

Volumen II

Autores

Esther Carrizosa Prieto
David Gutiérrez Colominas
Maiedah Jalil Naji
Olga García Coca
María Regina Redinha
Milena Rouxinol
Filipe Ramos De Sousa
Isabel Vieira Borges
Eduardo Castro Marques
María Teresa Igartua Miró
Isabel Odoul-Asorey
Elina Eunice Montechiari Pietrani
José Sánchez Pérez
Silvia Fernández Martínez
Edurne Terradillos Ormaetxea
Manuel García Muñoz
Rafael Moll Noguera

Lourdes Mella Méndez (directora)
Silvia Fernández Martínez (coordinadora)

Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo

Cambios sociales y nuevos retos para la igualdad
y la salud: España, Portugal, Francia, Italia, Brasil

Volumen II

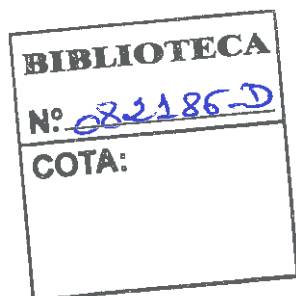


PETER LANG

Bern · Bruxelles · Frankfurt am Main · New York · Oxford · Warszawa · Wien

Bibliographic information published by die Deutsche Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data is available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>.

Library of Congress Control Number: 2017943759.



Esta publicación ha sido revisada por pares.

ISBN 978-3-0343-2840-1 pb. ISBN 978-3-0343-2848-7 eBook
ISBN 978-3-0343-2850-0 MOBI ISBN 978-3-0343-2849-4 EPUB
DOI 10.3726/b10968

© Peter Lang AG, International Academic Publishers, Bern 2017
Wabernstrasse 40, CH-3007 Bern, Switzerland
bern@peterlang.com, www.peterlang.com

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia, o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

Impreso en Suiza



Proceso de evaluación de los trabajos para garantizar la calidad de la publicación

Los trabajos publicados en este libro han sido sometidos a un doble proceso de evaluación y selección en atención a criterios científicos y técnicos de calidad. La revisión académica se realizó por el sistema del doble ciego. En una primera fase, la evaluación correspondió a una Comisión Internacional formada por los siguientes miembros:

Por ITALIA:

- Prof. Michele Tiraboschi. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Módena y Reggio Emilia
- Prof. Giuliano Cazzola. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad eCampus

Por FRANCIA:

- Prof^a Nicole Maggi-Germain. Maître de conférences en Droit social, Universidad Paris 1, Panthéon Sorbonne, Institut des Sciences Sociales du Travail

Por PORTUGAL:

- Prof^a Catarina Carvalho. Professora Auxiliar. Doctora en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Porto
- Prof^a Teresa Coelho Moreira. Professora Auxiliar. Doctora en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Minho

Por AMÉRICA LATINA (URUGUAY, CHILE, ARGENTINA y BRASIL):

- Prof. Juan Raso Delgue. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Uruguay
- Prof. Francisco Tapia Guerrero. Profesor de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile
- Prof^a Eleonora Peliza. Juez de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires. Doctora en Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derechos Humanos por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Profesora Titular en la Maestría de Derecho del Trabajo en la UNTREF y Profesora Adjunta en la UCA, UM. Argentina
- Prof. Rodrigo García Schwarz. Profesor Doctor de Derecho del Trabajo de la Universidad del Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Juiz Titular de Vara do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região (TRT02). Brasil

Por ESPAÑA:

- Prof. Javier Gárate Castro. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela
- Prof. José Luis Monereo Pérez. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
- Prof. Eduardo Rojo Torrecilla. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona
- Prof^a Cristina Sánchez-Rodas Navarro. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

En una segunda fase, la Editorial Peter Lang realizó una evaluación por criterios temáticos y técnicos.

Índice

SILVIA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ LOURDES MELLA MÉNDEZ Prólogo	11
--------------------------------------------------------------------	----

Parte I: Cambios sociales y protección de la igualdad y no discriminación

ESTHER CARRIZOSA PRIETO La gestión de la diversidad funcional en la empresa. La discapacidad, la enfermedad y los trabajadores de edad avanzada	19
DAVID GUTIÉRREZ COLOMINAS La discriminación en el acceso al empleo de los trabajadores de edad. Reflexiones a propósito del papel de la intermediación laboral	53
MAIEDAH JALIL NAJI La diversidad religiosa en el ámbito laboral. Problemas y soluciones	79
OLGA GARCÍA COCA Vestigios digitales, protección de datos y discriminación. Construyendo la política de privacidad de la empresa	113
EDUARDO CASTRO MARQUES O crime de assédio moral: futuro ou realidade? Reflexos da Convenção de Istambul	145
MARIA REGINA REDINHA A dimensão igualitária no trabalho digno	175

MILENA ROUXINOL Discriminação em razão da identidade de género (em contexto laboral)	187
FILIFE RAMOS DE SOUSA A licença de maternidade no caso de gestação de substituição – uma perspetiva do direito da união europeia e respetivos impactos no ordenamento jurídico português	217
ISABEL VIEIRA BORGES Assédio e assédio moral no Código do Trabalho	243

Parte II: Cambios sociales y protección de la salud

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ Cambios en el mundo del trabajo y nuevos modelos de Seguridad y Salud	277
ISABEL ODOUL-ASOREY La protection juridique de la santé des travailleurs à l'épreuve des formes d'organisation du travail impliquant les TIC, l'exemple du télétravail	311
ELINA EUNICE MONTECHIARI PIETRANI A terceirização e as novas relações de trabalho: uma visão psicossocial	335
JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ Las enfermedades vinculadas a los riesgos psicosociales y sus efectos en el contrato de trabajo	359
SILVIA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ Los límites de la tutela ofrecida por la normativa de Seguridad y Salud a los trabajadores con enfermedades crónicas	379

EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA El despido basado en la discapacidad de los trabajadores con enfermedades crónicas: el ejemplo del VIH/Sida	407
MANUEL GARCÍA MUÑOZ La progresiva evolución de la contingencia de jubilación a la de vejez: consecuencias en el equilibrio entre la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y el reparto del empleo	437
RAFAEL MOLL NOGUERA La Renta Básica en el actual modelo de relaciones laborales	465

MILENA ROUXINOL¹

Professora Auxiliar. Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa. Portugal

Discriminação em razão da identidade de género (em contexto laboral)

Resumo: Reconhecida a indefinição conceitual que acompanha o princípio da não discriminação, parece certo que, enquanto vai procurando densificar-se e alicerçar-se no horizonte jurídico, aquele princípio vai, outrossim, enfrentando novos desafios, designadamente os advinentes da identificação, na prática, de fatores de diferenciação distintos dos *tradicionais*, mas tidos, à luz da elementar ideia de dignidade, como inaceitáveis. Será o caso da discriminação em razão da identidade de género. O trabalho que se segue constitui uma reflexão acerca deste (novo) rosto do princípio da não discriminação. Procurar-se-á, antes de mais, definir o nuclear conceito de identidade de género e, concomitantemente, distinguir este fenómeno discriminatório do da discriminação em razão do género *tout court*. Pretende-se igualmente discernir qual será o elemento comparador (*comparator*), neste domínio e, por último, refletir sobre como pode enquadrar-se um comportamento discriminatório assente na identidade de género em sistemas que não preveem tal fator entre os motivos de discriminação proibida, bem como sobre o alcance do reconhecimento normativo desse mesmo fator, reconhecimento que ocorreu no ordenamento jurídico português com a Lei n.º 28/2015, de 14 de abril.

Palavras-chave: discriminação; identidade de género; sexo; género; previsão legal.

Introdução

Num estudo recente, que sobressai pelo tom coloquial, por vezes prosaico, mas curiosamente expressivo do autor², as primeiras linhas são dedicadas

- 1 Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa. Investigadora do Centro de Estudos e Investigação em Direito/*Católica Research Centre for the Future of Law* (Universidade Católica Portuguesa).
- 2 Michael, J., "Note and comment: our own words – the importance of enumerated anti-discrimination projections for gender identity in employment law", *University of La Verne Law Review*, 2012, n. 34, pp. 89-112.

a explicar o que, de essencial, importa compreender acerca do problema da discriminação em razão da identidade de género:

Muitas pessoas sentem-se confortáveis com o seu género e com o papel que, em função desse género, lhes foi associado à nascença, e pensam muito pouco na sua identidade de género. Na verdade, muitas pessoas não têm noção da diferença entre o género e o sexo biológico nem de que tais categorias não obedecem, realmente, a uma lógica binária. E, porém, essas concepções binárias dominam o mundo. Quando uma criança nasce, a primeira pergunta é, quase sempre: “É menino ou menina?” (...). Onde se encaixam as pessoas que transitaram ou estão a transitar de um sexo para o outro? Onde se encaixam as que não se enquadram em nenhuma das zonas tradicionalmente vistas como feminina e masculina?³.

O excerto ora citado chama a atenção, em primeiro lugar, para a distinção entre sexo e género, que, não sendo desconhecida noutros quadrantes —mormente, como é óbvio, no âmbito dos estudos sobre a discriminação assente nesse(s) fator(es)—, se torna imperiosa quando se conceptualiza a discriminação em razão da identidade de género. Toca, por outro lado, num aspeto que talvez deva ver-se como o *punctum crucis* da questão em análise: o facto de a sociedade assentar na compreensão binária da Humanidade. O mundo é constituído por homens e mulheres, que se distinguem em razão de um conjunto de características biológicas e comportamentais — eis o pressuposto de compreensão do que nos rodeia, uma asserção com o carácter de verdadeiro axioma civilizacional, aliás, como se sabe, com raízes bíblicas⁴. O Direito reflete, certamente, esta consciência binária. De resto, “a masculinidade e a feminilidade surgem como conceitos naturalmente auto-definidos, em termos tais que inexiste uma definição de sexo, mesmo em instrumentos internacionais”⁵.

No entanto, porque cabe ao Direito, primacialmente, a tutela da dignidade e da liberdade humanas, importará, por certo, criar espaços de integração das pessoas que, efetivamente, “não encaixam” naquele esquema binário. Não se trata, evidentemente, de negar a dicotomia biológica que separa o

3 Pp. 89 e 90. Tradução livre, da nossa responsabilidade.

4 Borrillo, D., “Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes?”, *Equality and justice – sexual orientation and gender identity in the XXI century* (Udine 2011), Forum – Editrice Universitaria Udinese, pp. 41-51 [43].

5 Schuster, A., “Gender and beyond: disaggregating legal categories”, AA.VV. (coordenação de Alexander Schuster), *Equality and justice – sexual orientation and gender identity in the XXI century* (Udine, 2011), Forum – Editrice Universitaria Udinese, pp. 21-39 [25]. Tradução livre, da nossa responsabilidade.

sexo masculino do feminino; trata-se, sim, o que não contende com essa evidência biológica, de esbater, se não de desconstruir, a associação a cada um dos sexos de um específico modo de ser, de um género⁶. A percepção da existência de pessoas que extravasam da *arrumação* binária a que se aludiu e da segregação que vivenciam torna clara, pelo menos, a conveniência da respetiva *categorização*, isto é, no que importa ao Direito Antidiscriminação, a sua associação num grupo a que se reconhece uma característica distintiva que é, tipicamente, causadora de uma mais ou menos vincada hostilização social, ou, pelo menos, de um tratamento diferenciado, em igualdade de circunstâncias com indivíduos que não partilham daquela característica.

A verdade é que, como veremos, tal recorte conceptual ainda não se logrou na generalidade dos sistemas jurídicos, nem o refletem os mais relevantes instrumentos normativos internacionais e regionais no âmbito do Direito Antidiscriminação. Neste cenário, enquanto a realidade vai exercendo, de forma mais ou menos vincada, a sua força constringente —será difícil, ante os dados estatísticos revelados⁷, negar que se trata de um grupo social alvo de tratamento de desfavor, em diversos domínios—, ocasional-

6 *Idem*, p. 28.

7 Na União Europeia, feito um inquérito nos diversos países, 37 % dos transexuais revelaram sentir-se discriminados por esse motivo quando procuravam um emprego e 27 % referiram situações de discriminação no trabalho. Veja-se FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, *Ser trans na UE – análise comparativa dos dados do inquérito LGBT europeu (resumo)*, 2014, pp. 3 e ss. (disponível em <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary_pt.pdf>). Veja-se, ainda, para maiores desenvolvimentos, FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, *Being trans in the European Union – comparative analysis of EU LGBT survey data*, 2014 (disponível em <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-being-trans-eu-comparative_en.pdf>). Referências a iniciativas pontuais voltadas para a inclusão e permanência dos transexuais no mercado de trabalho podem ver-se em Council of Europe, *Compendium of good practices on local and regional level policies to combat discrimination on the grounds of sexual orientation and gender identity*, 2016, pp. 28 e 29 (pode consultar-se em <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806942c5>>). Nos Estados Unidos da América, 90 % dos transexuais mencionaram já ter sentido atos de assédio, ou tratamentos de desfavor no emprego, ou ter tido necessidade de esconder a sua condição para o evitar. Cfr. Grant, Jaime M./Mottet, Lisa A. / Tanis, Justin, *Injustice at every turn: a report of the national transgender discrimination survey*, 2011, The National Gay and Lesbian Task Force e The National Centre for Transgender Equality, 2011, p. 3 (disponível em <http://www.thetaskforce.org/static_html/downloads/reports/reports/ntds_full.pdf>). Cfr. ainda, Lee, J., “Lost in transition:

mente amplificada por manifestações sociais⁸, tem-se verificado, ainda que em termos diversos, certa tendência para enquadrar a identidade de género noutros fatores de discriminação, nomeadamente o sexo/género, ou na previsão residual —outros fatores—, em sistemas dotados dessa abertura⁹. Tais formas de enquadramento revelam, no entanto, alguma fragilidade, como a doutrina vem apontando, o que, do mesmo passo, evidencia as vantagens práticas e dogmáticas da consagração expressa da identidade de género entre os fatores de discriminação proibida.

O texto que se segue percorrerá os pontos de análise ora referidos, privilegiando o domínio laboral, a que se referirá em particular.

I. Clarificação terminológico-conceptual – a identidade de género

O género pode definir-se como o conjunto de comportamentos e atitudes socialmente associados a determinado sexo, tal como biologicamente definido¹⁰. Sendo o sexo um elemento biológico, dependente da composição cromossómica do indivíduo, o género é, diferentemente, uma construção

the challenges of remedying transgender employment discrimination under Title VII, *Harvard Journal of Law & Gender*, 2012, vol. 35, n. 2, pp. 424-461 [424 e 425].

Cfr. Mestre, B., “Transgender discrimination as sex discrimination: a contextual and comparative analysis of European and American Courts’ case law” *Equality and justice – sexual orientation and gender identity in the XXI century*, Forum – Editrice Universitaria Udinese, Udine, 2011, pp. 191-204 [191].

8 Nos Estados Unidos da América, registaram-se diversos movimentos das minorias transexuais em vista da inclusão da identidade de género entre os fatores de discriminação expressamente reconhecidos no *Employment Non-Discrimination Act (ENDA)*. Cfr. entre outros, Lee, J., *op. cit.*, p. 425 e 426.

9 Foi essa a posição sustentada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *P. V. vs. Espanha* (reclamação n. 35159/09, de 30 de novembro). O Tribunal apelou ao artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que prescreve uma proibição de tratamento discriminatório, obviamente não apenas em contexto laboral, assente numa lista aberta de fatores (o Acórdão pode ser consultado em <<http://www.tgeu.org/sites/default/files/Chamber%20Judgment%20P.V.%20v.%20Spain%2030.11.2010%5B1%5D.pdf>>).

10 Michael, J., *op. cit.*, p. 90, e Bell, M., “Evolutions in antidiscrimination Law in Europe and North America: gender identity and sexual orientation: alternative pathways in

social, naturalmente permeável a variáveis espaço-temporais, mas passível de se perspetivar como um estereótipo. Existindo dois distintos sexos biológicos, este estereótipo desenvolveu-se, como já referido, com uma configuração binária: existiriam dois modelos de comportamento, o feminino e o masculino, correspondendo, cada qual, a um dos dois sexos.

A identidade de género corresponde à visão que a própria pessoa assume e pretende assumida também pela sociedade acerca do seu género, percepção que pode corresponder ou não ao sexo biológico de nascença. Na verdade, não é forçoso que o género com que a pessoa em causa se identifica e através do qual deseja exprimir-se socialmente equivalha ao masculino, ou ao feminino, bem podendo corresponder a uma combinação entre ambos ou, porventura, a nenhum. À identidade de género associa-se a expressão de género, a postura comportamental —vestuário, forma de expressão, maneirismos— assumida por uma pessoa na interação social e determinada, pois, pela forma como ela pretende ser vista pelos sujeitos com quem se relaciona. Embora, usualmente, a expressão seja uma face da identidade de género, é concebível que uma pessoa tenha uma determinada percepção do seu género, internamente, mas exteriorize um padrão de comportamento não correspondente a esse sentimento¹¹.

EU equality Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 2012, vol. 60, n. 1, pp. 127-146 [136], ou ainda Mestre, B., *op. cit.*, p. 192.

Alguma doutrina sublinha que, na verdade, não obstante a fluidez terminológica que, frequentemente, se verifica, desde logo por, muitas vezes, se entender a expressão género como um outro modo, porventura politicamente mais polido, de aludir ao sexo, a discriminação dita em razão do sexo é-o, na maior parte dos casos (diríamos: exceto naqueles em que o tratamento diferenciado se deve à gravidez, puerpério e amamentação) bem vistas as coisas, em razão do género. Veja-se a sugestiva explicação de Turner, Ilona, “Sex Stereotyping Per Se: Transgender Employees and Title VII”, *California Law Review*, 2007, n. 95, 2, pp. 561-596 [565]: “quando um empregador demonstra preferência por contratar homens, a discriminação não se deve, presumivelmente, às distintas capacidades entre pessoas com ovários e pessoas com testículos, mas nos estereótipos acerca das aptidões e interesses das mulheres. Quando um empregador fixa um plano de licenças familiares mais generoso para as mulheres do que para os homens, a discriminação não assenta em qualquer imperativo biológico segundo o qual as mães (e não os pais) devam passar tempo com os seus filhos, mas no estereótipo acerca da distribuição das responsabilidades parentais entre mulheres e homens” (tradução livre, da nossa responsabilidade). Veja-se, ainda, Schuster, Alexander, *op. cit.*, *passim* (*maxime* p. 27 e pp. 31 e ss.).

11 Michael, J., *op. cit.*, p. 94.

Assim se define a identidade de género em Yogyakarta Principles – principles on the application of international human rights Law in relation to sexual orientation and

A transexualidade é o fenómeno que traduz a dissonância entre o sexo biológico definido à nascença e o género assumido, interna e/ou externamente, por um sujeito. Tem sido vista como um *conceito guarda-chuva* (*umbrella term*), capaz de albergar uma larga panóplia de diversas situações: submissão a intervenções, cirúrgicas ou não (v. g., tratamentos hormonais), de redesignação sexual —estando abrangidos os casos em que a transformação está concluída e aqueles em que está ainda em curso—, utilização de um nome próprio do sexo oposto ao biológico, referência a si mesmo/a através de pronomes ajustados a esse sexo oposto, adoção de aparência dissonante do sexo de origem, etc. Importa notar que a assunção destes comportamentos não tem de se verificar em todos os domínios da vida social. Pode suceder, por exemplo, que, na vida profissional, a pessoa assuma uma identidade correspondente ao seu sexo biológico de nascença, mas já se exprima de forma diferente em contextos recreativos^{12,13}. Para lá da variabilidade terminológica que ainda se verifica neste domínio —por exemplo, reserva-se, por vezes, o termo *transexual* para identificar as pessoas que passaram ou estão a passar por um processo de redesignação sexual, usando-se a expressão pessoa *transgénero* (ou *trans*) para englobar todas as categorias anteriormente mencionadas¹⁴—, importa também notar que não é segura a inclusão de certos grupos na categoria *transexualidade*. Referimo-nos, nomeadamente, ao caso das pessoas designadas como

gender identity (o document pode ver-se em <http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf>).

- 12 Michael, Jo, *loc. ult. cit.*, Bell, M., *op. cit.*, p. 134, e FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, Protection against discrimination on grounds of sexual orientation, gender identity and sex characteristics in the EU – comparative legal analysis (update 2015), 2015, p. 15. Veja-se, ainda, Val Arnal, J. J., “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*, 2007, n. 2, pp. 2746-2755 [2746 e 2747]. Este Autor sublinha que, contrariamente ao que poderia pensar-se, a cirurgia de redesignação não resolve todos os problemas sentidos pelo transexual, apenas lhe possibilita uma conduta sexual consonante com a sua identidade psicológica.
- 13 Cabe evidenciar o seguinte: não será transgénero a pessoa que deseja assumir papéis usualmente —estereotipicamente— associados às pessoas do sexo oposto. Trata-se, diferentemente, das pessoas que se identificam internamente e/ou desejam ser reconhecidas como sujeitos com identidade distinta da que se associaria ao seu sexo biológico. Veja-se Mestre, B., *op. cit.*, p. 193.
- 14 FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, *loc. ult. cit.*

inter-sexo, isto é, as que nascem com órgãos genitais de ambos os sexos¹⁵ e também ao dos indivíduos que, embora não apresentem qualquer dissonância entre o sexo biológico e o género que assumem, possuem características que não correspondem às geralmente associadas ao sexo a que pertencem (pense-se numa mulher com um timbre de voz masculino, ou vice-versa)¹⁶.

Tem-se assinalado, recentemente, a tendência para a *despatologização* institucional —desde logo, mas não apenas, no âmbito da Organização Mundial de Saúde, com o apoio da União Europeia— da transexualidade¹⁷, o que, para lá da repercussão que pode produzir no domínio do acesso a tratamentos, invasivos ou não, de redefinição sexual, pode assumir um importante impacto social. Com efeito, a compreensão da transexualidade como uma doença é apta a produzir um perverso efeito estigmatizante. Tal recompreensão da transexualidade não deve, no entanto, conduzir à conclusão de se trata de uma escolha superficial, circunstancial e contingente, que o sujeito em causa possa e deva abster-se de assumir, não sendo legítimo aspirar a qualquer protecção contra diferenciações que não ocorreriam se a opção comportamental fosse distinta. Está em causa um comportamento inequivocamente reconduzível aos concebidos como opções *fundamentais*, verdadeiro prolongamento da essência da personalidade humana e, por conseguinte, inextrincável da liberdade de desenvolvimento dessa personalidade e, em última análise, da dignidade pessoal¹⁸. Esta advertência cobra especial interesse quando se pensa em orientações como a de certa jurisprudência americana, que, como melhor veremos, perspectiva

15 A European Union Agency for Fundamental Rights refere-se-lhes separadamente. *op. cit.*, p. 15, nota 3 e p. 69 e ss.

16 Bell, M., *op. cit.*, p. 134.

17 FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, “Protection against discrimination...”, *cit.*, pp. 16 e ss.

18 Neste sentido, pode comparar-se, por exemplo, à liberdade religiosa. Nesta linha, será curioso recordar que, no caso *Eweida e outros vs. Reino Unido* (reclamações n.ºs 48420/10, 36516/10, 51671/10 e 59842/10; acórdão de 15 de janeiro de 2013; disponível em <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115881&%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-115881%22%5D%7D#{"itemid":\["001-115881"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115881&%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-115881%22%5D%7D#{) >), o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou tendencialmente irrelevante que o uso de um símbolo religioso constituísse uma obrigação imposta pela religião professada ou, diferentemente, uma mera opção da pessoa crente (como sucederia com o uso de um crucifixo, no caso de uma pessoa católica). Sobre o caso, Sousa Machado, S., “Quando fé e trabalho não se compatibilizam – comentário ao acórdão *Eweida e outros vs. Reino Unido* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *Vinte anos de Questões Laborais* (n. 42) (Coimbra, 2013), Coimbra Editora, pp. 675-688.

a autodeterminação da imagem como uma liberdade que deve, em princípio, ceder ante exigências da entidade empregadora que se saldem na sua compressão — quer se associe a um modo de expressão da identidade de género, quer não. Noutros termos, regras empresariais reconduzíveis a estereótipos de género, como a de que os homens não possam ter cabelos longos, embora as mulheres estejam autorizadas a tal, ou a de que as mulheres usem maquilhagem, embora tal se vede aos homens, são legítimas, a não ser que contendam com direitos fundamentais (como o de casar ou o de ter filhos) ou com características imutáveis¹⁹.

II. A identidade de género no Direito Antidiscriminação — experiências e perspectivas

Como se assinalou anteriormente, não se encontra generalizado o reconhecimento expresso da identidade de género entre os fatores de discriminação proibida. Na União Europeia, apenas uma minoria de Estados-Membros incluiu esse fator nas respetivas legislações — de forma inequívoca —: Bélgica, Croácia, Hungria, Malta, Reino Unido e Portugal²⁰. Quanto a Portugal,

19 Veja-se Clements, A., “Sexual orientation, gender nonconformity, and trait-based discrimination: cautionary tales from title VII and an argument for inclusion”, *Berkeley Journal of Gender, Law and Justice*, 2009, n. 24, pp. 166-207 [180 e ss.]. Os exemplos utilizados no texto são referidos pela autora, que os colhe na jurisprudência americana. Voltaremos ao ponto, com maiores desenvolvimentos.

A Autora dá ainda nota de tendência similar no domínio da discriminação em função da raça e etnia, descortinando-se na jurisprudência americana decisões em que se afastou o enquadramento na discriminação em razão desse fator de diferenciações assentes no facto de o sujeito visado adotar uma imagem (penteado, no caso relatado pela Autora) cara ao grupo racial em causa e socialmente visto como forma de expressão desse grupo (pp. 173 e 174). Trata-se do caso *Renee Rogers vs. American Airlines, Inc.*; D.C.N.Y, 1981, 527 F. Supp. 229, disponível em <<http://faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Rogers.pdf>>.

A respeito da identidade de género, Clements, A. sublinha, justamente, a importância de mudar a conceção dominante segundo a qual a *desconformidade* de género não é mais do que uma questão de preferência pessoal voluntária (pp. 195 e ss.).

20 Cfr. FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, *Protection against discrimination*, cit., pp. 8 e 28 e ss.. O estudo revela ainda que, em dez Estados, a pro-

a identidade de género foi inscrita nos fatores discriminatórios previstos no artigo 24.º do Código do Trabalho pela Lei n.º 28/2015, de 14 de Abril.

Dir-se-ia que a ausência desta previsão não implicaria consequências de monta sempre que, em alternativa, a protecção da categoria social em causa se obtivesse por via da respetiva recondução ou a outro fator, com consagração normativa expressa, como o sexo/género, ou, no caso de sistemas assentes num elenco aberto de fatores, no apelo a essa mesma abertura, que convoca o genérico princípio da igualdade e da não discriminação, ou à categoria residual *outros motivos*. Pensamos, porém, que, para lá do valor simbólico — marca de progresso social e jurídico — da menção expressa à identidade de género nas zonas normativas antidiscriminação, tal previsão apresenta vantagens práticas e dogmáticas não despiciendas, porquanto incita ao estudo da categoria em causa e, por conseguinte, à (re)definição das suas fronteiras, bem como à identificação das especificidades porventura implicadas pela respetiva tutela — quais, afinal, os sujeitos a proteger sob a proibição da discriminação em razão da identidade de género?²¹; e esse imperativo de não discriminação bastar-se-á com a abstenção de tratamentos diferenciados, ou suporá medidas de ação positiva incidentes sobre a categoria em causa?

Julgamos, na verdade, que as mais conhecidas experiências jurisdicionais representativas da recondução da identidade de género a outro fator de discriminação, em vez da sua consideração autónoma — a da jurisprudência americana e a do Tribunal de Justiça (da União Europeia) — revelam

teção desta categoria se enquadra na discriminação em função do sexo e em nove o fator de protecção pertinente é incerto.

Nos Estados Unidos da América, apenas em 2009 se logrou a referência expressa à identidade de género no *Employment Non-Discrimination Act*. A doutrina dá nota da timidez, a este nível, da legislação de cada Estado. Cfr. Michael, J., *op. cit.*, p. 106.

21 Se pensarmos, designadamente, no relevo da identificação do comparador (“*comparator*”) — o sujeito em situação comparável ao qual é, tenha sido, ou venha a ser dado tratamento distinto do reservado para o indivíduo alvo de discriminação negativa — em casos de discriminação, podendo tal indicação influenciar fortemente a decisão judicial do caso (por todos, Mestre, B., “Comparators and Indirect Discrimination: An Illustration of the Difficulties (Waltraud Brachner Pensionsversicherungsanstalt, ECJ (Fourth Chamber), Judgment of 20 October 2011, C-123/10)”, *European Law Review*, 2011, n. 12, pp. 372-379, e, do mesmo autor, “Transgender discrimination...”, *cit.*, pp. 201 e ss.) e se, paralelamente, compreendermos que tal referente — o *outro* — não pode conhecer-se senão por contraste com o grupo social a que pertence o sujeito cuja tutela esteja em causa, conclui-se, de facto, pelo relevo do estudo da identidade de género enquanto autónomo facto de discriminação.

fragilidades que põem em evidência a expectável bondade da consagração expressa daquele específico fundamento discriminatório.

1. O caso americano

Nos Estados Unidos, uma das decisões mais usualmente referidas a propósito da identidade de género será a respeitante ao caso *Price Waterhouse vs. Hopkins*²², que costuma identificar-se como marco da reversão da anterior jurisprudência neste domínio²³. No caso, foi vedada a Ann Hopkins uma importante promoção profissional, numa empresa em que o número de homens era significativamente superior ao de mulheres. A razão invocada foi a de que Hopkins não seria “suficientemente feminina”, tendo mesmo sido aconselhada a “take courses in charm school”, a andar de forma mais feminina, cuidar do penteado e usar acessórios femininos. Tendo a decisão sido impugnada judicialmente, com fundamento em discriminação em função do sexo, o tribunal decidiu favoravelmente a Hopkins, argumentando que tal fator discriminatório deveria entender-se como protegendo também contra o estereótipo sexual (*sex stereotyping*), isto é, como abrangendo os casos de discriminação devida ao facto de o visado apresentar características físicas, psicológicas ou comportamentais díssonantes do padrão de género —do estereótipo— correspondente ao respectivo sexo biológico. Note-se que o caso não respeita, propriamente, a um problema de transexualidade: Hopkins era uma mulher, do ponto de vista biológico e assim se identificava. Simplesmente, a teoria que sustenta a decisão

22 Decisão de 1 de maio de 1989, 490 U.S. 228. O aresto pode ser consultado em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/490/228/case.html>>.

23 Por exemplo, Mestre, B., “Transgender discrimination as sex discrimination...”, *cit.*, p. 195, ou Lee, J., *op. cit.*, pp. 429 e ss. [*maxime*, 431 e ss.]
Atendendo ao carácter taxativo do elenco de fatores de discriminação elencados na legislação americana, que não contemplavam a identidade de género, negara-se protecção a um sujeito que havia sido despedido em razão da redesignação sexual a que se submetera (de homem para mulher): juiz considerou que o despedimento não assentara numa discriminação em razão do sexo —fator legalmente previsto— mas devido à *mudança de sexo*, pelo que não poderia enquadrar-se na legislação antidiscriminação (caso *Grossmann v. Bernard’s TWP Board of Education*, de 6 de agosto de 1976, 538 F.2d 319; pode ler-se em <<http://openjurist.org/538/f2d/319/grossman-v-bernards-township-board-of-education>>). A fundamentação foi retomada noutros casos similares.

adotada pelo tribunal —a de que as pessoas não devem ser discriminadas por se desviarem do padrão típico do género associado ao respetivo sexo biológico— permitiria uma nova abordagem da discriminação em função da identidade de género, visto que a identificação com género distinto do correspondente ao sexo biológico constitui, inequivocamente, um desvio ao estereótipo de género socialmente pressuposto.

Seguiram-se outras decisões, que, com apelo, justamente, à doutrina do estereótipo sexual e, conseqüentemente, ao sexo, enquanto fator de discriminação, versaram sobre casos mais propriamente pertencentes ao domínio da identidade de género²⁴. É conhecido o caso *Nichols vs. Azteca Restaurant Enterprises, Inc.*²⁵, em que o tribunal julgou ter existido discriminação de um trabalhador que fora alvo de injúrias ofensivas e humilhantes, com o traço comum de vincar a alegada feminilidade do trabalhador em causa, que era um homem, mas, pretensamente, falava e movimentava-se “como uma mulher”. Nos casos *Schroer vs. Billington*²⁶, e *Smith vs. City of Salem*²⁷, os sujeitos visados —um candidato a emprego cuja candidatura foi rejeitada, no primeiro caso; um trabalhador que veio a ser despedido, no segundo— manifestaram a sua intenção de se submeter a intervenções de redesignação sexual. Considerou-se ter ocorrido discriminação em razão dessa informação e apelou-se, uma vez mais, à teoria do estereótipo de género, por via da qual os casos se integraram no sexo, enquanto fator de discriminação²⁸.

24 Limitamo-nos a casos relacionados com relações laborais. Outros podem ver-se em Lee, J., *op. cit.*, pp. 434 e ss.

25 16 de julho de 2001, 256 F.3d 864. Pode consultar-se em <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/256/864/526495/>>.

26 28 de novembro de 2007, *Civil Action* n. 05-1090 (JR). A decisão pode consultar-se em <<http://www.aele.org/law/2008FPFEB/schroer-billington.html>>.

27 5 de agosto de 2004, 378 F.3d 566. Disponível em <<http://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1164&context=crsj>>. Sobre a relevância do caso, C., M., “Smith v. City of Salem: transgendered jurisprudence and an expanded meaning of sex discrimination under Title VII”, *Harvard Journal of Law & Gender*, vol. 28, pp. 207-215.

28 Refira-se ainda o caso *Barnes v. City of Cincinnati* (22 de março de 2005, 401 F.3d 729; pode consultar-se em <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/401/729/551549/>>), em que, no contexto de avaliação em vista de uma promoção, o trabalhador (polícia) foi confrontado com a observação de que não era suficientemente másculo para tal. Observe-se que estava em curso um processo de redesignação sexual.

Importa ainda referir o caso *Glenn v. Brumby*²⁹, em que uma trabalhadora foi despedida após ter informado o empregador de que era transexual, tendo-se submetido a redesignação sexual para se tornar uma mulher. O tribunal entendeu, uma vez mais, ter ocorrido discriminação e apoiou-se na doutrina do estereótipo sexual.

A menção a este acervo de casos jurisprudenciais faria supor que a construção dogmática que lhes subjaz seria apta a um ajustado enquadramento dos casos de discriminação em razão da identidade de género. Dir-se-ia, com efeito, que a teoria do estereótipo apresenta virtualidades interessantes, sobretudo num sistema de tipo taxativo, como o americano. Apesar do paradoxo de ela própria assentar em estereótipos artificialmente construídos, ela seria apta a travar tratamentos discriminatórios devidos a qualquer comportamento tido como desviante da correspondência sexo feminino/masculino-género feminino/masculino.

A verdade, porém, é que o desenvolvimento e aplicação daquela construção não se mostram isentos de críticas. Pode estranhar-se, desde logo, que a mesma não seja utilizada em casos de discriminação em função da orientação sexual. Com efeito, a heterossexualidade poderia ter-se como um elemento típico e a homossexualidade como um comportamento atípico e, portanto, distante do estereótipo de cada género...³⁰ No que respeita, concretamente, à identidade de género, uma análise mais alargada revela que, também nesse campo, aquela doutrina do estereótipo não tem permitido o apelo ao sexo como fator de discriminação em todas as situações que, porventura, não se autonomizando o fator identidade de género, o justificariam³¹.

Segundo alguma doutrina³², aliás, o caso *Hopkins v. Price Waterhouse* tem sido impropriamente considerado um marco de viragem neste domínio, já que o primordial fundamento da decisão do tribunal teria sido não o mero facto de a trabalhadora em causa apresentar um comportamento alegadamente masculinizado, tendo sido tratada desfavoravelmente por esse motivo, mas antes a percepção de que ela se encontrava numa situação de *impasse*: por um lado, eram-lhe exigidas competências usualmente associa-

29 17 de janeiro de 2012, 663 F.3d 1312. Pode consultar-se em <<http://www.law360.com/articles/297304/case-study-glenn-v-brumby>>.

30 Assim, C., M., *op. cit.*, p. 215. Sobre as inconsistências da jurisprudência americana em matéria de discriminação com base na orientação sexual, Clements, A., *op. cit.*, pp. 185 e ss.

31 Ponto assinalado, também, por Mestre, B., “Trangender discrimination...”, *cit.*, p. 203.

32 Designadamente, Clements, A., *op. cit.*, pp. 178 e 179.

das aos homens — e recorde-se que a maioria dos trabalhadores era do sexo masculino —, por outro, foi prejudicada por alegada postura masculinizada.

Angela Clements³³ dá nota de um significativo conjunto de casos em que os tribunais toleraram tratamentos porventura discriminatórios em razão da *dissonância* do estereótipo. Trata-se de hipóteses em que a entidade empregadora fixou regras quanto à aparência dos trabalhadores, como no caso *Willingham v. Macon Telegraph Publishing Co.*³⁴ — em que o regulamento da empresa permitia que as mulheres, mas não os homens, usassem cabelo comprido³⁵ —, ou no caso *Jespersen v. Harrah's Operating Co., Inc.*³⁶ — em que uma trabalhadora de um casino, com a antiguidade de vinte anos e cujo desempenho fora sempre competente, recusou a ordem, imposta, entretanto, pelo empregador, de usar maquilhagem³⁷. Naquele primeiro caso, o tribunal afirmou que as políticas empresariais relativas à conduta dos trabalhadores, mesmo que diferenciem homens de mulheres, não são discriminatórias a não ser que lesem direitos fundamentais, como o de contrair casamento ou o de ter filhos, ou contendam com características imutáveis. No segundo, considerou que o gosto subjetivo da trabalhadora em não usar maquilhagem, enquanto expressão da liberdade de autodeterminação da imagem, teria de ceder ante o desígnio da entidade empregadora.

Angela Clements³⁸ acrescenta que apenas nas hipóteses de assédio sexual — como a do caso *Nichols v. Azteca Restaurant Enterprises, Inc.* — é que, verdadeiramente, pode dizer-se que a doutrina do estereótipo de género tem sido aplicada de forma convincente.

Por outro lado, a doutrina tem evidenciado a estreiteza com que esta teoria é aplicada, a qual é patente em várias decisões como a do caso *Oliver*

33 *Idem*, pp. 179 e ss.

34 12 de fevereiro de 1975, 507 F.2d 1084. A decisão pode encontrar-se em <<http://openjurist.org/507/f2d/1084/willingham-v-macon-telegraph-publishing-company>>.

35 No que respeita aos transexuais, a medida poderia ser indirectamente discriminatória, se pudesse demonstrar-se que esse grupo era especialmente visado pela medida. Em todo o caso, trata-se de uma medida assente em diferenciações entre géneros estereotipadas.

36 14 de abril de 2006, 444 F.3d 1104, n. 03-15045. Pode ver-se em <<http://openjurist.org/444/f3d/1104/jespersen-v-harrahs-operating-company-inc>>.

37 Valem aqui as considerações expendidas, em nota, acerca do caso *Willingham v. Macon Telegraph Publishing Co.*, porquanto o uso de maquilhagem é usualmente associado a mulheres e não a homens.

38 *Op. cit.*, pp. 184 e ss.

vs. *Winn-Dixie*³⁹. Neste litígio, o trabalhador em causa tinha o hábito de, em contexto extralaboral e para fins de diversão pessoal, usar roupas femininas, embora não ponderasse submeter-se a tratamentos de redesignação sexual e garantisse não pretender usar esse tipo de vestuário no emprego. O tribunal considerou que o apelo à teoria do estereótipo sexual não permitiria enquadrar o caso na discriminação em razão do sexo. Segundo o julgador, não se tratava de o sujeito em causa apresentar um comportamento efeminado, mas de pretender apresentar-se publicamente como mulher, ainda que em contextos circunscritos. Na visão do tribunal, o travestismo já extravasaria do âmbito de protecção que a doutrina do estereótipo sexual permite.

Certamente que casos como o *Schroer vs. Billington* e o *Smith vs. City of Salem* mostram que a jurisprudência evoluiu no domínio da tutela da identidade de género. Importa, no entanto, notar que aqueles casos apresentam a particularidade de os trabalhadores em causa terem assumido o propósito de mudança cirúrgica de sexo, o que os coloca num sub-grupo específico. Ora, este é mesmo, para alguma doutrina, um ponto central. Jo Michael⁴⁰ observa, justamente, que a orientação jurisprudencial nos casos de redesignação sexual é muito distinta da seguida perante as expressões menos ostensivas de não identificação com o sexo biológico.

Atendendo às diversas fragilidades que a jurisprudência relativa à tutela da identidade de género vai patenteando, uma parte importante da doutrina americana considera que a inclusão da identidade de género entre os fatores de discriminação previstos na lei constitui a solução acertada para pôr fim às incoerências jurisprudenciais nesta matéria⁴¹. Na verdade, mesmo na medida em que foi permitindo o enquadramento dos casos de discriminação em razão da identidade de género, aquela teoria não permitiu a individualização, o recorte, da categoria dos transexuais; pelo contrário, na medida em que o fenómeno da transexualidade incita à elaboração de construções dogmáticas assentes no esbatimento das fronteiras entre géneros, enquanto a teoria do estereótipo supõe essas mesmas fronteiras. Na expressão de

39 16 de setembro de 2002, *Civil Action* n.º 00-3114. A decisão está disponível em <<https://casetext.com/case/oiler-v-winn-dixie-louisiana-inc>>.

40 *Op. cit.*, pp. 99 e ss. Veja-se, ainda, Bell, M., *op. cit.*, pp. 145 e 146.

41 Michael, J., *op. cit.*, p. 105 e ss., Clements, A., *op. cit.*, p. 205 e ss.

Uma síntese das diversas perspectivas de tratamento da discriminação em razão da identidade de género na jurisprudência e na doutrina pode ver-se em Lee, J., *op. cit.*, pp. 435 e ss.

Bruno Mestre⁴², “o problema da abordagem seguida pelos tribunais americanos reside no facto de eles terem transformado os indivíduos transgénero em homens que gostam de usar vestidos”.

2. A jurisprudência do Tribunal de Justiça (da União Europeia)

Até ao momento, a identidade de género não consta, explicitamente, como fator de discriminação no Direito da União Europeia⁴³, embora, nos últimos anos, venham aflorando sinais de que tal previsão pode vir a concretizar-se⁴⁴.

Não podendo dizer-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça é, nesta matéria, particularmente abundante, existe, no entanto, um acervo de decisões que nos permitem formular um juízo acerca da abordagem adotada.

No caso *P. v. S.*⁴⁵, os factos que originaram o apelo ao Tribunal de Justiça foram os seguintes: um trabalhador⁴⁶ da área da gestão de uma escola foi despedido, alegadamente por motivos de “excesso de pessoal”, após ter informado o seu superior hierárquico da intenção de se sujeitar a uma cirurgia de redefinição sexual.⁴⁷ O Tribunal de Justiça considerou que, embora o instrumento aplicável, a Diretiva 76/207/CEE, do Conselho, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, não contemplasse, explicitamente, a discriminação em razão da identidade de género, ela seria apenas expressão, no domínio de que cuida, do princípio geral da igualdade, do direito fundamental a não ser ilegitimamente discriminado, assentes na ideia de dignidade humana. Tendo em conta os seus objetivos, a Diretiva deveria, assim, ser aplicada a um caso de discriminação devida à decisão do trabalhador de se submeter a redesignação sexual. O Tribunal entendeu que o sujeito em causa teria sido discriminado em comparação com as pessoas

42 “Transgender discrimination...”, *cit.*, p. 199. Tradução nossa.

43 Exceto na Diretiva 2012/29/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à protecção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI, do Conselho.

44 Ver FRA – European Union Fundamental Rights Agency, *Protection against...*, *cit.*, p. 28.

45 Processo C-13/94, acórdão de 30 abril de 1996.

46 Referimo-nos ao seu sexo de origem.

47 Os factos são muito semelhantes aos do caso americano *Smith v. City of Salem*.

do sexo de origem daquele sujeito, isto é, com outros homens. Lê-se no §21 do acórdão:

tais discriminações assentam essencialmente, senão exclusivamente, no sexo da interessada. Assim, quando uma pessoa é despedida porque tem a intenção de sofrer ou porque sofreu uma mudança de sexo, é objeto de um tratamento desfavorável relativamente às do sexo de que era considerada fazer parte antes desta operação.

Sublinhe-se que o comparador que o Tribunal determinou foi o grupo de *peçoas do sexo de origem do sujeito discriminado*. O ponto tem relevo, porquanto, como veremos, noutros casos a perspectiva adotada já foi distinta.

Outro dissídio apreciado pelo Tribunal de Justiça foi o caso *KB v. NHS Pensions*⁴⁸. No caso, KB, enfermeira, durante um longo período, da NHS, mantinha uma relação afetiva, equiparável a uma união de facto, com um sujeito transexual cujo sexo biológico de origem era o feminino, mas que se submeteu a cirurgia de redesignação sexual, apesar de manter a identidade masculina no Registo Civil, razão pela qual o casal nunca pôde contrair casamento, já que o ordenamento britânico não permitia casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Assim, KB foi informada pela NHS de que o seu companheiro, caso lhe sobrevivesse, nunca poderia vir a beneficiar da pensão de viuvez prevista para cônjuges de trabalhadores da NHS que falecessem.

O Tribunal de Justiça considerou que a situação ofendia o (atual) artigo 157.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Entendeu que, embora a definição dos requisitos para contrair casamento pudesse depender da legislação de cada Estado-Membro, tal como a decisão de reservar certas vantagens para as pessoas casadas, e a política da NHS não fosse, desta perspectiva, discriminatória em razão do sexo, já que mulheres e homens seriam afectados da mesma forma pela reserva do benefício da pensão aos sujeitos casados, a verdade é que a situação *sub judice* constituía um caso de desigualdade ilegítima — uma desigualdade resultante de: a legislação britânica não permitir a alteração do *status* do registo civil, mesmo em caso de redesignação sexual; também não permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo que os sujeitos implicados no caso apenas apresentavam o mesmo sexo pelo facto de o elemento transexual não ter podido alterar a sua situação civil; a NHS apenas garantir a pensão de viuvez a pessoas casadas. O Tribunal recorda que o Tribunal Europeu

48 Processo C-117/01, acórdão de 7 de janeiro de 2004.

dos Direitos do Homem já considerara violadora do direito ao casamento, previsto no artigo 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem a impossibilidade de um sujeito que mudara de sexo não poder contrair casamento com uma pessoa do sexo que ele próprio possuía originalmente, designadamente por não ser possível a alteração do registo civil⁴⁹. Em suma, invocando o artigo 157.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e, indirectamente, o artigo 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o Tribunal de Justiça censurou a legislação britânica, por impedir o casal em apreço de preencher a condição de casamento, necessária à obtenção do benefício remuneratório em causa.

Embora não seja claro e, na verdade, o argumento central se reconduza à protecção dos direitos fundamentais e da dignidade pessoal⁵⁰, parece poder concluir-se que, neste caso, o comparador implicitamente pressuposto pelo Tribunal, que pôs a tónica das condições para o casamento, enquanto condição de acesso à pensão de viuvez, foi o seguinte: a pessoa que, sem recurso a intervenção médica, isto é, biologicamente, apresenta o mesmo sexo que o transexual, após cirurgia. O companheiro de KB estaria a ser discriminado em relação aos sujeitos do sexo masculino definido naturalmente, à nascença. Este aspecto parece-nos importante, porquanto nos parece que a consequência natural do recorte da categoria dos sujeitos transexuais é o comparador surgir como a pessoa, em situação equiparável, não transexual.

Finalmente, no caso *R. v Secretary of State for Work and Pensions*⁵¹, R. submeteu-se a redefinição sexual: tendo nascido com o sexo masculino, adotou, por via de tratamentos médicos, o sexo feminino. Sendo a idade de reforma, para os homens, de 65 anos e, para as mulheres, de 60 anos, R. pretendeu reformar-se quando atingiu esta idade, o que lhe foi recusado, tendo-lhe sido transmitido pelos serviços da Segurança Social que apenas aos 65 poderia fazê-lo. O Tribunal de Justiça entendeu que essa recusa

49 Sobre o acórdão em causa (caso *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, reclamação n. 28957/95, acórdão de 11 de julho de 2002), Sanz-Caballero, Susana, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: historia de un cambio de critério”, *American University International Law Review*, 2014, n. 29, pp. 831-869.

50 Assim, Bell, M., *op. cit.*, p. 141. Aliás, para o Autor, o facto de a argumentação se centrar nos direitos fundamentais é indício, justamente, da dificuldade de individualização de um comparador, patente na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Acrescenta que, em seu entender, essa pode mesmo ser a via adequada para solucionar os problemas relacionados com a transexualidade.

51 Processo C-423/04, acórdão de 27 de abril de 2006.

consubstanciava um ato discriminatório, que se devia ao facto de a pessoa interessada, nesse momento uma mulher, ser transexual. Estar-se-ia, pois, perante uma violação da Diretiva 79/7/CEE, do Conselho, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social. Diríamos que, uma vez mais — e neste caso de modo mais evidente —, o sujeito em situação comparável pressuposto foi uma (hipotética) pessoa do sexo feminino não transexual, ou seja, com esse sexo definido à nascença. Aliás, como evidencia Mark Bell⁵², se se tivesse feito apelo ao mesmo tipo de comparador que se utilizou no caso *P. v. S.* — o que equivaleria a confrontar R. com uma pessoa do sexo masculino, o sexo que possuía antes da intervenção —, não poderia ter-se chegado ao mesmo resultado⁵³.

Mesmo sem apelar à distinção entre sexo e género, a jurisprudência do Tribunal de Justiça parece supor uma certa — ainda que não explícita — autonomização da categoria dos sujeitos transexuais, no que se distingue da generalidade das decisões americanas e se aproxima da perspectiva que se vem advogando como adequada ao enquadramento de casos deste tipo. Parece claro que a perspectiva do Tribunal de Justiça é a de que a proibição de discriminação em razão do sexo alberga casos de transexualidade como os referidos, porquanto a redesignação sexual é, ainda, um fenómeno reconduzível ao sexo. Esta perspectiva terá mesmo sido vertida na Diretiva 2006/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à actividade profissional, em cujo considerando §3 se lê:

O Tribunal de Justiça considerou que o âmbito de aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres não pode ser limitado à proibição da discriminação com base no facto de uma pessoa ser de um ou de outro sexo. Tendo em conta o seu objetivo e a natureza dos direitos que pretende salvaguardar, aplica-se também à discriminação em razão da mudança de género de uma pessoa.

52 *Op. cit.*, p. 142.

53 Uma síntese da jurisprudência do Tribunal de Justiça nesta matéria e o seu impacto na legislação interna britânica pode encontrar-se em Waele, Henri de/Van der Vleuten, A., “Judicial activism in the European Court of Justice – the case of LGBT”, *Michigan State Journal of International Law*, 2013, vol. 19:3, pp. 639-666 [655-657]. Veja-se, ainda, Val Arnal, J. J., *op. cit.*, pp. 2752 e ss.

Fica, no entanto, por saber, como se pronunciaria o Tribunal de Justiça diante de casos de transexualidade em que não tivesse ocorrido, ou sequer estivesse em curso, qualquer operação de redesignação sexual. Já se assinalou, anteriormente, a diversidade de hipóteses cobertas pelo *conceito-chapéu de chuva* de transexualidade. E, como assinala Mark Bell⁵⁴, diferentes situações proporcionam diferentes solicitações. Se um indivíduo que se submeteu a redesignação sexual espera vir a ser tratado como qualquer pessoa desse mesmo sexo para o qual transita — o que condiz com o comparador eleito pelo Tribunal de Justiça nos dois últimos casos referidos — já outro tanto não se dirá, porventura, daquele que não se identifica, estritamente, como nenhum dos dois géneros usualmente reconhecidos. Que dizer, ainda de um travesti, em especial se assumir o travestismo apenas em alguns contextos e momentos da sua vida? Até mesmo os casos de pessoas que decidem submeter-se a intervenções de redesignação sexual, mas cujo processo ainda não está concluído, podem suscitar problemas complexos, em bora, em relação a essas hipóteses, sempre possa invocar-se que a transitoriedade da situação é compatível com a chamada à colação da regra enunciada acima: a de que os sujeitos que mudam cirurgicamente de sexo deverão ser tratados como os que pertencem originalmente a esse sexo. *Quid juris*, porém, se o transexual em causa se bastar com alterações hormonais, por exemplo, sem levar a termo o processo de redesignação sexual?

Não tendo o Tribunal de Justiça tido oportunidade de se pronunciar sobre casos cinzentos como os enunciados, é difícil imaginar qual seria o sentido da decisão e, em especial, a sua fundamentação⁵⁵. O que, porém, poderá antever-se é que, se o Tribunal de Justiça entendesse decidir favoravelmente ao sujeito alvo de discriminação em razão destas formas de transexualidade, então teria de levar mais longe, porventura mesmo por caminhos distintos, a sua linha de pensamento. Haveria que estabelecer um juízo comparativo entre o sujeito em causa e outro que, em situação comparável, não apresentasse tais traços de transexualidade. Mas seria, então, concebível, apelar ainda ao sexo, enquanto fator de discriminação, mesmo que da expressão se fizesse derivar o conceito de género? A questão é a já anteriormente enunciada: o problema da identidade de género desafia a construção binária subjacente à identificação do género feminino e masculino, construção que permanece, evidentemente, subjacente às decisões

54 *Op. cit.*, p. 135.

55 Ver Mestre, B., “Transgender discrimination...”, *cit.*, pp. 202 e ss.

do Tribunal de Justiça⁵⁶. Como nota Mark Bell⁵⁷, a redesignação sexual quebra a ideia de que o sexo é imutavelmente determinado à nascença, mas, cumprido o processo, a compreensão binária é reposta. Eis a razão por que este tipo de casos representa, para os tribunais, um desafio mais modesto do que aqueles em que não ocorre redefinição sexual, exteriorizando-se a dissonância entre o sexo biológico e a percepção do género da pessoa de forma mais matizada e, por conseguinte, desafiadora daquela compreensão bipolar.

III. A proibição de discriminação em razão da identidade de género em contexto laboral (à luz do Código do Trabalho português) – subsídios, dúvidas e desafios

Resulta da proibição da discriminação em razão da identidade de género que nenhum sujeito pode ser alvo de tratamento de desfavor em razão desse fator. No que respeita ao domínio laboral, tal significa que, em princípio, um candidato a emprego não pode ver-se privado do mesmo por motivos ligados à sua identidade de género, tal como, já na vigência do contrato de trabalho, um trabalhador não deve ser objeto de tratamento desfavorável nem, evidentemente, o contrato pode cessar contra a sua vontade por essa ordem de razões. Isto mesmo resulta, com clareza, hoje, do artigo 24.º do Código do Trabalho, norma que, como já se referiu, foi alterada pela Lei n.º 28/2015, de 14 de Abril, que introduziu a referência expressa à identidade de género entre os fatores de discriminação proibida — com as vantagens que procurámos sublinhar nas linhas antecedentes e que o carácter exemplificativo da lista de fatores já anteriormente constante daquele artigo 24.º não põe em causa.

Quanto ao demais, tal imperativo de não discriminação conforma-se, no ordenamento português, em consonância com as linhas essenciais traçadas no Direito Antidiscriminação da União Europeia, nomeadamente

56 Novamente, Bell, M., *op. cit.*, p. 137.

57 *Op. cit.*, p. 138.

nas Diretivas “da nova geração”⁵⁸. Assim, assinalando as notas que nos parecem mais relevantes: (i) é vedada quer a discriminação directa, quer a indirecta, sendo proibida ainda a instrução para discriminar (artigo 23.º); (ii) o tratamento discriminatório descaracterizar-se-á, porém, enquanto tal, se o fator de diferenciação em causa constituir “um requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional” (artigo 25.º, n.º 2); (iii) sendo um sujeito pertencente a um grupo subjetivo identificável em correspondência com um fator de discriminação objeto de tratamento diferenciado face a outro em situação comparável mas não pertencente a esse grupo, presume-se ter ocorrido discriminação, cabendo ao empregador afastar essa ilação, designadamente provando que a diferenciação de tratamento se funda noutras razões (artigo 25.º, n.º 5).

De acordo com o enunciado em (ii), a propósito do qual costuma aludir-se ao *critério ocupacional*, concluir-se-á que apenas quando esteja em causa uma actividade para cuja execução a pertença a um determinado sexo e/ou a identificação com determinado género seja essencial poderão, legitimamente, diferenciar-se candidatos a emprego ou trabalhadores em razão da sua transexualidade — *rectius*, não, propriamente, em razão da transexualidade, mas por o género que assumem não condizer com o adequado à actividade em causa. Pense-se, por exemplo, em profissões centradas na exposição do corpo para fins de recreio⁵⁹. Se se tratar da exposição do corpo feminino, então justificar-se-á a exclusão de sujeitos do sexo masculino, mas também de pessoas que hajam nascido com o sexo feminino, mas se tenham submetido a tratamento de redesignação sexual (cirúrgicos ou somente hormonais) e, parece-nos, as que, embora conservem o sexo de nascimento, adotem um padrão comportamental socialmente associado ao género masculino. Pelo contrário, dependendo de circunstâncias como o ponto em que se encontra

58 A expressão é usada por Gomes, J., *Direito do Trabalho*, vol. I — *Relações individuais de trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 385. Refere-se à Diretiva 2000/43/CE, do Conselho, relativa à discriminação em razão da raça e etnia, à Diretiva 2000/78/CE, do Conselho, a diretiva-quadro em matéria de igualdade e não discriminação no trabalho e no emprego, e à Diretiva 2002/73/CE, entretanto revogada pela Diretiva 2006/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre igualdade e não discriminação entre homens e mulheres em domínios ligados à actividade profissional e ao emprego.

59 Val Arnal, J. J., *op. cit.*, p. 2750, dá o exemplo da contratação de bailarinas para danças eróticas. O exemplo contrasta com a situação *sub judice* no acórdão que o Autor comenta: um caso de despedimento fundado na transexualidade de uma trabalhadora que foi contratada como profissional geriatria num lar de terceira idade.

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. Em atividades como a indicada, o princípio da boa fé na fase pré-contratual imporá ao candidato a emprego o esclarecimento do respetivo sexo e identidade de género, como serão admitidas interrogações sobre esses pontos. Paralelamente, pode equacionar-se que a entidade empregadora invoque a invalidade do contrato, com base em erro sobre a pessoa da contraparte, ou, provando-se os devidos requisitos, com base em dolo, se o tiver celebrado pressupondo erroneamente a pertença do trabalhador a determinado sexo e/ou género⁶⁰. Situação diferente é a dissonância entre o requisito ocupacional exigido e a exteriorização de género do trabalhador apenas ocorrer já na vigência do contrato, sem que, anteriormente à sua celebração, o sujeito já tivesse ou devesse ter a percepção da mesma (pense-se no caso de um indivíduo que apenas tardiamente tem a noção do desencontro entre o seu sexo biológico e a percepção psicológica de si mesmo). Nestes casos, pode equacionar-se —supondo sempre aquele conjunto circunscrito de atividades em que o fator do sexo e da identidade de género são, objetivamente, relevantes— a extinção do contrato de trabalho, designadamente por caducidade e, por maioria de razão e a montante, a modificação do contrato, concretizada na atribuição ao trabalhador de tarefas distintas, na medida em que tal seja viável e exigível.

É fundamental, a este respeito, sublinhar a cautela com que deve ser entendido o aludido critério ocupacional. A essencialidade das características pessoais para o exercício da actividade profissional há de aferir-se objetivamente e, sobretudo, não pode confundir-se com a aceitação de preconceitos sociais — o que, aliás, seria paradoxal e faria cair por terra os fundamentos do Direito Antidiscriminação. A ideia que queremos veicular resulta com clareza do Acórdão referente ao caso *Feryn*⁶¹, do Tribunal de Justiça. Uma empresa belga pretendia contratar trabalhadores (instaladores de portões), mas declarou não aceitar candidatos “não autóctones”, invocando que os clientes não lhes permitiriam o acesso às respetivas casas, por não se relacionarem bem com pessoas de origens étnicas distintas⁶². Embora não se

60 *Idem, passim*.

61 Processo C-54/07, acórdão de 10 de julho de 2008.

62 A argumentação foi a seguinte: “Tenho de satisfazer as exigências dos meus clientes. Se você me disser “quero determinado produto ou quero desta ou daquela maneira”, e se eu responder ‘não, não faço assim, vou mandar estas pessoas’, então você responder-

tivesse demonstrado que algum candidato a emprego não autóctone tivesse sido rejeitado em razão disso, suscitou-se um problema de discriminação em razão da raça e origem étnica, devido aos termos do anúncio de emprego. O Tribunal de Justiça considerou, a respeito do caso, que se tratava de uma hipótese de discriminação directa, não sendo relevante que o empregador procurasse justificar a exclusão de certos grupos étnicos invocando a perda económica adveniente do preconceito dos clientes em relação a tais pessoas. Também no caso *Bougnaoui e ADDH*⁶³, as declarações da Advogada-Geral apontam em sentido condizente. Neste caso, o problema é de discriminação em razão da crença religiosa. Asma Bougnaoui é uma mulher muçulmana que foi contratada, em 2008, como engenheira de projeto pela Micropole SA, uma empresa de consultoria informática. Celebrou um contrato de trabalho em 15 de julho de 2008. Frequentemente, usava, durante os períodos de trabalho, um véu islâmico, que cobria a cabeça mas não o rosto. Uma das suas funções era reunir com clientes da Micropole nas instalações dos clientes. Tendo um desses clientes apresentado uma reclamação, nos termos da qual o lenço de Bougnaoui tinha constrangido os seus trabalhadores e na qual solicitava que, daí para a frente, Bougnaoui se apresentasse sem véu, foi-lhe pedido que se abstivesse de usar aquele acessório aquando de futuras deslocações às instalações daquele cliente. A trabalhadora recusou e, na sequência disso, foi despedida. A Micropole concluiu que, por a trabalhadora se recusar a não usar o lenço, era impossível continuar a desempenhar funções em nome da empresa. Tendo a visada impugnado o despedimento nos tribunais franceses, o caso foi remetido ao Tribunal de Justiça, ao qual se perguntou se, atendendo aos factos descritos, poderia entender-se que o não uso do véu constituiria um requisito profissional essencial e determinante, na aceção da Diretiva 2000/78/CE, o que faria com que o despedimento não pudesse considerar-se discriminatório. A este respeito, a Advogada-Geral E. Sharpston, sublinhando que a liberdade de manifestar a sua religião ou as suas convicções é abrangida pelo âmbito da diretiva, uma vez que é parte integrante da liberdade religiosa, considerou que A. Bougnaoui foi tratada de forma menos favorável

me-á “não preciso do portão”. Assim, terei de fechar o meu negócio. Eu tenho de satisfazer as exigências dos clientes. Esse problema não é meu. Não fui eu que criei o problema na Bélgica. Quero que a empresa funcione bem e que, no final do ano, consigamos atingir o nosso volume de negócios; e como é que o consigo? Fazendo a vontade aos clientes!”.

63 Processo C-188/15, ainda pendente.

em razão da sua religião, porquanto um engenheiro de projeto que tivesse optado por não manifestar a sua religião ou as suas convicções não teria sido despedido. Conclui, assim, que o despedimento em apreço constituiu uma discriminação directa em razão da religião ou das convicções e vincou ainda que a exceção decorrente da essencialidade das características pessoais para o exercício da profissão deve ser interpretada de forma restrita, devendo tratar-se de um requisito essencial e determinante, bem como proporcional, face ao objetivo prosseguido. Tal não se verificaria no caso em apreço, no âmbito do qual, de resto, a entidade empregadora teve oportunidade de evidenciar a competência da trabalhadora. Refere ainda que, embora a liberdade de empresa seja um princípio geral do direito da União, está sujeita a limitações, incluindo a necessidade de proteger os direitos e liberdades de outrem.

Pese embora a sensibilidade do tema, talvez possa dizer-se que as considerações que aduzimos nas linhas precedentes sobre as circunstâncias em que a diferenciação de tratamento em razão da identidade de género consubstanciará discriminação e aqueloutros em que esta deverá considerar-se descaracterizada cuidam das questões de menor complexidade, de entre as suscitadas pelo fenómeno da transexualidade no âmbito das relações laborais. Na verdade, o tratamento da identidade de género enquanto fator de discriminação neste contexto tem posto a nu problemas —muitos, de resto, não exclusivos do universo laboral— de solução muito difícil, extraordinariamente delicados e capazes de desafiar não apenas a dogmática do Direito Antidiscriminação mas ainda —e sobretudo— convenções sociais tidas como pacíficas.

Não surpreende afirmar que, para lá do discurso jurídico, restará sempre a realidade do dia-a-dia, escapando ao filtro da lei sempre que os problemas não saem do confinamento a que os votam constrangimentos de ordem vária. Outras vezes, não é sequer claro que determinada querela seja passível de enquadramento jurídico, ou se deve remeter-se ao plano da moral e da ética, àquela zona onde a axiologia que corporiza o Direito não chega.

Estas considerações surgem a propósito de um dos mais controversos problemas que o fenómeno da transexualidade em contexto laboral vem suscitando, o da utilização das casas de banho e zonas afins por parte de sujeitos que não se identificam com o respetivo sexo biológico. Não se tratando de um aspeto reconduzível ao conceito estrito de condições de trabalho, ele contende, evidentemente, com o ambiente sentido no espaço laboral e é passível de afetar as relações intersubjetivas que aí se desenro-

lam. Concretizando a questão, pode perguntar-se se o trabalhador transexual terá direito a utilizar o WC reservado ao sexo com que se identifica, ainda que não seja o que, naturalmente, lhe assiste. Pode ainda perguntar-se se poderia exigir ao empregador a disponibilização de um espaço sanitário exclusivo. Na verdade, este feixe de problemas coloca-se ainda no espectro ocupado pelo princípio da não discriminação. Com efeito, pode dizer-se que o transexual será alvo de tratamento diferenciado se, contrariamente aos demais trabalhadores, não puder usar um espaço sanitário em que se sinta confortável, tendo em conta a sua identidade de género. Simplesmente, responder de modo afirmativo às questões enunciadas, mormente à segunda, poderá significar onerar a entidade empregadora com um dever de adaptação das condições de trabalho, *lato sensu*, em função da especificidade pessoal destes trabalhadores — um dever que, contrariamente ao que sucede no campo da discriminação em razão da deficiência, não tem explícito arrimo legal, embora, segundo alguma doutrina, pudesse fazer-se radicar no elementar princípio da dignidade pessoal. Para Mark Bell⁶⁴, esse é, de resto, o caminho a seguir no tratamento do fenómeno da transexualidade. O tratamento desigual de que os transexuais fossem alvo deveria ser apreciado à luz da dogmática dos direitos fundamentais e da essencial ideia de liberdade pessoal dos sujeitos em causa. Esta abordagem permitiria responder aos desafios resultantes dos casos em que não ocorre —ainda está em curso, não se iniciou, ou não está sequer nos horizontes do sujeito em causa— qualquer processo de redesignação sexual.

Retornando ao concreto problema da utilização de espaços sanitários por parte de transexuais, reconhecer-se-á que, na verdade, o problema só se coloca pelo facto de as convenções sociais ditarem, na larga maioria dos casos, a existência de zonas separadas para homens e mulheres. Tendo ocorrido redesignação sexual, dir-se-á legítima a pretensão do sujeito em causa de utilizar o espaço reservado às pessoas do sexo que escolheu. Com efeito, nestes casos, o indivíduo transexual almejará um tratamento idêntico ao deferido às pessoas pertencentes ao sexo para que transitou. Não quedará, então, definitivamente em causa aquela conceção social dominante. Mas as hesitações começam a notar-se nos casos em que, por exemplo, esteja em curso o processo de redesignação. Poderá o sujeito aspirar a utilizar o espaço reservado ao sexo com que já se identifica, embora, fisiologicamente, ainda aí não se enquadre? Embora propendamos para responder afir-

64 *Op. cit.*, pp. 143 e ss.

mativamente, admitimos que a satisfação de tal pretensão possa encontrar obstáculo na sensibilidade dos demais trabalhadores com que aquele sujeito conviva nos espaços em causa⁶⁵. As dúvidas adensam-se nas situações em que a identificação com género distinto do associado ao sexo natural da pessoa se exterioriza somente no vestuário ou acessórios utilizados ou em meros maneirismos. E tornam-se muito dificilmente transponíveis se se pensar em sujeitos que não se identificam, em exclusivo, com nenhum dos dois géneros tipicamente identificados. Como explica Jo Michael⁶⁶, quando nem o espaço reservado a homens nem o destinado a mulheres se mostram ajustados à percepção de certo sujeito acerca de si mesmo, então restar-lhe-á escolher “o menor dos males”. Em casos deste tipo, diríamos que talvez que a boa prática viesse a ser a da existência de um espaço indiferenciado, ainda que, desejavelmente, com as devidas condições de privacidade. Cremos que sustentar tal solução não significa incorrer no argumento da *equal misery* —o transexual não é discriminado, porque também os homens e mulheres não transexuais contam com um espaço comum—, sinalizando antes a diluição da distinção binária entre géneros, a qual, como se viu, dificilmente se compagina com a garantia da liberdade e dignidade pessoal dos sujeitos transexuais. Pelo contrário, advogar a construção de um terceiro

65 Na experiência jurídica americana, já se debateu o problema a que ora nos referimos. No caso *Etsitty* (502 F.3d 1215, decisão de 20 de setembro de 2007. Pode ver-se em <<https://www.courtlistener.com/opinion/1235728/etsitty-v-utah-transit-authority/>>), discutiu-se se o facto de a entidade empregadora impedir um transexual —sujeito do sexo masculino mas em vias de transição para o feminino— de usar o WC reservado às mulheres consubstanciaria tratamento discriminatório, tendo o tribunal entendido que não. A decisão, que atendeu ao facto de o sujeito em causa (ainda) apresentar genitália masculina, é amplamente criticada pela doutrina (Michael, Jo, *op. cit.*, p. 103), mas, aparentemente, corresponde à prática mais corrente das empresas. Há registo da elaboração de um compêndio de boas práticas empresariais sobre este tipo de problemas (Human Rights Campaign Foundation, *Transgender – Issues in the workplace: a tool for managers*, 2004 (pode ver-se em <<http://docplayer.net/2839067-Transgender-issues-in-the-workplace-a-tool-for-managers.html>>), em que se sugere a implementação de acções de sensibilização dos demais elementos da empresa, o que poderia surtir um efeito positivo, designadamente, no respeitante à utilização das zonas sanitárias (pp. 12 e 16). Na verdade, este tipo de acção bem pode compreender-se no quadro do dever da entidade empregadora de prevenir condutas de assédio moral voltadas para o trabalhador transexual. Ainda segundo o mesmo documento, aconselha-se a permissão de utilização dos espaços sanitários desejados pelo transexual em consonância com a identidade que assuma, desde que a assuma a tempo inteiro (p. 18).

66 *Op. cit.*, p. 95.

espaço reservado a estes últimos significaria, bem vistas as coisas, insistir naquela dicotomia, acrescentando uma terceira hipótese —de exceção, por certo— que teria o efeito de a reforçar.

Conclusão

O mero enunciado deste conjunto de problemas aponta para a essência individualista do Direito Antidiscriminação, o qual assenta no propósito de garantir o direito à *diferença*. Trata-se, em última instância, de assegurar que os sujeitos não sejam objeto de tratamento diferenciado em razão das suas características biológicas ou opções fundamentais. De acordo com o modelo atual, a aferição dessa diferenciação de tratamento é levada a cabo de acordo com o método comparativo, o qual supõe, por seu turno, a categorização dos sujeitos, de acordo com as aquelas características ou escolhas. Na verdade, porém, não existe um real antagonismo entre aquele *individualismo* e esta *categorização*, naturalmente subjacente à identificação dos fatores de discriminação. O recorte de diversos grupos subjectivos será a projeção jurídica das diferenciações observáveis no plano fáctico, reencontrando-se a matriz individualista no momento em que se compreende que o desiderato daquela segmentação é o de proibir diferenças de tratamento assentes na pertença a dado grupo subjectivo. O recorte da categoria dos transexuais não invalida o reconhecimento da diversidade de situações aí integráveis e acarreta a proibição de tratamento diferenciado por causa da *atipicidade* pessoal em que se funda essa mesma integração. Também não corresponde, necessariamente, à perpetuação da compreensão binária dos géneros, como se se partisse do reconhecimento dessa duplicidade para acrescentar uma espécie de *tertium genus*. Estaria em causa, diferentemente, aceitar a diferença entre as pessoas que se identificam e as que não se identificam com o respetivo sexo de origem, independentemente da sua recondução a um determinado género. O fenómeno da transexualidade aponta, na verdade, como já anteriormente iniciámos, para a conceção do género como uma realidade multiforme e decomponível num espectro indefinido de situações, como sugere Bell⁶⁷, ou,

67 *Op. cit.*, p. 137.

no limite, para a diluição da sua relevância jurídica, à maneira do entendimento de Schuster⁶⁸.

Bibliografia

- Bell, M., “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*, 2012, vol. 60, n.º 1, pp. 127-146.
- Borrillo, D., “Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes?”, *Equality and justice – sexual orientation and gender identity in the XXI century*, Forum – Editrice Universitaria Udinese, Udine, 2011, pp. 41-51.
- Chow, M., “Smith v. City of Salem: transgendered jurisprudence and an expanded meaning of sex discrimination under Title VII”, *Harvard Journal of Law & Gender*, vol. 28, pp. 207-215.
- Clements, A., “Sexual orientation, gender nonconformity, and trait-based discrimination: cautionary tales from title VII and an argument for inclusion”, *Berkeley Journal of Gender, Law and Justice*, 2009, n.º 24, pp. 166-207.
- Council of Europe, *Compendium of good practices on local and regional level policies to combat discrimination on the grounds of sexual orientation and gender identity*, 2016, pp. 28 e 29, <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806942c5>>.
- FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, *Ser trans na UE – análise comparativa dos dados do inquérito LGBT europeu (resumo)*, 2014, pp. 3 e ss., <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary_pt.pdf>.
- FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, *Being trans in the European Union – comparative analysis of EU LGBT survey data*, 2014, <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-being-trans-eu-comparative_en.pdf>.

68 *Op. cit.*, *passim*.

- Grant, J., Mottet, L., Tanis, J., *Injustice at every turn: a report of the national transgender discrimination survey*, 2011, The National Gay and Lesbian Task Force e The National Centre for Transgender Equality, 2011, p. 3, <http://www.thetaskforce.org/static_html/downloads/reports/reports/ntds_full.pdf>).
- Human Rights Campaign Foundation, *Transgender – Issues in the workplace: a tool for managers*, 2004, <<http://docplayer.net/2839067-Transgender-issues-in-the-workplace-a-tool-for-managers.html>>.
- Lee, J., “Lost in transition: the challenges of remedying transgender employment discrimination under Title VII”, *Harvard Journal of Law & Gender*, 2012, vol. 35, n.º 2, pp. 424 a 461 [424 e 425].
- Machado, S., “Quando fé e trabalho não se compatibilizam – comentário ao acórdão Eweida e outros vs. Reino Unido do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *Vinte anos de Questões Laborais* (n.º 42), Coimbra Editora, Coimbra.
- Mestre, B., “Transgender discrimination as sex discrimination: a contextual and comparative analysis of European and American Courts’ case law” *Equality and justice – sexual orientation and gender identity in the XXI century*, Forum – Editrice Universitaria Udinese, Udine, 2011, pp. 191-204.
- “Comparators and Indirect Discrimination: An Illustration of the Difficulties (Waltraud Brachner Pensionsversicherungsanstalt, ECJ (Fourth Chamber), Judgment of 20 October 2011, C-123/10)”, *European Law Review*, 2011, n.º 12, pp. 372-379.
- Michael, J., “Note and comment: our own words – the importance of enumerated anti-discrimination projections for gender identity in employment law”, *University of La Verne Law Review*, 2012, n.º 34, pp. 89-112.
- Sanz-Caballero, S., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: historia de un cambio de critério”, *American University International Law Review*, 2014, n.º 29, pp. 831-869.
- Schuster, A., “Gender and beyond: disaggregating legal categories”, AA.VV. (coordenação de Alexander Schuster), *Equality and justice – sexual orientation and gender identity in the XXI century*, Forum – Editrice Universitaria Udinese, Udine, 2011, pp. 21-39.

- Turner, Ilona, “Sex Stereotyping Per Se: Transgender Employees and Title VII”, *California Law Review*, 2007, n.º 95, 2, pp. 561-596.
- Val Arnal, J. J., “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*, 2007, n.º 2, pp. 2746-2755.
- Waele, Henri de/Van der Vleutem, A., “Judicial activism in the European Court of Justice – the case of LGBT”, *Michigan State Journal of International Law*, 2013, vol. 19:3, pp. 639-666.

FILIPE RAMOS DE SOUSA¹

Advogado, mestrando na Universidade Católica Portuguesa. Porto. Portugal

A licença de maternidade no caso de gestação de substituição – uma perspetiva do direito da união europeia e respetivos impactos no ordenamento jurídico português²

Abstract: Nas últimas décadas, os avanços verificados na medicina reprodutiva tornaram possível que uma mulher, através de inseminação artificial ou da implantação de um embrião no seu útero, levasse a cabo uma gestação em substituição de outra mulher (que pode ser, ou não, a mãe biológica). Na União Europeia, alguns Estados-Membros permitem a gestação de substituição, enquanto outros a proíbem. Em Portugal, foi recentemente efetuada uma alteração à Lei n. 32/2006, de 26 de julho (Lei da Procriação Medicamente Assistida), com o objetivo de permitir o acesso à gestação de substituição.

A gestação de substituição apresenta novos desafios ao Direito do Trabalho, nomeadamente no que concerne com o direito da mãe ao gozo de uma licença após o nascimento do filho. Coloca-se o problema de determinar se esse direito existe na esfera da mãe de substituição (que esteve grávida e que teve o parto), ou da mãe cuidadora (que se encarregará do cuidado do menor logo após o nascimento, e que frequentemente é também a mãe biológica, por a fertilização ter ocorrido num ovócito seu), ou até de ambas.

Com o presente estudo, pretendese analisar criticamente as respostas que o Direito da União Europeia oferece às questões que, no plano juslaboral, se levantam em torno desta matéria, com particular enfoque para a posição assumida pelo Tribunal de Justiça. Almeja-se ainda avaliar os respetivos impactos no ordenamento jurídico português, tendo em conta a recente alteração à Lei de Procriação Medicamente Assistida.

Palavras chaves: gestação de substituição; maternidade de substituição; licença de maternidade; licença parental inicial.

¹ Advogado, mestrando na Universidade Católica Portuguesa – Porto, associado fundador da Associação de Jovens Juslaboralistas; membro da CIELO – Comunidade para a Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional.

² Trabalho apresentado no Congresso Inaugural da rede CIELO Laboral, no dia 30.09.2016.