAN *et al.*, 2018, pp. 804, 806-807). Atualmente, estas não são obrigadas a reduzir o nível de testosterona, ainda que, em várias modalidades desportivas, o limite a observar pelas mulheres trans e com DDS seja de 2,5 nmol/L (*World Athletics*, 2023a, p. 23).

¹⁷³ HEATHER, 2022, p. 8.

¹⁷⁴ SUTHERLAND *et al.*, 2017, pp. 176 e 178.

¹⁷⁵ As orientações da *World Rugby* encontram-se disponíveis em <https://www.world.rugby/the-game/player-welfare/guidelines/transgender/women> (consultado a 10/03/2024); *World Athletics*, 2023b, p. 7; *World Aquatics*, 2022, p. 8; *UCI*, 2023, p. 5.

¹⁷⁶ COFFEY, 2023, p. 71. A secção 195 do *Equality Act 2010* determina a licitude da restrição da participação de pessoas transexuais em atividades desportivas de competição em que a força, a resistência ou o físico dos concorrentes sejam relevantes (n.º 3). O Direito Antidiscriminação australiano vai mais longe, afirmando o caráter não discriminatório em razão do sexo, identidade de género ou do *status* intersexual desta exclusão (*Sex Discrimination Act 1984*, secção 42).

¹⁷⁷ A título exemplificativo, aponta-se a *British Triathlon* (*British Triathlon*, 2022, p. 7), a *Swim England* (*Swim England*, 2022, p. 4. e ss.) e a *RFU* (*RFU*, 2022, pp. 4-5), cuja regulamentação transformou a categoria masculina numa categoria aberta, na qual se integram todas as pessoas que não cumpram os requisitos de elegibilidade da feminina.

¹⁷⁸ É o caso da *USA Rugby*, que, não apoiando a solução adotada pela *World Rugby*, manteve a sua política de exigência da manutenção do nível de testosterona total inferior a 10 nmol/L, sublinhando que o *rugby* “(...) está enraizado numa história de marcada inclusão e na crença de que existe uma posição para todos no campo e no nosso desporto” (<https://usa.rugby/transgender-policy>, consultado a 01/03/2024).

não excluindo as atletas transexuais, não abdicam das regras relativas aos limites ao nível de testosterona¹⁷⁹.

O facto é que, em determinados Estados e em certos desportos, a possibilidade de as atletas transexuais competirem está extremamente limitada ou até mesmo excluída, o que demonstra o alcance discriminatório das soluções consagradas não só no plano desportivo, como também, reflexamente, no laboral. Isto porque, sem ignorar o impacto das mesmas já em contexto de execução contratual, o empregador não contratará um praticante desportivo que, apesar de possuir as competências e aptidões profissionais necessárias, não poderá cumprir, na sua plenitude, aquela que é a obrigação central do contrato de trabalho, por lhe ser vedada a participação nos eventos desportivos femininos. O argumento de que a prática desportiva nunca lhes estaria totalmente interdita, dado poderem competir na categoria masculina¹⁸⁰, é algo questionável. O dilema de se verem forçadas a optar entre não exercerem a sua atividade profissional ou ver a sua identidade de género desrespeitada não conduziria ao mesmo efeito? Face ao tratamento hormonal, não estariam então numa situação de desvantagem competitiva perante os homens trans e cis?¹⁸¹ Sendo a intenção do empregador a contratação de um trabalhador para a participação em eventos desportivos masculinos, estariam efetivamente em circunstâncias de ser contratadas, em igualdade de oportunidades, face aos demais atletas? Não corresponderá esta “possibilidade, realisticamente, à exclusão dessas atletas?”¹⁸². Tudo isto para dizer que a licitude da sua preterição está dependente da aceitação do carácter binário do sistema e das restrições supramencionadas como meios proporcionais de garantia dos valores inerentes à atividade desportiva¹⁸³, o que implica a inevitável relevância da identidade de género para efeitos da prestação laboral e, conseqüentemente, do conhecimento, por parte do empregador, do sexo biológico do candidato a emprego, em contexto pré-contratual.

4.4. Ser biologicamente mulher: um critério ocupacional genuíno nas atividades profissionais desportivas?

Conforme referido, a discriminação em razão da identidade de género é passível de ser justificada caso esteja em causa um requisito ocupacional genuíno. As medidas adotadas em

¹⁷⁹ Quanto às ligas desportivas profissionais, veja-se, por exemplo, a *NWSL*, que adota também o limite dos 10 nmol/L (*NWSL*, 2021, p. 2).

¹⁸⁰ SHIN, 2017, pp. 57-58.

¹⁸¹ SINGLETON, 2019, p. 816.

¹⁸² ROUXINOL, 2024, p. 153.

¹⁸³ SHIN, 2017, p. 52.

relação às atletas trans constituem diferenciações baseadas em determinadas características fisiológicas e anatómicas que possuem pelo facto de o seu sexo biológico ser masculino. Tendo em conta a natureza da prática desportiva, enquanto atividade profissional inserida num espetáculo que visa determinar e celebrar os seus melhores praticantes, as características relacionadas com os elementos biológicos individuais, porque relacionadas com a capacidade física, são suscetíveis de determinar a relevância do fator de discriminação em causa, como requisito essencial e determinante para o exercício da mesma. Acresce que este se encontra associado à prossecução de objetivos, cuja legitimidade, dada a essência da atividade, não contestamos – as regras de elegibilidade têm sido adotadas primacialmente como meios de atingir um fim específico da mesma, a justiça desportiva¹⁸⁴, da qual nos parece ser possível retirar duas dimensões: uma de carácter económico, que passa por assegurar a álea em relação ao vencedor e conseqüente sucesso do espetáculo, e uma de cariz não económico, associada à necessidade de propiciar a oportunidade de determinados grupos singrarem no desporto¹⁸⁵. Nas modalidades desportivas que envolvem contacto físico, a garantia da saúde e segurança dos atletas¹⁸⁶ surge como finalidade adicional de relevo, na medida em que não é exclusiva do campo desportivo: todo o empregador tem obrigações legais nesta matéria, algumas de carácter preventivo, das quais não fica isentado pelo facto de a atividade em si implicar riscos acrescidos¹⁸⁷. Por isso, a questão de ser ou não admissível a restrição ao princípio da não discriminação reconduz-se à sua submissão ao crivo do teste da proporcionalidade.

O primeiro ponto a apreciar é o da adequação das medidas restritivas à prossecução dos objetivos em causa, sendo que uma parte considerável da doutrina tem vindo a sublinhar algumas incongruências no que alude ao princípio da justiça desportiva, cuja análise é especialmente difícil por se tratar de um conceito de natureza ética com “contornos algo difusos”¹⁸⁸. Assim, se as atletas trans conservam vantagens de *performance* associadas aos níveis de testosterona e aos seus efeitos a partir da puberdade, cabe questionar o porquê do seu relevo, quando é sabido que a justiça desportiva convive com outros fatores indutores de vantagem de fontes variadas¹⁸⁹. Ou seja, há quem aponte que, para além da testosterona, uma panóplia de outros elementos, internos e externos (por exemplo, socioeconómicos), deveria ser

¹⁸⁴ COOPER, 2023, p. 2.

¹⁸⁵ COLEMAN, 2017, p. 66.

¹⁸⁶ COOPER, 2023, p. 3.

¹⁸⁷ COSTA, 2020, pp. 23 e 25.

¹⁸⁸ AMADO, 2002, p. 244.

¹⁸⁹ BUCKWALD, 2021, p. 36.

“considerada se a justiça (ausência de vantagem) é o objetivo no desporto de competição”¹⁹⁰. Medidas semelhantes às adotadas em relação à testosterona nunca foram implementadas em relação a qualquer outra “vantagem desportiva hormonal, fisiológica ou genética, e não é feita a segregação por altura, raça ou posse de qualquer uma das dezenas de variantes genéticas que têm impactos significativos no desempenho potencial das pessoas”¹⁹¹. Desde logo, a chamada lotaria genética conduz à impossibilidade de os praticantes desportivos estarem, à partida, numa situação de igualdade, razão pela qual é defensável a necessidade de mitigação de todas as vantagens genéticas possuídas, quer os atletas sejam trans ou cis¹⁹². A mutação genética do esquiador Eero Mäntyranta, tendente à produção de uma elevada percentagem de glóbulos vermelhos, a composição muscular de Usain Bolt e as proporções corporais ideais e capacidade de produção de menores quantidades de ácido láctico de Michael Phelps são alguns exemplos regularmente invocados¹⁹³. Ou seja, o facto de apenas se enfatizar a testosterona e seus efeitos e se ignorar as vantagens detidas por todos aqueles “que acertaram no *jackpot* genético”¹⁹⁴ exigiria uma explicação racional, que eventualmente pode passar pelo facto de a mesma ter “impacto num certo número de atributos atléticos relevantes”¹⁹⁵. No entanto, tal “dependeria necessariamente de provas de que o impacto global no desempenho é demasiado grande em comparação com qualquer uma das outras vantagens genéticas de que é possível beneficiar”¹⁹⁶. Mesmo focando-nos apenas na testosterona, surgem algumas dúvidas. Existem mulheres com condições conducentes a níveis superiores ao limite de 2,5 nmol/L, imposto a algumas atletas com DDS (e trans), que competem na divisão feminina, o que sugere que a sua vantagem é considerada uma “injustiça tolerável”¹⁹⁷. Mesmo as atletas intersexo que se veem forçadas a alterar as suas características sexuais para competirem, caso cumpram os requisitos impostos,

¹⁹⁰ JONES *et al.*, 2017, p. 713.

¹⁹¹ HEGGIE, 2014, p. 346. A questão da raça é particularmente controversa, com vários autores a afirmarem que a ideia da existência da superioridade dos atletas negros ou de que o seu sucesso é determinado pela genética é falaciosa (KERR, 2010, *passim*; KLIMOWICZ, 2018, p. 11). Uma questão interessante é a de saber se se poderia “aceitar a exclusão de atletas com certo perfil racial, ainda que dados estatísticos apontassem no sentido de, em geral, terem um desempenho melhor do que os não pertencentes a essa categoria?” (ROUXINOL, 2024, p. 155) Ou o potencial de fomentar a discriminação e o racismo através dessa categorização determinaria o afastamento da sua adoção? (SHIN, 2017, p. 56).

¹⁹² BIANCHI, 2019, p. 6.

¹⁹³ GOMES, 2021, p. 22; BUCKWALD, 2021, pp. 37-39; GANDERT *et al.*, 2013, p. 416. Para outros exemplos, ver TAD, 2014/A/3759, 24/07/2015, Caso Dutee Chand, par. 149 e 260.

¹⁹⁴ BUCKWALD, 2021, p. 42

¹⁹⁵ COOPER, 2023, p. 23. Autores defensores da exclusão invocam que é a combinação de três fatores, 1) as mulheres cis não poderem alcançar naturalmente a vantagem, 2) o benefício ter caráter geral e 3) a magnitude da vantagem, que torna a situação das mulheres trans numa injustiça intolerável. Contudo, reconhecem que seria inconsistente restringir a sua participação na categoria feminina e nada fazer, por exemplo, quanto a atletas com mutações genéticas como Eero Mäntyranta ou com vantagens decorrentes do acesso a recursos, que não estão ao dispor de todos por razões económicas (KNOX *et al.*, 2019, pp. 5-6).

¹⁹⁶ COOPER, 2023, p. 23.

¹⁹⁷ KNOX *et al.*, 2019, p. 5.

são integradas na categoria feminina apesar de terem experienciado a puberdade com níveis de testosterona nos intervalos considerados masculinos. Além disso, não obstante a amplitude do intervalo que separa o limite mínimo e máximo dos níveis de testosterona observados em homens saudáveis, nunca foi equacionada a possibilidade de imposição de restrições semelhantes na categoria masculina¹⁹⁸. Logo, o argumento de que o que está em causa não é a existência de vantagem, mas sim a magnitude da mesma¹⁹⁹ parece perder alguma força, porquanto a vantagem só aparenta ter relevo se tiver “natureza masculina” e se, em teoria, e, por esse motivo, tiver o potencial de ameaçar a categorização binária construída. Mesmo no tocante ao objetivo de assegurar a saúde e segurança, alguns autores referem que os riscos decorrentes da força, tamanho e físico se verificam igualmente entre atletas cis, sendo mitigados, por exemplo, através da criação de subcategorias determinadas pelo peso e da utilização de equipamentos de proteção²⁰⁰. No caso de desportos como o *rugby*, não sendo as equipas caracterizadas pela homogeneidade no que toca às características e capacidades físicas dos seus integrantes²⁰¹, e uma vez que, “de uma perspetiva de segurança, é a disparidade no tamanho e na força que é relevante e não a fonte da disparidade”²⁰², a exclusão de atletas trans da categoria feminina implicaria também o afastamento das mulheres cis, cujas características representem riscos semelhantes. Um ponto adicional que suscita dúvidas relativamente à apreciação da adequação é o persistente e aceso debate no domínio científico sobre a matéria em causa, potenciador de um clima de ambiguidade quanto à legitimidade das medidas adotadas. Isto é, os critérios de elegibilidade baseiam-se em estudos científicos, que têm sido objeto de várias críticas, quer no que se refere à sua fiabilidade e integridade, quer pelo facto de os seus resultados não deverem ser extrapolados para o universo subjetivo em causa²⁰³. Tal reconduz-se a uma questão probatória, pelo que, perante litígios concretos, têm sido os tribunais, em especial o TAD²⁰⁴, a apreciar se, tendo em conta as fragilidades apontadas e a

¹⁹⁸ BUZUVIS, 2016, p. 46.

¹⁹⁹ HARPER, 2017, p. 143. Alguns autores defendem que a dimensão da diferença não tem relevo, “se – independentemente de ser grande ou pequena – ela determina sempre a [in]capacidade de vitória das mulheres e a sua quota global de vitórias” (COLEMAN, 2017, p. 109).

²⁰⁰ WINDHOLZ, 2020, p. 617.

²⁰¹ WALKER e ZYCHOWICZ, 2023, p. 8. Por exemplo, não é colocada nenhuma restrição a nível de peso ou altura, admitindo-se como riscos toleráveis os decorrentes de colisões entre jogadores, cujas características são extremamente díspares (COOPER, 2023, p. 4).

²⁰² WINDHOLZ, *idem*, p. 618.

²⁰³ OLEWINSKI, 2023, p. 130 e ss. e E-ALLIANCE, 2022, pp. 15-31 (contra, DEVINE *et al.*, 2022, pp. 4-7).

²⁰⁴ Por exemplo, em relação a atletas intersexo, veja-se TAD, 2014/A/3759, 24/07/2015, Caso Dutee Chand e TAD, 2018/O/5794, 30/04/2019, Caso Mokgadi Caster Semenya.

dificuldade em desenvolver estudos com uma amostra populacional (atletas trans e intersexo) suficiente²⁰⁵, consideram estar ou não em causa um nível aceitável de incerteza.

No que tange à necessidade, a questão passa por apreciar a existência de meios menos onerosos do que o afastamento total destas atletas. Ora, a redução do nível de testosterona era a opção da maioria dos organismos desportivos previamente à tendência de exclusão das mulheres transexuais da categoria feminina. Julgamos que, pelo facto de ser sua vontade (ao contrário do que ocorre com algumas atletas intersexo) a submissão a tratamentos hormonais como parte do processo de confirmação do género e sendo a recomendação médica a manutenção da testosterona em valores inferiores a 1,735 nmol/L²⁰⁶, as regras de elegibilidade não foram objeto de grande contestação (pelo menos conhecida) pelas próprias, nomeadamente junto do TAD. Não obstante, se, por um lado, há autores que afirmam que a imposição deste ajuste hormonal é também excessivamente lesiva²⁰⁷, por outro, e como mencionado, esta medida deixou de ser vista como adequada, por algumas federações, para a prossecução dos objetivos legítimos em causa, pelo que começaram a ser delineadas medidas alternativas. Aquelas que têm sido efetivamente equacionadas e implementadas são a da manutenção da categoria feminina acompanhada da transformação da masculina numa categoria aberta a atletas trans e intersexo, cuja vontade seja a da não alteração das suas características sexuais, ou então a criação de uma terceira categoria específica para as mesmas. Ora, como já aludido, há dúvidas de que as vantagens conservadas pelas atletas trans e até mesmo os níveis elevados de testosterona de certas atletas intersexo sejam suficientes para garantir que tenham efetivas oportunidades face aos atletas masculinos²⁰⁸, razão pela qual esta opção traz subjacente a ideia de que só as oportunidades das mulheres cis são merecedoras de tutela²⁰⁹. Por outro lado, a criação de uma nova (terceira) categoria tem o potencial de pôr em causa o direito à intimidade da vida privada, na medida em forçaria as praticantes desportivas a revelar ao mundo as suas DDS²¹⁰ ou o seu sexo biológico, de modo a lograrem competir. Adicionalmente, teria a faculdade de contribuir para o estigma, preconceito e marginalização²¹¹ sofridos, sendo um

²⁰⁵ DEVINE *et al.*, 2022, p. 6.

²⁰⁶ HEMBREE *et al.*, 2017, p. 3888. Não obstante, alguns estudos têm revelado que muitas mulheres transexuais não conseguem atingir o nível desejado, não havendo, contudo, informações sobre se esta dificuldade na supressão da testosterona se verifica nas atletas transexuais (HEATHER, 2022, p. 5).

²⁰⁷ ROUXINOL, 2024, p. 154.

²⁰⁸ GOMES, 2021, p. 29. A *gap de performance* entre as atletas cis, cujas características sexuais são consideradas típicas, e as atletas transexuais ou intersexo não atinge a que justifica a segregação binária das competições (COLEMAN, 2017, p. 108).

²⁰⁹ SUDAI, 2017, p. 191.

²¹⁰ GANDERT *et al.*, 2013, p. 421.

²¹¹ DEVINE, 2019, p. 166.

lembrete constante de que, pelo menos numa área de grande relevo da sua vida, se manterão numa zona intermédia e nunca serão consideradas verdadeiras mulheres²¹². Uma última barreira de relevo prende-se com o facto de poder não ser possível garantir a existência de um número suficiente de atletas trans ou com DDS para os eventos desportivos, o que acaba por se traduzir na sua exclusão²¹³. Outra opção no âmbito dos desportos individuais, que, presumivelmente, também padeceria do problema de salvaguarda da privacidade, seria a de estabelecer um sistema de *handicap*²¹⁴, por forma a compensar as vantagens em causa. Porém, tal dependeria do estabelecimento, com um certo grau de certeza/precisão científica, da concreta magnitude das mesmas²¹⁵, o que não parece exequível face ao estado da arte. Há autores que, no seguimento desta posição, propõem, reconhecendo, contudo, a dificuldade prática da sua implementação, a criação de um algoritmo que, tendo em conta parâmetros sociais e fisiológicos, determinaria, de entre várias divisões (não limitadas à masculina/feminina), a inclusão do atleta naquela que melhor atenuasse as vantagens injustas decorrentes desses parâmetros²¹⁶. Têm ainda aumentado as propostas que defendem, por exemplo, a nível das características que não são passíveis de alteração, como é o caso da estrutura óssea, a viabilidade da criação, à semelhança do que ocorre no desporto paralímpico, de subcategorias, dentro da atual categorização dual, baseadas na osteologia ou a eliminação total desta última, com a conceção de “categorias que reflitam vantagens conferidas pelo fenótipo”²¹⁷. O fim da segregação binária, com a introdução de categorias neutras, a partir de características relevantes para cada modalidade desportiva, como o peso e a altura, massa corporal, força muscular, testosterona, glóbulos vermelhos, tamanho dos pulmões e outras medidas relacionadas com a *performance*, tem conquistado vários apoiantes²¹⁸. “Utilizar uma lista de vantagens em vez de procurar um único critério perfeito pode ajudar a mitigar os problemas resultantes da tentativa

²¹² Nas palavras de Caster Semenya, “participar numa terceira categoria (...) seria (...) aceitar a discriminação contra a qual estava a lutar” (SEMENYA, 2023, p. 269).

²¹³ DIAS, 2020, p. 139.

²¹⁴ COOPER, 2023, p. 19 e BIANCHI, 2017, pp. 238-239.

²¹⁵ Até que ponto seria efetivamente possível estabelecer a magnitude da vantagem e em que medida ela é determinada pelos níveis de testosterona ou efeitos da mesma após a puberdade e não por outros fatores? “Os níveis de T não estão correlacionados com o desempenho no sentido matemático formal; ou seja, ter um determinado nível de T não garante que um determinado indivíduo seja «x» segundos mais rápido do que se tivesse menos T, ou que supere outro indivíduo também com menos T.” (COLEMAN, 2017, p. 75).

²¹⁶ KNOX *et al.*, 2019, p. 7.

²¹⁷ SUTHERLAND *et al.*, 2017, p. 186.

²¹⁸ SHIN, 2017, p. 59; ARCHIBALD, 2019, p. 266; DIAS, 2020, p. 139. Sublinha-se o risco de que qualquer novo sistema que seja implementado “independentemente dos critérios ou métricas escolhidos, pode[r] ser publicamente entendido como (...) uma nova rotulagem, das categorias tradicionais feminina e masculina”, podendo “alimentar atitudes sociais persistentes de que a biologia é o fator determinante para saber se alguém é realmente uma mulher ou um homem” (SHIN, 2017, p. 59).

de aplicar regras baseadas em dicotomias biológicas inexistentes”²¹⁹, o que traria, a nosso ver, o potencial vantajoso de se caminhar no sentido da neutralidade, com a possibilidade de os concretos fatores ligados ao desempenho desportivo passarem a ser paulatinamente encarados como meras características biológicas e não tanto como diferenças determinantes entre os sexos. Tal teria ainda a aptidão de tornar o desporto inclusivo para todos os indivíduos da comunidade trans, até para aqueles que não pretendem submeter-se a qualquer tratamento hormonal ou que, mesmo que o façam, não se revejam na construção binária do gênero²²⁰. Por último, e sobretudo no que respeita ao *rugby*, em vez de o ponto de partida ser a exclusão, uma das soluções tem consistido na realização de avaliações casuísticas à condição física dos atletas e à existência de riscos intoleráveis para a segurança²²¹. Surge, assim, a noção de que a inclusão das atletas trans no desporto feminino deve seguir uma lógica de apreciação das mesmas enquanto indivíduos e não enquanto membros integrantes de uma determinada categoria²²².

No plano da proporcionalidade em sentido estrito, a análise passa pela apreciação da existência de um (des)equilíbrio entre os sacrifícios impostos e os fins prosseguidos. Ora, as regras de elegibilidade representam uma restrição ao princípio da não discriminação, com implicações nos seus direitos fundamentais, como é o caso do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, à intimidade da vida privada e da liberdade de escolha da profissão²²³. As considerações relativas à saúde e segurança, mais concretamente, a invocação de riscos acrescidos de lesão das oponentes, pode, dada a premência do seu caráter preventivo, eventualmente, servir de argumento conducente ao maior desequilíbrio dos pratos da balança, no sentido de legitimar as restrições em causa. Mas deixando estas de parte, será a garantia do sucesso desportivo das mulheres cis justificação suficiente para as restrições que têm sido impostas às atletas trans face à “abstrata vantagem”²²⁴ que estas alegadamente possuem? “Não fere[m] a ideia de justiça, de igualdade, de dignidade a um nível mais relevante”²²⁵? Sem descurar a luta das mulheres cis pelo reconhecimento do seu lugar no desporto, não será no mínimo duvidoso que possamos afirmar haver “proporcionalidade quando a desvantagem radica apenas de uma potencial redução das possibilidades de ganhar”²²⁶?

²¹⁹ SUDAI, 2017, p. 192.

²²⁰ BUZUVIS, 2016, p. 48.

²²¹ AFL, 2020, pp. 12-13.

²²² PIELKE JR., 2023, p. 42.

²²³ ROUXINOL, 2024, pp. 152-153.

²²⁴ DIAS, 2020, p. 137.

²²⁵ ROUXINOL, 2024, p. 154.

²²⁶ DIAS, 2020, p. 137.

Um dos casos que mais contribuiu para a discussão deste tema foi o de Caster Semenya, corredora sul-africana de meia distância e bicampeã olímpica, que viu a sua possibilidade de participar nos eventos de 400 a 1500 m excluída, a não ser que se submetesse a um tratamento hormonal suscetível de reduzir os seus níveis de testosterona. Reagiu junto do TAD, de modo a ver afastadas estas regras de elegibilidade, mas não foi bem-sucedida – embora tendo considerado o regulamento discriminatório e levantado algumas preocupações quanto a pontos específicos, a maioria dos árbitros entendeu que o princípio da proporcionalidade fora observado²²⁷. Seguiu-se o recurso para o STFS, cuja jurisdição se limita à anulação das decisões do TAD com conteúdo incompatível com a ordem pública do Estado Suíço²²⁸. Mais uma vez sem sucesso, visto que considerou que 1) a decisão do TAD, “após uma ponderação cuidadosa dos diferentes interesses em jogo, não é insustentável, ou seja, arbitrária, nem, *a fortiori*, contrária à ordem pública”²²⁹, 2) não há uma violação clara e séria dos direitos de personalidade invocados (a integridade física, a identidade de género, a tutela da esfera íntima e a liberdade económica)²³⁰ e 3) a dignidade da atleta não foi posta em causa, sendo que “as características biológicas podem, excepcionalmente e para efeitos de justiça e igualdade de oportunidades, eclipsar o sexo legal ou a identidade de género de uma pessoa”²³¹. Ineditamente, a atleta interpôs uma ação contra o Estado Suíço no TEDH, que, com uma maioria de quatro contra três votos, julgou ter havido violação do art. 14.º (proibição da discriminação) da CEDH, em conjugação com o art. 8.º (direito ao respeito pela vida privada e familiar), bem como o art. 13.º (direito a um recurso efetivo)²³². Identificou como fator de discriminação o sexo e as características sexuais²³³, integrando estas últimas no conceito de vida privada²³⁴ e afirmando que a situação da recorrente era comparável à de outras atletas do sexo feminino²³⁵. Estando em causa “alegações fundamentadas e credíveis de discriminação em resultado do seu nível elevado de testosterona”²³⁶, e tendo, nomeadamente, em conta o impacto das restrições no exercício da sua profissão²³⁷, considerou que a mesma não beneficiou de salvaguardas institucionais e processuais suficientes, por parte do Estado Suíço, de modo a ver as suas alegações examinadas de forma eficaz. Dada a existência de vários pontos de contacto entre a

²²⁷ TAD, 2018/O/5794, 30/04/2019, Caso Mokgadi Caster Semenya.

²²⁸ GOMES, 2021, p. 30.

²²⁹ Ac. STFS, Proc. 4A_248/2019, 25/08/2020, par. 9.8.3.6.

²³⁰ *Idem*, pars. 10.2.-10.5.

²³¹ *Idem*, par. 11.1.

²³² Ac. TEDH, 11/07/2023, Caso Semenya v. Suíça (10934/21).

²³³ *Idem*, par. 158.

²³⁴ *Idem*, par. 123.

²³⁵ *Idem*, par. 162.

²³⁶ *Idem*, par. 201.

²³⁷ *Ibidem*.

questão da inserção das atletas trans e das atletas intersexo na categoria feminina, seria equacionável a transposição desta decisão para a realidade das primeiras? Possivelmente²³⁸. Não obstante, o TEDH afirmou não ser claro o porquê de não serem objeto de tratamento diferenciado, invocando que “sem pretender prejudicar os casos que poderão ser submetidos à sua apreciação”, a vantagem das mulheres transexuais resulta da sua constituição biológica inicial, sendo o tratamento hormonal que lhes é exigido, um simples ajustamento daquele a que já estão sujeitas²³⁹. Julgamos que o fundamento para diferenciações deve ter como cerne considerações biológicas racionais e não o que alguns autores afirmam ser o principal ponto diferenciador das mulheres trans e intersexo, a escolha²⁴⁰. O foco no “naturalismo” da intersexualidade e no “artificialismo” da transexualidade²⁴¹, associado a uma dimensão alegadamente volitiva, tem o potencial de alimentar conceções problemáticas em relação à última. Em primeiro lugar, a de que a exclusão é uma simples e previsível consequência dos seus atos, isto é, de que a decisão de submissão ao processo de confirmação do género torna as pessoas menos merecedoras de serem incluídas no mundo desportivo. Em segundo lugar, a de que os homens cis não tão bem-sucedidos na categoria masculina optariam por identificar-se como mulheres, de modo a obterem uma vantagem competitiva²⁴².

Embora o facto de se ser biologicamente mulher pareça ser um critério determinante para a participação nas competições e, em consequência, para o acesso ao emprego, sem qualquer restrição ou indagação relativa aos caracteres biológicos individuais, temos sérias dúvidas que o crivo da proporcionalidade tenha sido ultrapassado com sucesso. A falta de racionalidade das decisões adotadas, designadamente no que refere ao seu suporte científico, a ausência de justificação sólida para a desconsideração de outros fatores que influenciam a *performance* e a resistência à ponderação de mecanismos menos lesivos, leva a questionar se não se terá perdido o rumo, passando-se a ver a categorização binária como o objetivo central, “em vez de um potencial meio de atingir um fim”²⁴³, com o risco associado de se criarem regulamentações

²³⁸ Em sentido afirmativo, ROUXINOL, 2024, p. 156.

²³⁹ Ac. TEDH, 11/07/2023, Caso Semenya v. Suíça (10934/21), par. 198. Esta questão será, em breve, objeto de contributos jurisprudenciais adicionais, quer quanto às atletas intersexo, com a reapreciação do caso de Caster Semenya pela Grande Câmara do TEDH, quer quanto às atletas trans, com a confirmação da submissão de um pedido de arbitragem junto do TAD pela nadadora transexual Lia Thomas, com o propósito de ver declarada a invalidade das regras de elegibilidade da *World Aquatics* (https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Media_Release_10kprocedures_L_Thomas.pdf).

²⁴⁰ GANDERT *et al.*, 2013, p. 419.

²⁴¹ SILVA, 2022, p. 500.

²⁴² OBERLIN, 2023, p. 9.

²⁴³ COOPER, 2023, p. 20.

pouco ou nada inclusivas, “que não conseguem alcançar um sentido coerente de competição justa”²⁴⁴.

²⁴⁴ COOPER, *ibidem*.

5. CONCLUSÃO

O desígnio do desporto de premiar e exaltar o justo vencedor torna-o numa das áreas residuais em que determinadas características são entendidas como fulcrais, pelo facto de afetarem a *performance* física. Apesar de haver uma miríade de fatores que influenciam o desempenho dos atletas, erigiu-se uma categorização desportiva assente no sexo que, ignorando grande parte deles, se foca num fator biológico específico, a testosterona. Os mais variados organismos desportivos, enquanto garantes dos valores intrínsecos à atividade, viram-se, assim, obrigados a entrar no terreno pantanoso de definir quem se insere nas categorias masculina e feminina e, conseqüentemente, definir o que é ser homem e mulher para efeitos desportivos. E fizeram-no, obviamente, priorizando a sua noção algo contestada de justiça, em detrimento das pessoas – da sua individualidade, no limite, da sua dignidade – que, devido às suas características sexuais ou identidade de género não se enquadram nessa definição. Sem um vislumbre de soluções perfeitas, todas as medidas adotadas acabam com a invocação da existência de um tratamento discriminatório: as mulheres cisgénero que sentem as suas oportunidades de vitória reduzidas; as mulheres intersexo que veem as suas características sexuais escrutinadas de forma invasiva e são forçadas a alterá-las de modo a poderem competir; e as mulheres trans que veem a sua identidade de género posta em causa em praça pública. O propósito do presente estudo não é (e muito dificilmente poderia ser) o de encerrar esta celeuma, mas sim o de abrir o caminho para que o impacto laboral da regulamentação seja analisado com maior profundidade, ainda que se tenha limitado ao âmbito da discriminação no acesso ao emprego. Assim, no que diz respeito à interseção entre o Direito Antidiscriminação, o Direito do Trabalho e o Direito Desportivo, julgamos estar perante um dos casos em que o último se impôs, moldando um critério ocupacional genuíno que determina o triunfo da biologia sobre a identidade. E, uma vez que, em várias modalidades, ser biologicamente mulher é um facto de relevo para o acesso irrestrito às competições, tal dita a conseqüente essencialidade objetiva da pertença a um determinado sexo nas atividades profissionais desportivas. Contudo, a incerteza que paira em torno das considerações de proporcionalidade leva-nos a ter sérias dúvidas quanto à legitimidade da preterição, por parte do empregador desportivo, de um candidato a emprego transexual. Dúvidas estas que, caso se chegue à conclusão da inviabilidade de qualquer alternativa à categorização binária, se vão reduzindo quando estejam em causa outras realidades integrantes do universo trans.

No fim de contas, grande parte das dificuldades assinaladas acaba por radicar no facto de a sociedade, vendo o mundo a preto e branco, impor à natureza as categorias que construiu sem

atender à diversidade da realidade. A visão do género como um espectro já começou a ser acolhida pelo Direito Antidiscriminação, mas quanto ao sexo, a dificuldade de afastamento da ideia de que existem duas categorias sexuais perfeitamente definidas tem-se revelado maior, com consequências gritantes no campo desportivo. Estaremos, então, a ver o dilema da diferença em funcionamento? Por um lado, havendo atividades, como o desporto, em que o sexo e as características sexuais menos típicas podem ser relevantes, o delineamento de fatores de discriminação específicos parece ser necessário, mesmo que seja para aceitar, excecionalmente, a diferenciação com base nos mesmos. Mas, por outro, terá a crescente consciencialização para o contexto das pessoas trans e intersexo salientado as suas diferenças? Como referido, o facto de haver atletas com um desempenho atlético superior ao de outras é algo aceite e celebrado. Será que tal só representa um problema por a diferença ter nome (transexualidade/intersexualidade)? Este é um tema propício a reflexões relacionadas com a natureza e vocação do Direito Antidiscriminação, que tem de estar constantemente atento à evolução social, de modo a dar resposta às necessidades de proteção que vão surgindo, e com a estrutura das normas antidiscriminatórias, isto é, a forma como devem ser construídos e consagrados os fatores de discriminação. A desordem conceitual inerente ao tratamento desta matéria comprova que o Direito, acompanhando a sociedade, se foi conformando numa lógica binária, pelo que urge a necessidade de esta ser ultrapassada, o que, no desporto, implicará a existência de abertura e recetividade para a sua reinvenção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFL – AUSTRALIAN FOOTBALL LEAGUE (2020), *Gender Diversity Policy*, disponível em <https://play.afl/sites/default/files/2023-10/AFL-Community-Football-GDP-Policy.pdf> (consultado a 01/03/2024).
- AGIUS, SILVAN/TOBLER, CHRISTA (2012). “Trans and Intersex People: Discrimination on the Grounds of Sex, Gender Identity and Gender Expression”. *Report by the European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination of the Directorate-General Justice and Consumers of the European Commission*, Office for Official Publications of the European Union, Luxemburgo.
- AGIUS, SILVAN (2017). “Human Rights and Intersex People”, reimpressão, Issue Paper by the Council of Europe Commissioner for Human Rights.
- AMADO, JOÃO LEAL (2002). *Vinculação Versus Liberdade: O Processo de Constituição e Extinção da Relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra Editora, Coimbra.
- AMADO, JOÃO LEAL (2023). *Contrato de Trabalho Desportivo: Lei n.º 54/2017, de 14 de julho – Anotada*, Almedina, Coimbra, 2ª edição.
- ARCHIBALD, CATHERINE JEAN (2019). “Transgender and Intersex Sports Rights”, *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, 26(3), pp. 246-276.
- BALKIN, J. M (1997). “The Constitution of Status”, *The Yale Law Journal*, 106(8), Symposium: Group Conflict and the Constitution: Race, Sexuality, and Religion, 1997, pp. 2313-2374.
- BAPTISTA, ALBINO MENDES (2006). *Estudos sobre o Contrato de Trabalho Desportivo*, Coimbra Editora, Coimbra.
- BELAVUSAU, ULADZISLAU (2018). “Coming Up Short: Policewomen and Indirect Height Discrimination in Law”, *International Labour Rights Case Law*, 4, pp. 218-222.
- BELL, MARK (2012). “Evolutions in Antidiscrimination Law in Europe and North America: Gender Identity and Sexual Orientation: Alternative Pathways in EU Equality Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 60(1), pp. 127-146.
- BIANCHI, ANDRIA (2017). “Transgender Women in Sport”, *Journal of the Philosophy of Sport*, 44(2), pp. 229-242.

- BIANCHI, ANDRIA (2019). “Something’s Got to Give: Reconsidering the Justification for a Gender Divide in Sport”, *Philosophies*, 4, 23.
- BUCKWALD, JORDAN (2021). “Outrunning Bias: Unmasking the Justifications for Excluding Non-Binary Athletes in Elite Sport”. *Harvard Journal of Law and Gender*, 44(1), pp. 1-56.
- BRITISH TRIATHLON (2022). *British Triathlon Transgender Policy: Implementation Guidance*, disponível em <https://www.britishtriathlon.org/britain/documents/about/edi/british-triathlon-transgender-guidance.pdf> (consultado a 01/03/2024).
- BUDZINSKI, OLIVER/PAWLOWSKI, TIM (2014). “The Behavioural Economics of Competitive Balance: Implications for League Policy and Championship Management”, Ilmenau Economics Discussion Papers, N.º 89, Technische Universität Ilmenau, Institut für Volkswirtschaftslehre, Ilmenau.
- BUZUVIS, ERIN (2016). “Hormone Check: Critique of Olympic Rules on Sex and Gender”, *Wisconsin Journal of Law, Gender and Society*, 31(1), pp. 29-56.
- CAILLÉ, ALAIN (1998). “The Concept of Fair Play”, *Olympic Review*, Vol. XXVI-22, pp. 27-33.
- CANOTILHO, J.J. GOMES/MOREIRA, VITAL M. (2014). *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I (Artigos 1.º a 107.º)*, 4ª edição revista - Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra.
- CANOTILHO, J.J. GOMES (2009). “Internormatividade Desportiva e Homo Sportivus”, in AA.VV. (Coord. Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. 4, pp. 151-166.
- CANOTILHO, MARIANA (2011). “Brevíssimos Apontamentos sobre a Não Discriminação no Direito Da União Europeia”, *Julgar*, 14, pp. 101-111.
- CARDENAL CARRO, MIGUEL (1996). *Deporte y Derecho, Las relaciones Laborales en el Deporte Profesional*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, Murcia.
- CAVICO, FRANK J./MUJTABA, BAHAUDIN G. (2016). “The Bona Fide Occupational Qualification (BFOQ) Defense in Employment Discrimination: A Narrow and Limited Justification Exception”, *Journal of Business Studies Quarterly*, 7(4), pp. 15-29.

- COI - COMITÉ OLÍMPICO INTERNACIONAL (2015). *IOC Consensus Meeting on Sex Reassignment and Hyperandrogenism*, disponível em https://stillmed.olympic.org/Documents/Commissions_PDFfiles/Medical_commission/2015-11_ioc_consensus_meeting_on_sex_reassignment_and_hyperandrogenism-en.pdf (consultado a 01/03/2024)
- COI – COMITÉ OLÍMPICO INTERNACIONAL (2021). *IOC Framework on Fairness, Inclusion and Non-Discrimination on the Basis of Gender Identity and Sex Variations*, disponível em <https://stillmed.olympics.com/media/Documents/Beyond-the-Games/Human-Rights/IOC-Framework-Fairness-Inclusion-Non-discrimination-2021.pdf> (consultado a 01/03/2024)
- COFFEY, LAUREN MCCOY (2023). “Competitive Fairness or Inclusion: Balancing Governance and Human Rights Law”, in AA.VV. (Eds. Ali Durham Greey/Helen Jefferson Lenskyj), *Justice for Trans Athletes* (Emerald Studies in Sport and Gender Book Series), Emerald Publishing Limited, Leeds, pp. 63-74.
- COLEMAN, DORIANE LAMBELET (2017). “Sex in Sport”, *Law and Contemporary Problems*, 84(4), pp. 63-126.
- COMISSÃO MÉDICA DO COI (2003). *Statement of the Stockholm Consensus on Sex Reassignment in Sports*, disponível em <https://olympics.com/ioc/news/ioc-approves-consensus-with-regard-to-athletes-who-have-changed-sex> (consultado a 01/03/2024).
- COOPER, JONATHAN (2023). “Fair Competition and Inclusion in Sport: Avoiding the Marginalisation of Intersex and Trans Women Athletes”, *Philosophies*, 8, 28.
- CORREIA, LÚCIO MIGUEL TEIXEIRA (2021). *Especificidades de los Regímenes Jurídicos de los Deportistas Profesionales en Portugal y España*, Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- COSTA, ANA CRISTINA RIBEIRO (2020). “Breves Notas Sobre o Praticante Desportivo e a Segurança e Saúde no Trabalho”, *Revista de Direito do Desporto*, 4, pp. 20-34.
- DEVINE, JOHN WILLIAM (2019). “Gender, Steroids, and Fairness in Sport”, *Sport, Ethics and Philosophy*, 13(2), pp. 161-169.
- DEVINE, CATHY/HILTON, EMMA/HOWE, LESLIE/IMBRIŠEVIĆ, MIROSLAV/LUNDBERG, TOMMY/PIKE, JON (2022). *When Ideology Trumps Science -*

- A Response to the Canadian Centre for Ethics in Sport's Review on Transwomen Athletes in the Female Category*, publicado em idrottsforum.org.
- DIAS, PATRÍCIA CARDOSO (2020). “Paridade e Género: Uma Nova Igualdade no Desporto”, *Galileu – Revista de Direito e Economia*, Vol. XXI, pp. 95-143.
- DRAY, GUILHERME MACHADO (1999). *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho: Sua Aplicabilidade no Domínio Específico da Formação de Contratos Individuais de Trabalho*, Almedina, Coimbra.
- DRAY, GUILHERME MACHADO (2015). *O Princípio da Proteção do Trabalhador*, Almedina, Coimbra.
- DRAY, GUILHERME MACHADO (2020). “Anotação ao Art. 23.º” in AA.VV., *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, Coimbra, pp. 122-124, 13.ª edição.
- DRAY, GUILHERME MACHADO (2020). “Anotação ao Art. 24.º” in AA.VV., *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, Coimbra, pp. 125-130, 13.ª edição.
- DRAY, GUILHERME MACHADO (2020). “Anotação ao Art. 25.º” in AA.VV., *Código do Trabalho Anotado*, Coimbra, pp. 130-135, 13.ª edição.
- E-ALLIANCE (2022). *Transgender Women Athletes and Elite Sport: A Scientific Review*, disponível em <https://www.cces.ca/transgender-women-athletes-and-elite-sport-scientific-review>.
- ELSAS, LOUIS J./LJUNGQVIST, ARNE/FERGUSON-SMITH, MALCOLM A./SIMPSON, JOE LEIGH/GENEL, MYRON/CARLSON, ALISON S./FERRIS, ELIZABETH/DE LA CHAPELLE, ALBERT/EHRHARDT, ANKE A. (2000). “Gender Verification of Female Athletes”, *Genetics in Medicine*, 2(4), pp. 249-254.
- ERIKAINEN, SONJA (2020). *Gender Verification and the Making of the Female Body in Sport - A History of the Present*, Routledge, Londres e Nova Iorque.
- FERGUSON-SMITH, M. A./FERRIS, ELIZABETH A. (1991). “Gender Verification in Sport: The Need for Change?”, *British Journal of Sports Medicine*, 25(1), pp. 17-20.
- FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO (1991). “Observações sobre o «Princípio da Igualdade de Tratamento» no Direito do Trabalho”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - número especial III, Coimbra, pp. 1009-1036.

- FORREST, DAVID/SIMMONS, ROBERT (2002). “Outcome Uncertainty and Attendance Demand in Sport: The Case of English Soccer”, *Journal of the Royal Statistical Society, Series D (The Statistician)*, 51(2), pp. 229-241.
- FRA – EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND COUNCIL OF EUROPE (2018). *Handbook on European Non-Discrimination Law*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo.
- FRA – EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2020). *A Long Way to Go for LGBTI Equality*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo.
- FREDMAN, SANDRA (2022). *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 3ª edição.
- GANDERT, DANIEL/BAE, ALFRED/WOERNER, TIMOTHY/MEECE, TERESA (2013). “The Intersection of Women's Olympic Sport and Intersex Athletes: Long and Winding Road”, *Indiana Law Review*, 46(2), pp. 387-424.
- GANTY, SARAH/ BENITO SANCHEZ, JUAN CARLOS (2021). *Expanding the List of Protected Grounds within Anti-Discrimination Law in the EU*, Equinet, Bruxelas.
- GERARDS, JANNEKE (2020). “Non-Discrimination, the European Court of Justice and the European Court of Human Rights: Who Takes the Lead?” in AA.VV. (Ed. Thomas Giegerich), *The European Union as Protector and Promoter of Equality*, Springer, Suíça, pp. 135-164.
- GHATTAS, DAN CHRISTIAN (2013). *Human Rights Between the Sexes: A Preliminary Study on the Life Situations of Inter* Individuals*, Volume 34 of the Publication Series on Democracy, Heinrich Böll Foundation, Berlim.
- GOMES, INÊS ESPINHAÇO (2021). “A Corrida de Caster Semenya pelos seus Direitos: Uma Perspetiva de Género e de Direitos Humanos”, *Revista de Direito do Desporto*, 9, p.18-38.
- GOLDBERG, SUZANNE B. (2011). “Discrimination by Comparison”, *The Yale Law Journal*, 120(4), pp. 690-977.
- GUERRERO PADRÓN, THAIS/KOVAČEVIĆ, LJUBINKA/RIBES MORENO, Mª ISABEL (2023). “Labour Law and Gender” in AA.VV. (Eds. Dragica Vujadinović/Mareike Fröhlich/Thomas Giegerich), *Gender-Competent Legal Education*, Springer, Suíça, pp. 583-630.

- HANDELSMAN, DAVID J./HIRSCHBERG, ANGELICA L./BERMON, STEPHANE (2018). "Circulating Testosterone as the Hormonal Basis of Sex Differences in Athletic Performance", *Endocrine Reviews*, 39(5), pp. 803-829.
- HARPER, JOANNA (2017). "Athletic Gender", *Law and Contemporary Problems*, 80(4), pp. 139-153.
- HARPER, JOANNA (2020). *Sporting Gender: The History, Science, And Stories of Transgender and Intersex Athletes*, Rowman & Littlefield, Londres.
- HARPER, JOANNA MARIE (2023). "IOC Transgender Athlete Policies and History" in AA.VV. (Ed. Amy M. West), *The Transgender Athlete: A Guide for Sports Medicine Providers*, Elsevier, Londres, pp. 105-116.
- HEATHER, ALISON K. (2022). "Transwoman Elite Athletes: Their Extra Percentage Relative to Female Physiology". *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 19, 9103.
- HEGGIE, VANESSA (2010). "Testing Sex and Gender in Sports; Reinventing, Reimagining and Reconstructing Histories", *Endeavour* 34(4), pp. 157-163.
- HEGGIE, VANESSA (2014). "Subjective Sex: Science, Medicine and Sex Tests in Sports" in AA.VV. (Eds. Jennifer Hargreaves/Eric Anderson), *Routledge Handbook of Sport, Gender and Sexuality*, Routledge, Londres e Nova Iorque, pp. 339-347.
- HEMBREE, WYLIE C./ COHEN-KETTENIS, PEGGY T./GOOREN, LOUIS/HANNEMA, SABINE E./MEYER, WALTER J./MURAD, M. HASSAN/ROSENTHAL, STEPHEN M./ SAFER, JOSHUA D./TANGPRICHA, VIN/T'SJOEN, GUY G. (2017). "Endocrine Treatment of Gender-Dysphoric/Gender-Incongruent Persons: An Endocrine Society Clinical Practice Guideline", *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism*, 102(11), pp. 3869-3903.
- HILTON, EMMA N./LUNDBERG, TOMMY R. (2021). "Transgender Women in the Female Category of Sport: Perspectives on Testosterone Suppression and Performance Advantage", *Sports Medicine*, 51, pp. 199-214.
- HOLZLEITHNER, ELISABETH (2017). "Gender Equality and Physical Requirements in Employment" in AA.VV., *European Equality Law Review*, Issue 1/2017, Directorate-General for Justice and Consumers, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, pp. 13-22.

- IGLESIAS SÁNCHEZ, SARA (2020). “The Concept of «Genuine and Determining Occupational Requirements» in EU Equality Law: A Critical Approach”, in AA.VV. (Ed. Thomas Giegerich), *The European Union as Protector and Promoter of Equality*, Springer, Suíça, pp. 219-234.
- JAMES, SANDY E./HERMAN, JODY L./RANKIN, SUSAN/KEISLING, MARA/MOTTET, LISA/ANAFI, MA’AYAN (2016). *The Report of the 2015 U.S. Transgender Survey*. National Center for Transgender Equality, Washington D.C..
- JONES, BETHANY ALICE/ARCELUS, JON/BOUMAN, WALTER PIERRE/HAYCRAF, EMMA (2017). “Sport and Transgender People: A Systematic Review of the Literature Relating to Sport Participation and Competitive Sport Policies”, *Sports Medicine*, 47, pp. 701-716.
- KERR, IAN B. (2010). “The Myth of Racial Superiority in Sports”, *The Hilltop Review*, 4(1), pp. 19-27.
- KLIMOWICZ, ERIC J. (2018). “Nature or Nurture? The Concentration of African Americans in Specific Sports”, *The Cupola*, Student Publications, 690.
- KNECHTLE, BEAT/DALAMITROS, ATHANASIOS A./BARBOSA, TIAGO M./SOUSA, CAIO VICTOR/ROSEMANN, THOMAS/NIKOLAIDIS, PANTELIS THEO (2020). “Sex Differences in Swimming Disciplines – Can Women Outperform Men in Swimming?”, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 17, 3651.
- KNOX, TARYN/ANDERSON, LYNLEY C./HEATHER ALISON (2019). “Transwomen in Elite Sport: Scientific and Ethical Considerations”, *Journal of Medical Ethics*, 0, pp. 1-9.
- KRINGSTAD, BILL/GERRARD, MORTEN (2004). “The Concepts of Competitive Balance and Uncertainty of Outcome” in (Ed. Gregory T. Papanikos), *The Economics and Management of Mega Athletic Events: Olympic Games, Professional Sports, and Other Essays*, Athens Institute for Education and Research, Atenas, pp. 115-130.
- KRÖMER, BERND (2015). “Trans- und Intersexuelle bei der Polizei und Feuerwehr”, *Abgeordnetenhaus Berlin*, 17, disponível em <https://pardok.parlament-berlin.de/starweb/adis/citat/VT/17/SchrAnfr/s17-17414.pdf> (consultado a 21/01/2024).
- LEE, JASON (2012). “Lost in Transition: The Challenges of Remediating Transgender Employment Discrimination Under Title VII”, *Harvard Journal of Law & Gender*, 35(2), pp. 424-461.

- LEE, MARIA Y. (2017). “Being Wary of Categories – Is It Possible to Move Away from Categorisations in Anti-Discrimination Law?”, *University of Vienna Law Review*, 1, pp. 107-141.
- LJUNGQVIST, ARNE (2000). “Gender Verification” in AA.VV. (Ed. Barbara L. Drinkwater), *Women in Sport*, Blackwell Science, Oxford, pp. 183-193.
- LOLAND, SIGMUND (2002). *Fair Play in Sport – A Moral Norm System*, Routledge, Londres e Nova Iorque.
- LOPES, DULCE (2011). “A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vista à Luz do Princípio da Não Discriminação”, *Julgar*, n.º 14, pp. 47-75.
- LUCAS, LAUREN SUDEALL (2015). “Identity as Proxy”, *Columbia Law Review* 115, 1605, pp. 1606-1674.
- MALISZEWSKA-NIENARTOWICZ, JUSTYNA (2020). “Genuine and Determining Occupational Requirement as an Exception to the Prohibition of Discrimination in EU Law”, in EU Equality Law: A Critical Approach”, in AA.VV. (Ed. Thomas Giegerich), *The European Union as Protector and Promoter of Equality*, Springer, Suíça, pp. 199-218.
- MARECOS, DIOGO VAZ (2023). *Código do Trabalho – Comentado*, Almedina, Coimbra.
- MARTÍNKOVÁ, IRENA (2020). “Open Categories in Sport: One Way to Decrease Discrimination”, *Sport, Ethics and Philosophy*, 14(4), pp. 461-477.
- MARTINS, JOÃO ZENHA (2017). “A Cronografia do Contrato de Trabalho Desportivo” in AA.VV. (Coord. Bernardo da Gama Lobo Xavier/Maria do Rosário Palma Ramalho/José João Abrantes/João Leal Amado/ David Falcão/Sérgio Tenreiro Tomás), *Estudos de Direito do Trabalho: Em Homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*, Nova Causa - Edições Jurídicas Porto, pp. 658-685.
- MARTOWICZ, MAGALI/BUDGETT, RICHARD/PAPE, MADELEINE/MASCAGNI, KATIA/ENGBRETSSEN, LARS/DIENSTBACH-WECH, LENKA/PITSILADIS, YANNIS P./PIGOZZI, FABIO/ERDENER UĞUR (2023). “Position Statement: IOC Framework on Fairness, Inclusion and Non-Discrimination on the Basis of Gender Identity and Sex Variations”, *British Journal of Sports Medicine*, 57(1), pp. 26-32.
- MCCOLGAN, AILEEN (2014). *Discrimination, Equality and The Law*, Hart Publishing, Oxford.

- MESTRE, BRUNO (2011). “Transgender Discrimination as Sex Discrimination: A Contextual and Comparative Analysis of European and American Courts’ Case Law” in AA.VV. (Ed. Alexander Schuster), *Equality and Justice Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century*, Forum 2011 – Editrice Universitaria Udinese, Udine, pp. 191-204.
- MESTRE, BRUNO (2020). *Direito Antidiscriminação, Uma Perspetiva Europeia e Comparada*, Vida Económica, Porto.
- MICHAEL, JO (2012). “Our Own Words: The Importance of Enumerated Anti-Discrimination Protections for Gender Identity in Employment Law”, *University of La Verne Law Review*, 34(1), pp. 89-112.
- MINOW, MARTHA (1985). “Learning to Live with the Dilemma of Difference: Bilingual and Special Education”, *Law and Contemporary Problems*, 48(2), pp. 157-211.
- MINOW, MARTHA/LANGEVOORT, DONALD C. (1987). “The Supreme Court, 1986 Term”, *Harvard Law Review*, 101(1), pp. 7-370.
- MIRANDA, JORGE (2015). *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV – Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 6ª edição.
- MITTEN, MATTHEW J./DAVIS, TIMOTHY (2008). “Athlete Eligibility Requirements and Legal Protection of Sports Participation Opportunities”, *Virginia Sports and Entertainment Law Journal*, 8(1), p. 71-142.
- MOREIRA, TERESA COELHO (2013). *Igualdade e Não Discriminação: Estudos do Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra.
- NOVAIS, JORGE REIS (2011). *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Editora Coimbra.
- NWSL - National Women’s Soccer League (2021). *NWSL Policy on Transgender Athletes*, disponível em <https://prod-nwsl-cdn.s3.amazonaws.com/wp/uploads/2021/03/2021-NWSL-Policy-on-Transgender-Athletes.pdf> (consultado a 01/03/2024).
- OBERLIN, D.J. (2023). “Sex Differences and Athletic Performance. Where Do Trans Individuals Fit into Sports and Athletics Based on Current Research?”, *Frontiers in Sports and Active Living*, 5, 1224476.
- OIT – Organização Internacional do Trabalho (2019). *Decent Work in the World of Sport*, Issues Paper for Discussion at the Global Dialogue Forum on Decent Work in the World of

- Sport (Geneva, 20–22 January 2020), International Labour Office, Sectoral Policies Department, Geneva.
- OLEWINSKI, LUCI (2023). “Transgender Athlete Sport Inclusion Policies: The Current State” in AA.VV. (Ed. Amy M. West), *The Transgender Athlete: A Guide for Sports Medicine Providers*, Elsevier, Londres, pp. 117-146.
- OSPINA-BETANCURT, JONATHAN/ VILAIN, ERIC/MARTINEZ-PATIÑO, MARIA JOSÉ (2021). “The End of Compulsory Gender Verification: Is It Progress for Inclusion of Women in Sports?”, *Archives of Sexual Behavior*, 50(7), pp. 2799-2807.
- PATEL, SEEMA (2021). “Gaps in the Protection of Athletes Gender Rights in Sport – A Regulatory Riddle”, *The International Sports Law Journal*, 21, pp. 257-275.
- PETERSON, ANNA (2010). “But She Doesn't Run Like a Girl...: The Ethic of Fair Play and the Flexibility of the Binary Conception of Sex”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 19(1), pp. 315-335.
- PIELKE JR., ROGER (2023). “Making Sense of Debate Over Transgender Athletes in Olympic Sport”, in AA.VV. (Ed. Ali Durham Greey/Helen Jefferson Lenskyj), *Justice for Trans Athletes* (Emerald Studies in Sport and Gender Book Series), Emerald Publishing Limited, Leeds, pp. 31-43.
- PILGRIM, JILL/ MARTIN, DAVID/BINDER, WILL (2003). “Far from the Finish Line: Transsexualism and Athletic Competition”, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 13(2), pp. 495-549.
- RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA (2023a) *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 9.^a edição revista e atualizada à Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, Almedina, Coimbra.
- RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA (2023b) *Tratado de Direito do Trabalho, Parte IV – Contratos e Regimes Especiais*, 2.^a edição revista e atualizada à Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, Almedina, Coimbra.
- REQUENA MONTES, ÓSCAR (2020). *Derechos Laborales de las Personas Trans*, disponível em <https://www.uv.es/seminaridret/sesiones2020/trans/ponenciaRequena.pdf> (consultado a 27/01/2024).
- ROUXINOL, MILENA DA SILVA (2017). “Discriminação em Razão da Identidade de Género (em Contexto Laboral)”, in (Coord. Lourdes Mella Méndez/Silvia Fernández

- Martínez), *Los Actuales Cambios Sociales Y Laborales: Nuevos Retos Para El Mundo Del Trabajo*, Vol. II Peter Lang, Berna, p. 187-216.
- ROUXINOL, MILENA DA SILVA (2023). “Igualdade e Não Discriminação nas Relações Laborais”, in AAVV, *Direito do Trabalho: Relação Individual*, 2.^a edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, pp. 243-264.
- ROUXINOL, MILENA DA SILVA (2024). *Direito Antidiscriminação nas Relações Laborais*, Almedina, Coimbra.
- RFU – RUGBY FOOTBALL UNION (2022). *England Rugby – Gender Participation Policy*, disponível em <https://www.englandrugby.com//dxdam/67/6769f624-1b7d-4def-821e-00cdf5f32d81/RFU%20GENDER%20PARTICIPATION%20POLICY%202022.pdf> (consultado a 01/03/2024).
- SANDBAKK, ØYVIND/SOLLI, GURO STRØM/HOLMBERG, HANS-CHRISTER (2017). “Sex Differences in World Record Performance: The Influence of Sport Discipline and Competition Duration”. *International Journal of Sports Physiology and Performance*, 13(1) pp. 1-23.
- SANZ, VERONICA (2017). “No Way Out of the Binary”, *Signs*, 43(1), pp. 1-27.
- SEMENYA, CASTER (2023). *Caster Semenya – The Race to be Myself*, Penguin, Londres.
- SILVA, ANTÓNIO JOSÉ (2022). “O Desporto e a Intersexualidade, os Transgéneros e os Não Binários: A Importância do Cromossoma Y na Avaliação da Inclusão!”, *Motricidade*, 18(4), pp. 498-500.
- STOLLER, ROBERT J. (1984). *Sex and Gender: The Development of Masculinity and Femininity*, reimpressão, Karnac Books, Londres.
- SINGLETON, JORDAN (2019). “Falling Short: How the International Olympic Committee's Transgender Regulations Falls Short of Its Intended Purpose of Promoting Fairness in Sport and Competition”, *Capital University Law Review*, 47, pp. 789-816.
- SHIN, PATRICK (2017). “Sex and Gender Segregation in Competitive Sport: Internal and External Normative Perspectives”, *Law and Contemporary Problems*, 80(4), pp. 47-61.
- ŠTRKALJ, GORAN/PATHER, NALINI (2020). “Beyond the Sex Binary: Toward the Inclusive Anatomical Sciences Education”, *Anatomical Sciences Education*, Viewpoint Commentary, pp.1-6.

- SUDAI, MAAYAN (2017). “The Testosterone Rule – Constructing Fairness in Professional Sport”, *Journal of Law and the Biosciences*, 4(1), pp. 181-193.
- SWIM ENGLAND (2022). *Transgender & Non-Binary Competition Policy*, disponível em <https://www.swimming.org/swimengland/swim-england-transgender-non-binary-competition-policy/> (consultado a 01/03/2024)
- SUTHERLAND, MICHELLE A. B./ WASSERSUG, RICHARD J./ROSENBERG, KAREN R. (2017). “From Transsexuals to Transhumans in Elite Athletics: The Implications of Osteology (and Other Issues) in Leveling the Playing Field” in AA.VV. (Eds. Eric Anderson/Ann Travers), *Transgender Athletes in Competitive Sport*, Routledge, Londres e Nova Iorque, pp. 173-193.
- TOBLER, CHRISTA (2008). *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxemburgo.
- UCI – UNION CYCLISTE INTERNATIONALE (2023). *Eligibility Regulations for Transgender Athletes*, disponível em <https://www.uci.org/transgender-athletes/4c14yVCbPNB8bpZJaMpQCI> (consultado a 01/03/2024).
- VAL ARNAL, J. JESÚS DE (2007). “La Argumentación Razonable por la Empresa en la Extinción del Contrato de Trabajo de un Transexual: El Error en la Persona; La Defensa del Trabajador: Discriminación por Razón de Sexo”, *Aranzadi Social*, n.º 2, pp. 2746-2755.
- VENTURA, VICTOR HUGO (2023). *O Regime do Contrato de Trabalho do Praticante Desportivo*, Almedina, Coimbra.
- VICENTE, JOANA NUNES (2023). “Formação do Contrato de Trabalho” in AAVV, *Direito do Trabalho: Relação Individual*, 2.ª edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, pp. 379-450.
- VILAIN, ERIC/OSPINA-BETANCURT, JONATHAN/BUENO-GUERRA, NEREIDA/MARTINEZ-PATIÑO, MARIA JOSÉ (2017). “Transgender Athletes in Elite Sport Competitions: Equity and Inclusivity” in AA.VV. (Eds. Eric Anderson/Ann Travers), *Transgender Athletes in Competitive Sport*, Routledge, Londres e Nova Iorque, pp. 156-170.
- WALKER, MICHAEL/NADJIA ZYCHOWICZ (2023). “Trans Participation in Rugby: An Unlawful Exclusion?”, *New Law Journal*, issue 8014, pp. 7-8

WINDHOLZ, ERIC. L. (2020). “Transgender and Intersex Athletes, Professional Sport and the Duty to Ensure Worker Health and Safety: Challenges and Opportunities”. *Adelaide Law Review*, 41(2), pp. 597-623.

WORLD AQUATICS (2022). *Policy on Eligibility for the Men’s and Women’s Competition Categories*, disponível em <https://resources.fina.org/fina/document/2023/03/27/dbc3381c-91e9-4ea4-a743-84c8b06debef/Policy-on-Eligibility-for-the-Men-s-and-Women-s-Competition-Categories-Version-on-2023.03.24.pdf> (consultado a 01/03/2024).

WORLD ATHLETICS (2023a). *Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes with Differences of Sex Development)*, disponível em <https://worldathletics.org/about-iaaf/documents/book-of-rules> (consultado a 01/03/2024).

WORLD ATHLETICS (2023b). *Eligibility Regulations for Transgender Athletes*, disponível em <https://worldathletics.org/about-iaaf/documents/book-of-rules> (consultado a 01/03/2024).

XENIDIS, RAPHAËLE (2019). “Multiple Discrimination in EU Anti-Discrimination Law: Towards Redressing Complex Inequality?” in (Eds. Uladzislau Belavusau/Kristin Henrard), *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*, Hart Publishing, Oxford, pp. 41-74.

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA

I. Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Primeira Secção), de 08 de janeiro de 2009, Caso Schlumpf v. Suíça, reclamação n.º 29002/06, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-90476%22%5D%7D>.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Quarta Secção), de 15 de janeiro de 2013, Caso Eweida e outros v. Reino Unido, reclamações n.ºs 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-115881%22%5D%7D>.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Terceira Secção), de 11 de julho de 2023, Caso Semenya v. Suíça, reclamação n.º 10934/21, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-226011%22%5D%7D>.

II. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de maio de 1986, Caso Bilka, Proc. 170/84, ECLI:EU:C:1986:204, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0170>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30 de abril de 1996, Caso P. v. S., Proc. C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61994CJ0013>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de outubro de 1999, Caso Sirdar, Proc. C-273/97, ECLI:EU:C:1999:523, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:61997CJ0273>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 07 de Janeiro de 2004, Caso K.B. v. *NHS Pensions Agency*, Proc. C-117/01, ECLI:EU:C:2004:7, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62001CJ0117&qid=1711899165989>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 01 de fevereiro de 2005, Caso Comissão v. Áustria, Proc. C-203/03, ECLI:EU:C:2005:76, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62003CJ0203>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 27 de abril de 2006, Caso Richards v. *Secretary of State for Work and Pensions*, Proc. C-423/04, ECLI:EU:C:2006:256, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62004CJ0423>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 17 de julho de 2008, Caso Coleman, Processo C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62006CJ0303>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de março de 2017, Caso Bougnaoui, Proc. C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0188&qid=1711895047715>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 18 de outubro de 2017, Caso Kalliri, Proc. C-409/16, ECLI:EU:C:2017:767, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0409>.

III. Jurisprudência do Tribunal Arbitral do Desporto

Acórdão do Tribunal Arbitral do Desporto, de 24 de julho de 2015, 2014/A/3759, Caso Dutee Chand, disponível em <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3759-PA.pdf>.

Acórdão do Tribunal Arbitral do Desporto, de 30 de abril de 2019, 2018/O/5794, Caso Mokgadi Caster Semenya, disponível em https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Award_-_redacted_-_Semenya_ASA_IAAF.pdf.

IV. Jurisprudência nacional

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Nova Iorque, de 16 de agosto de 1977, Richards v. *United States Tennis Association*, 93 Misc. 2d 713, 400 N.Y.S.2d 267 (N.Y. Sup. Ct. 1977), disponível em <https://casetext.com/case/richards-v-us-tennis-assn>.

Acórdão do Supremo Tribunal dos EUA, de 1 de maio de 1989, Price Waterhouse v. Hopkins, 1989, 490 U.S. 228, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/490/228/>.

Acórdão do Tribunal de Recurso do Nono Circuito dos EUA, de 16 de julho de 2001, Nichols v. *Azteca Restaurant Entreprises Inc*, 256 F.3d 864 (9th Cir. 2001), disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/256/864/526495/>.

Acórdão do Tribunal Distrital dos Estados Unidos Distrito Leste de Luisiana, de 16 de setembro de 2002, *Oiler v. Winn-Dixie La., Inc.*, *Civil Action* n.º 00-3114, disponível em <https://casetext.com/case/oiler-v-winn-dixie-louisiana-inc>.

Acórdão do Tribunal de Recurso do Sexto Circuito dos EUA, de 5 de agosto de 2004, *Smith v. City of Salem*, 378 F.3d 566 (6th Cir. 2004), disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/378/566/592872/>.

Acórdão do *Verwaltungsgericht Frankfurt am Main*, de 03 de dezembro de 2007, Proc. E 5697/06, disponível em <https://openjur.de/u/299612.html>.

Acórdão do Tribunal Distrital dos Estados Unidos, Distrito de Columbia, de 19 de setembro de 2008, *Diane J. Schroer v. J. H. Billington*, *Civil Action* n.º 05-1090, 577 F. Supp. 2d 293 (D.D.C. 2008), disponível em <https://www.aclu.org/cases/schroer-v-library-congress?document=schroer-v-library-congress-decision#legal-documents>.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal Suíço, de 25 de agosto de 2020, Proc. 4A_248/2019, disponível em https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F25-08-2020-4A_248-2019&lang=de&type=show_document&zoom=YES&.