CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 14 de Dezembro de 1995 *

1. O Tribunal de Justiça é mais uma vez chamado a pronunciar-se sobre a interpretação da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, 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 [1] (a seguir «directiva»).

A novidade, que não é certamente de somenos importância, consiste na circunstância de ser um transexual a invocar a directiva. As questões submetidas pelo Industrial Tribunal, Truro, chamam a atenção do Tribunal de Justiça para o fenómeno do transexualismo do ponto de vista da proibição de discriminação em razão do sexo: um transexual que seja despedido devido à sua condição, em especial devido e aquando da mudança de sexo, pode invocar utilmente a directiva?

Contexto normativo, matéria de facto e questões prejudiciais

2. Nos termos do seu artigo 1.°, n.° 1, a finalidade da directiva é «a realização, nos Estados-Membros, do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, incluindo a promoção, e à formação profissional, assim como no que se refere às condições de trabalho e, nas condições previstas no n.° 2, à segurança social. Este princípio será a seguir denominado por 'princípio da igualdade de tratamento'».

Em seguida, o artigo 2.°, n.° 1, da directiva declara que «o princípio da igualdade de tratamento... implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar». A aplicação de tal princípio respeita, em especial, «às condições de acesso, incluindo os critérios de selecção, a empregos ou a postos de trabalho» (artigo 3.°, n.° 1), e «às condições de despedimento» (artigo 5.°, n.° 1).

3. A legislação nacional relevante no presente caso é o Sex Discrimination Act 1975, que define — e proíbe — como discriminação directa em razão do sexo, o facto de uma mulher ser tratada, em razão do sexo, de modo menos favorável que um homem [Section 1 (a)]. É além disso previsto que as discriminações em razão do sexo de que as mulheres sejam consideradas vítimas se devem entender ser igualmente válidas para

* Língua original: italiano.

1 — JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70.

os homens, excepto no que diz respeito ao tratamento especial das mulheres nos casos de gravidez e de maternidade (Section 2). Por último, recorde-se que o Sex Discrimination Act, definidos o homem e a mulher como pessoas de sexo masculino ou feminino, qualquer que seja a sua idade, estabelece que a comparação entre casos de pessoas de sexo ou estado civil diferente «pressupõe que as circunstâncias relevantes num caso sejam as relevantes no outro, ou que de qualquer modo não sejam substancialmente diferentes» (Section 5).

Não existe todavia qualquer disposição específica que regule a condição dos transexuais, nem depois de terem sofrido uma intervenção cirúrgica para a mudança de sexo [2]. Diferentemente do que se encontra previsto em alguns ordenamentos jurídicos nacionais, no Reino Unido toda e qualquer pessoa conserva o sexo, masculino ou feminino, que tinha à nascença: não é portanto possível obter uma alteração do sexo originário no registo civil.

4. Debruçar-me-ei agora sobre o caso de figura, constituído pelo despedimento de um transexual, despedimento este que se deve à mudança de sexo; para ser mais específico, ao anúncio da intenção de se sujeitar a uma intervenção cirúrgica para adaptar o sexo biológico (masculino) à identidade sexual (feminina). Referir-me-ei a essa pessoa, identificada como P. por motivos óbvios de anonimato, como sendo uma pessoa de sexo feminino; e faço-o, sublinho, independentemente do sexo originário (masculino), como resulta do seu assento de nascimento, mas também do momento em que, no seguimento da intervenção cirúrgica definitiva, mudou efectivamente de sexo do ponto de vista físico.

5. P. foi contratada em Abril de 1991 na qualidade de gestora por um estabelecimento de ensino profissional que, na altura dos factos, dependia do Cornwall County Council, entidade administrativa territorialmente competente. Um ano mais tarde P. comunicava a S., director e responsável administrativo do estabelecimento em questão, a sua intenção de se submeter à intervenção cirúrgica para a mudança de sexo. Inicialmente, S. mostrou-se compreensivo e tolerante, tranquilizando-a sobre a sua posição no estabelecimento, mas mais tarde a sua atitude mudou. Segundo a reconstituição dos factos pelo juiz *a quo*, a mudança de atitude de S. era essencialmente devida à oposição dos membros do conselho de administração que, numa determinada altura, propuseram que

2 — Será conveniente esclarecer aqui que no Reino Unido não é todavia exigida qualquer formalidade jurídica para a intervenção cirúrgica destinada à mudança de sexo e que todas as despesas são suportadas pelo serviço nacional de saúde. A isto acresce o facto de a legislação do Reino Unido permitir a qualquer pessoa mudar de nome e utilizar o mesmo sem qualquer restrição ou formalidade, não tendo por conseguinte um transexual qualquer dificuldade em alterar o seu próprio nome e em utilizá-lo em documentos como a carta de condução, o passaporte, o livrete do carro, os documentos de segurança social e os fiscais. Para um quadro exaustivo da situação e dos direitos de que gozam os transexuais no Reino Unido, v. Bradley: «Transsexualisme — L'idéologie, les principes juridiques et la culture politique», in *Transsexualisme, médecine et droit*, Actes du XXIII[e] colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam, 14-16 de Abril de 1993, 1995, pp. 63 e segs.

P. continuasse a trabalhar para o estabelecimento na qualidade de trabalhador independente.

Entretanto, no Verão de 1992, P. sujeitou-se aos primeiros tratamentos cirúrgicos com vista à mudança de sexo, tendo estado ausente do local de trabalho por doença. Foi durante este período que S. e os membros do conselho de administração tomaram a decisão de a despedir, decisão que lhe foi comunicada com três meses de pré-aviso, com efeitos em 31 de Dezembro de 1992. Simultaneamente pedia-se a P. que terminasse, até tal data, um certo número de programas específicos que estava a organizar. Quando P. comunicou que voltaria ao trabalho vestida de mulher, responderam-lhe que as tarefas que lhe tinham sido atribuídas podiam ser realizadas no seu domicílio, de modo que não era necessário que se apresentasse no estabelecimento. Em suma, a relação laboral de P. com o estabelecimento cessou na data fixada, sem que P. tivesse voltado ao trabalho.

6. P. submeteu-se à intervenção definitiva de mudança de sexo em 23 de Dezembro de 1992, ou seja, antes do despedimento se tornar efectivo, mas posteriormente à comunicação através da qual, em 15 de Setembro de 1992, lhe fora anunciada a cessação da sua relação laboral. Em 13 de Março de 1993, P. intentou uma acção no Industrial Tribunal, Truro, alegando ter sido vítima de discriminação em razão do sexo. Tanto S. como o conselho de administração alegaram, pelo contrário, que P. tinha sido despedida por razões de excesso de pessoal.

O Industrial Tribunal considerou que, embora houvesse excesso de pessoal, o verdadeiro motivo do despedimento tinha sido a oposição de S. e do Corwall County Council à intenção de P. se submeter a uma intervenção para mudança de sexo.

Em suma, para o Tribunal de Justiça o ponto de partida relevante, na medida em que tal foi verificado pelo juiz *a quo*, é que P. foi despedida única e exclusivamente devida à mudança de sexo, anunciada e em seguida realizada antes de o despedimento produzir efeitos.

7. O Industrial Tribunal considera que o direito inglês não fornece qualquer resposta útil no caso de figura [3] e que, em especial, com base no Sex Discrimination Act não podia ser identificada qualquer discriminação contra P. No entanto, pensa que a directiva comunitária sobre a igualdade homem-mulher, na medida em que faz referência às discriminações «em razão do sexo», pode permitir uma interpretação mais ampla, de

3 — Em especial, o mesmo juiz salienta que no caso de figura não é possível apreciar a cessação da relação laboral sob o aspecto do despedimento sem justa causa, dado que para o efeito se exige no Reino Unido que a relação laboral exista há pelo menos dois anos. No momento do despedimento, P trabalhava no estabelecimento em questão há apenas vinte meses.

modo a abranger igualmente as discriminações em relação aos transexuais. É nessas circunstâncias que pergunta ao Tribunal de Justiça:

«1) Tendo em conta o objectivo prosseguido pela Directiva 76/207, que o seu artigo 1.° afirma ser a realização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, etc., o despedimento de um transexual por um motivo relacionado com uma mudança de sexo ('gender reassignment') constitui uma infracção ao disposto na directiva?

2) O artigo 3.° da directiva que se refere às discriminações em razão do sexo, proíbe que um trabalhador seja tratado em função da sua qualidade de transexual?»

Transexualismo e direito

8. Em primeiro lugar, o que é o transexualismo? Longe de mim a ideia de me aventurar num terreno que pressupõe conhecimentos e aprofundamentos específicos. Considero preferível, pelo contrário, recordar a definição dada por uma recomendação do Conselho da Europa, segunda a qual «le transsexualisme est un syndrome caractérisé par une personnalité double, l'une physique, l'autre psychique, la personne transexuelle ayant la conviction profonde d'appartenir à l'autre sexe, ce qui la pousse à demander que son corps soit 'corrigé' en conséquence» [4].

Quanto às causas de tal condição, a demandante apresentou numerosos artigos de peritos, nos quais se defende que as causas devem ser procuradas em disfunções biológicas, *já existentes no momento do nascimento*, ou em disfunções psicológicas relacionadas com o meio. No entanto, o resultado é o mesmo: o sexo biológico e a identidade sexual não coincidem [5]. Contudo, basta assinalar aqui a circunstância de que os estudos em matéria de transexualismo chegaram a resultados extremamente interessantes, que refutam velhos tabus e preconceitos destituídos de fundamento, desviando a atenção da dimensão *moral* da questão, a qual é redutora e por vezes enganosa, para uma dimensão estritamente médica e científica.

9. O que quero sublinhar aqui é que o fenómeno do transexualismo, embora não

4 — Recomendação 1117 de 29 de Setembro de 1989, «relative à la condition des transsexuels» em que além disso se solicita ao Comité dos Ministros que convide os Estados-Membros a legislarem na matéria.

5 — Para um aprofundamento de tais aspectos, v. Reed: «Aspects psychiatriques et psychologiques du transsexualisme»; e Gooren: «Aspects biologiques du transsexualisme et leur importance pour la réglementation en ce domaine», ambos in *Transsexualisme, médecine et droit*, já referido, respectivamente pp. 25 e segs. e pp. 123 e segs.

significativo em termos estatísticos [6], constitui hoje em dia uma realidade, discutida no seio de diversas instâncias, não só científicas mas também jurídicas, em especial do ponto de vista dos direitos fundamentais da pessoa [7]. O direito é, assim, confrontado — e cada vez mais o será — com tal realidade. Isto é inevitável. Na sociedade actual, em que se assiste a uma rápida mutação dos costumes e da moral, em que a protecção das liberdades reconhecidas aos cidadãos é cada vez mais ampla e profunda, em que os estudos sociais e jurídicos cada vez mais têm em conta os valores actuais — e, por isso, efectivos — inspirando-se assim no princípio da efectividade, não seria justificado rejeitar *a priori* o problema do transexualismo — que pode ser apreciado com autonomia em termos morais — ou pura e simplesmente condená-lo e considerá-lo não conforme ao direito.

Em minha opinião, o direito não pode ignorar a realidade social e não pode deixar de se adaptar à mesma o mais rapidamente possível. Se assim não for, o mesmo corre o risco de impor pontos de vista ultrapassados e de assumir um papel estático. O direito, enquanto destinado a disciplinar as relações sociais, deve pelo contrário adaptar-se à evolução social, deve portanto ser capaz de regular situações novas surgidas com as mutações sociais e com o progresso científico. Deste ponto de vista, é incontestável, no que respeita ao presente caso, que o princípio da pretensa intangibilidade do estado civil foi ultrapassado pelos acontecimentos; e é-o na medida e a partir do momento em que o facto de uma pessoa não poder mudar de sexo para efeitos burocráticos e administrativos já não corresponda à situação real, mais que não seja devido ao progresso científico registado em matéria de mudança de sexo.

10. Uma breve análise da situação existente neste domínio nos diversos Estados-Membros da Comunidade revela uma nítida tendência, especialmente a partir do início dos anos 80, no sentido de um reconhecimento cada vez mais amplo deste fenómeno, quer por via legislativa, quer por via jurisprudencial. Tal reconhecimento é reflectido, em primeiro lugar, pela aceitação da mudança de sexo, no sentido preciso de que as intervenções cirúrgicas realizadas para o efeito são actualmente autorizadas, ainda que sujeitas a diferentes regras, em quase todos os Estados [8]. Em segundo lugar, a tendência no sentido da licitude de tal tipo de intervenção é geralmente acompanhada da autorização, uma vez mais sujeita a diferentes regras, de rectificação do sexo no registo civil, com todas as consequências daí resultantes.

Alguns Estados deram uma resposta jurídica ao transexualismo adoptando regulamenta-

6 — Segundo os dados apresentados pela própria demandante, existiriam actualmente na Europa 1 em 30 000 homens e 1 em 100 000 mulheres que pretendem mudar de sexo através de uma intervenção cirúrgica.

7 — É este o caso, por exemplo, da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, cujos trabalhos na matéria conduziram à adopção da já referida Recomendação 1117 sobre a condição dos transexuais.

8 — A este respeito, vale a pena repetir que no Reino Unido, onde não é ainda possível obter a rectificação da menção do sexo no registo civil, não só a intervenção cirúrgica «transexual» é admitida sem qualquer formalidade jurídica, como é além disso suportada integralmente pelo serviço nacional de saúde.

ções *ad hoc*. É este o caso, no que diz respeito aos Estados-Membros da Comunidade, da Suécia [9], da República Federal da Alemanha [10], da Itália [11] e dos Países Baixos [12]. As leis em questão autorizam os transexuais a rectificar o seu assento de nascimento, de modo a incluir uma referência à sua nova identidade sexual, com o resultado de que têm o direito de se casar, de adoptar crianças, e de beneficiar de direitos à pensão em conformidade com a sua *nova* identidade sexual.

A ausência, nos outros Estados-Membros, de leis especiais na matéria não significa que a situação dos transexuais seja ignorada. De facto, nalguns Estados, o fundamento para a licitude das intervenções cirúrgicas em transexuais e a consequente mudança do estado civil baseia-se em leis que nada têm a ver com o problema do transexualismo [13]. Na maior parte dos outros Estados o problema é, em contrapartida, resolvido caso a caso pela jurisprudência [14], ou ainda, muito mais simplesmente, a nível administrativo [15].

11. O fenómeno do transexualismo foi igualmente abordado pela Comissão e pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, sob o duplo aspecto da violação do respeito da vida privada (artigo 8.° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) e da violação do direito de contrair validamente matrimónio (artigo 12.° da mesma convenção).

O caminho foi aberto por uma decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem que, em 1979, se pronunciou por unanimidade no sentido de que a recusa do Estado belga de adoptar medidas destinadas a ter em conta, no registo civil, as mudanças de sexo legalmente ocorridas, constituía uma violação do respeito da vida privada consagrado no artigo 8.°, n.° 1, da convenção [16].

9 — Lei de 21 de Abril de 1972, (SFS 1972, p. 119). V. tradução francesa in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1976, pp. 295 e *segs.*

10 — Lei de 10 de Setembro de 1980 (BGBl. 1980 I, pp. 1654 e segs.). A lei em questão, é interessante sublinhá-lo, prevê a denominada «solução menor», que consiste em permitir a mudança do nome, e a denominada «solução maior», que prevê a intervenção cirúrgica destinada à mudança de sexo.

11 — Lei n.° 164 de 14 de Abril de 1982 (GURI n.° 106 de 19.4.1982, pp. 2879 e segs.). A este respeito, precise-se que, no acórdão de 24 de Maio de 1985, n.° 161, a Corte costituzionale italiana rejeitou a excepção de inconstitucionalidade das normas em matéria de correcção de sexo (*Foro it.*, I, 1985, col. 2162 e segs.).

12 — Lei de 24 de Abril de 1985 (*Staatsblad* 1985, pp. 243 e segs.).

13 — É este o caso, por exemplo, da Dinamarca, onde é aplicada por analogia a lei de 11 de Maio de 1935 (*sic*!) sobre a castração voluntária. Às pessoas autorizadas a submeterem-se a uma intervenção cirúrgica com base nessa lei é concedido automaticamente o direito à mudança do estado civil.

14 — É este o caso da França, da Bélgica, de Espanha, de Portugal, do Luxemburgo e da Grécia (no entanto, neste último Estado, a mudança do estado civil até agora só foi admitida em relação aos hermafroditas).

15 — É o caso da Áustria, onde tem sido actualmente prática constante, a partir de 1981, que o funcionário do registo civil complete o assento de nascimento com a menção de mudança de sexo, desde que a pessoa em causa tenha efectivamente sofrido uma intervenção cirúrgica, a comprovar por relatório elaborado por peritos do Instituto de Medicina Legal da Universidade de Viena.

16 — D. Van Oosterwijck/Bélgica (pedido n.° 7654/70), relatório da Comissão de 1 de Março de 1979, publicado in *Rapport européen sur les droits de l'homme*, 1981, pp. 557 e segs.

12. A abordagem do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, chamado a pronunciar-se sobre a violação dos artigos 8.° e 12.° da convenção por parte do Reino Unido, foi no entanto diferente. No processo Rees, defendeu que deve «ser deixada ao Estado requerido a possibilidade de determinar até que ponto pode satisfazer as exigências dos transexuais ainda sem resposta. No entanto, este tribunal está consciente da gravidade dos problemas que afectam estas pessoas e das angústias que as afligem. A convenção deve sempre ser interpretada e aplicada à luz da situação geral... A necessidade de medidas jurídicas adequadas deve portanto ser objecto de especial atenção, tendo em conta especialmente os desenvolvimentos científicos e sociais» [17]. A mesma solução foi mais tarde adoptada no processo Cossey [18].

No entanto, no processo subsequente B./França, o Tribunal de Estrasburgo condenou a França, afirmando que a impossibilidade de à requerente, que se tinha submetido em 1972 a uma intervenção para se tornar mulher (também) do ponto de vista sexual, ser atribuído um nome feminino, bem como a circunstância de não poder alterar o seu estado civil, constituíam uma violação do artigo 8.°, n.° 1, da convenção [19]. Ao chegar a tal conclusão — e embora distinguindo o processo B. dos processos Rees e Cossey [20] — o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não deixou de precisar que as mentalidades na matéria tinham mudado, que se tinham verificado progressos da ciência e que ao problema do transexualismo era dada cada vez maior importância.

13. A análise que precede demonstra que actualmente a intervenção cirúrgica «transexual» é considerada conforme ao direito, mesmo nos países que ainda não permitem que à mesma corresponda uma alteração do registo civil. Só este elemento significa já que o direito, devido ao progresso científico e social registado neste domínio, dá uma atenção cada vez maior ao fenómeno do transexualismo, disciplinando os aspectos que são susceptíveis de ter importantes reflexos nas relações sociais. Como já foi visto, tal é confirmado pela circunstância de na maior parte dos ordenamentos jurídicos nacionais a alteração do registo civil ser permitida, quer por força de leis especiais, quer graças à intervenção do juiz caso a caso.

Subsiste ainda a questão de saber se pode haver uma tutela jurídica das pessoas que mudaram de sexo ou que atravessem a fase de mudança quando, precisamente e apenas devido a essa condição, são objecto de discriminações ou, de qualquer modo, de tratamento desfavorável no mundo laboral, tratamento que pode dar origem, como no caso de figura, a um despedimento.

17 — Rees/Reino Unido (2/1985/88/135), acórdão de 17 de Outubro de 1986, n.° 47, série A, vol. 106.

18 — Cossey/Reino Unido (16/1989/176/232), acórdão de 27 de Setembro de 1990, n.° 42, série A, vol. 184.

19 — B./França (57/1990/248/319), acórdão de 25 de Março de 1992, n.° 63, série A, vol. 232-C.

20 — Em especial, verificou-se que, diferentemente do sistema vigente no Reino Unido, em França o registo civil pode ser alterado sem qualquer dificuldade. A este respeito v. nota 2 anterior.

Respostas às questões

especificamente, as discriminações em razão do sexo no que diz respeito às condições de despedimento. Assim, a questão do juiz *a quo* deve ser reformulada nesse sentido.

14. O juiz *a quo* solicita ao Tribunal de Justiça que determine se, tendo em conta a finalidade da directiva, como enunciada no seu artigo 1.°, o despedimento de um transexual em razão da mudança de sexo constitui uma discriminação proibida pela directiva e, mais em geral, se o artigo 3.°, n.° 1, deve ser interpretado de modo a abranger, no que diz respeito às condições de trabalho, também as discriminações contra os transexuais.

Posto isto, é de qualquer modo necessário estabelecer se o despedimento de um transexual, devido à mudança de sexo, é abrangido pelo âmbito de aplicação do direito comunitário, mais precisamente da directiva sobre a igualdade de tratamento entre homens e mulheres.

O juiz *a quo* parte do pressuposto que a directiva, e em especial o artigo 3.°, n.° 1, na medida em que prevê «a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo» [21], não abrangeria, pelo menos necessariamente, apenas a ideia da discriminação entre uma pessoa de sexo masculino e uma de sexo feminino, podendo ser interpretada de modo a abranger igualmente as discriminações contra os transexuais.

16. Embora seja um facto que a directiva proíbe toda e qualquer discriminação em razão do sexo, é também pacífico que o princípio da igualdade de tratamento nela consagrado se refere textualmente à dicotomia tradicional homem/mulher.

15. Antes de mais, gostaria de observar que as disposições relevantes na matéria são mais o artigo 2.°, n.° 1, da directiva, que impõe em termos gerais a proibição de discriminações em razão do sexo, bem como o artigo 5.°, n.° 1, da mesma directiva, que proíbe, mais

A fim de verificar se a directiva pode ser, como sugerido pelo juiz *a quo*, interpretada de modo a abranger igualmente as discriminações contra os transexuais, deve, no entanto, e em primeiro lugar, estabelecer-se se o tratamento desfavorável reservado aos transexuais constitui uma discriminação em razão do sexo. Será então necessário apreciar se a expressão «discriminação em razão do sexo» abrange apenas as discriminações entre homens e mulheres ou, mais em geral, todos os tratamentos desfavoráveis relacionados com o factor sexo.

21 — Neste sentido dispõem em termos gerais, além do artigo 3.°, n.° 1, da directiva, também o seu artigo 2.°, n.° 1.

17. Começarei por recordar a tese, cada vez com mais apoio em meios médicos e científicos, de que é necessário ultrapassar a classificação tradicional e reconhecer que, para além da dicotomia homem/mulher, há uma série de características, de comportamentos e de papéis comuns aos homens e às mulheres, de modo que o sexo *em si* devia ser pelo contrário considerado um *continuum*. Nesta perspectiva, é evidente que não seria certo continuar a tratar como ilícitas exclusivamente as discriminações em razão do sexo relativas aos homens e às mulheres, na acepção tradicional dos termos, recusando proteger aqueles que, precisamente em razão do seu sexo e/ou da sua identidade sexual, são igualmente tratados de modo desfavorável.

O argumento adiantado, embora sugestivo, pressupõe uma redefinição do sexo que exige aprofundamentos em círculos mais apropriados; assim, não é este o caminho que proponho ao Tribunal seguir. Entendo que desde sempre nos limitámos a determinar o sexo sem que o direito tivesse de intervir para definir o mesmo. O direito não gosta de ambiguidades e raciocinar em termos de Adão e Eva é certamente mais simples.

Posto isto, considero obsoleta a ideia de que o direito deva tomar em consideração e proteja uma mulher discriminada em relação a um homem, e vice-versa, mas negue a mesma protecção a quem também em razão do sexo seja igualmente *discriminado*, apenas porque escapam à classificação tradicional homem/mulher.

18. A objecção tem sido aceite e foi várias vezes proposta na presente instância: não existiria o elemento da discriminação entre os sexos, visto que o «transexual mulher» não é tratado diversamente do «transexual homem». Em suma, ambos são tratados desfavoravelmente, não havendo assim qualquer discriminação. Uma resenha das jurisprudências nacionais nesta matéria confirma tal posição [22], embora com algumas excepções [23].

22 — Refiro, em primeiro lugar, a decisão White/British Sugar Corporation de 1977 (*IRLR*, p. 121), em que um Industrial Tribunal inglês considerou que o Sex Discrimination Act não se aplicava ao caso do despedimento de um transexual mulher que não tinha sofrido qualquer intervenção para a mudança de sexo, mas que tinha obtido o posto de trabalho apresentando-se como uma pessoa de sexo masculino. Sobre esta matéria existem muitas decisões de tribunais dos Estados Unidos. Quase todas consideraram legal o despedimento de transexuais, argumentando que em tais casos não podia ser identificada qualquer discriminação em razão do sexo (v., por exemplo, Grossman/Bernards Township Board of Education, 11 FEP Cases 1196, 1975; Kirkpatrick/Seligman e Latz, 636 F 2d 1047, 1981; Sommers/Budget Marketing, 667 F 2d 748, 1982; bem como Ulane/Eastern Airlines, 35 FEP Cases 1348, 1984). O caso Holloway/Arthur Andersen & Co. (556 F 2d 659, 1977), merece uma menção à parte; tratava-se de um caso exactamente igual ao presente, em que foi considerado legal o despedimento de um transexual por este ter iniciado um tratamento para se tornar mulher.

23 — Neste sentido, cabe referir a decisão em primeira instância no caso Ulane/Eastern Airlines (35 FEP Cases 1332, 1984), em que o tribunal considerou que o despedimento de uma empregada devido à sua condição de transexual equivalia a um despedimento em razão do sexo. Outra excepção relevante é constituída pelo caso Richards/United States Tennis Association (93 misc. 2d 713, 400 N. Y. S. 2d 267, 1977), relativo a um tenista que, na sequência de uma intervenção a que se tinha submetido para se tornar (também) fisicamente mulher, queria participar em torneios femininos. O Supreme Court do Estado de Nova Iorque, não obstante a oposição da federação norte-americana de ténis, segundo a qual Richards, na medida em que conservava uma estrutura muscular masculina, ficaria numa situação de vantagem, autorizou Richards a participar no US Open feminino de 1977 (para completa informação saliento que Renée Richards foi batida na primeira volta por Virginia Wade 6-1, 6-4).

Tal posição não me parece convincente. É um facto que mesmo que P. estivesse na situação oposta, ou seja, se tivesse mudado do sexo feminino para o sexo masculino, não é de excluir que tivesse de qualquer modo sido despedida. Um dado, contudo, é não só possível, mas certo: P. não teria sido despedida se tivesse permanecido homem.

Como é que se pode então afirmar que não se trata de uma discriminação em razão do sexo? Como é que se pode negar que o factor discriminatório consiste precisamente e tão-só no sexo? Em minha opinião, quando o tratamento desfavorável de um transexual esteja relacionado com a mudança de sexo (ou, melhor, seja determinado pela), estamos na presença de uma discriminação devido ao sexo ou, se se preferir, em razão do sexo.

19. A este propósito, não posso deixar de recordar que a proibição de discriminação em razão do sexo é um aspecto do princípio da igualdade, princípio que exige a não consideração de factores discriminatórios: principalmente o sexo, a raça, a língua e a religião. O que importa é que, em igualdade de situações, haja igual tratamento dos indivíduos.

O princípio da igualdade proíbe, por conseguinte, o tratamento desigual entre indivíduos com base em certos factores de diferenciação, e entre estes o sexo. Tal significa que ao sexo, enquanto tal, não pode e não deve ser concedida importância tal que possa influenciar de um modo ou de outro o tratamento, por exemplo, dos trabalhadores. É esta mesma lógica que está na base das minhas conclusões no processo Kalanke [24], em que, recorde-se, me pronunciei contra as quotas a favor das mulheres em matéria de contratação e de promoção, porque penso que o princípio da não discriminação em razão do sexo só permite excepções que, enquanto destinadas a alcançar uma igualdade *substancial*, sejam justificadas pelo objectivo de garantir uma igualdade efectiva entre as pessoas.

No caso de figura, o que se exige é pelo menos uma aplicação rigorosa do princípio da igualdade, sem que possam portanto ser relevantes, seja de que modo for, conotações relacionadas com o sexo e/ou com a identidade sexual. Por outro lado, para justificar a sua relevância, seria muito difícil defender, e de qualquer modo tal não foi invocado, que as capacidades e o papel da pessoa em questão tivessem sido afectados negativamente devido à mudança de sexo.

20. Devo acrescentar que, para efeitos do presente caso, o sexo é importante como

24 — Acórdão de 17 de Outubro de 1995 (C-450/93, Colect., p. I-3051).

convenção, como parâmetro social. As discriminações de que muitas vezes as mulheres são vítimas não se devem às suas características físicas, mas ao seu papel, à imagem que a sociedade tem da mulher. O tratamento menos favorável encontra portanto a sua razão de ser no papel social que as mulheres são supostas ter e não certamente nas suas características físicas. Do mesmo modo, deve reconhecer-se que o tratamento desfavorável sofrido pelos transexuais se encontra na maior parte das vezes relacionado com uma imagem negativa, com um juízo moral, que nada têm a ver com as suas capacidades no mundo do trabalho.

Tal situação é ainda mais inaceitável se a evolução social e os progressos científicos realizados na matéria nos últimos vinte anos forem tomados em consideração. Embora seja verdade que, como já foi dito, os transexuais constituem uma realidade não muito significativa em termos estatísticos, é igualmente um facto que, por esta mesma razão, se torna necessário que haja em relação aos mesmos um mínimo de protecção. Nesta óptica, afirmar que o tratamento desfavorável sofrido por P. não é em razão do sexo porque devido à mudança de sexo ou porque não se pode falar, nestes casos, de discriminação entre os dois sexos, seria um formalismo hermenêutico capcioso que trairia a verdadeira essência daquele valor fundamental e inalienável que é a igualdade.

21. Resta verificar se uma directiva textualmente destinada a garantir a eliminação das discriminações entre homens e mulheres pode também abranger os tratamentos desfavoráveis de que são objecto os transexuais. Por outras palavras, na ausência de uma legislação *ad hoc*, que vise expressamente os transexuais, deve concluir-se que os transexuais — quando discriminados — se encontram privados de toda e qualquer protecção jurídica?

A este respeito, assume algum interesse uma decisão do tribunal constitucional alemão, em que este tribunal reconheceu — na ausência de legislação na matéria — o direito dos transexuais à mudança do estado civil. Nessa decisão afirma-se: «Certamente é do interesse da segurança jurídica que o legislador regule as questões do estatuto jurídico pessoal relacionadas com a mudança de sexo e os seus efeitos. Mas enquanto não existir essa regulamentação, a tarefa dos juízes não é diferente da que resultava do princípio da igualdade entre homens e mulheres antes da entrada em vigor da lei que os colocou em situação de igualdade» [25].

22. Em primeiro lugar, os transexuais não constituem certamente uma terceira categoria sexual, de modo que devia ser considerada uma questão de princípio que se encontram

25 — Bundesverfassungsgericht, 11 de Outubro de 1978, *NJW* 1979, pp. 595 e segs.

cobertos pela directiva, considerando também o já referido reconhecimento do seu direito à identidade sexual [26].

Em segundo lugar, saliento que a directiva mais não é que uma das expressões de um princípio geral e de um direito fundamental. E recordo que o respeito dos direitos fundamentais faz parte dos princípios gerais do ordenamento comunitário cujo respeito o Tribunal deve garantir e que «é incontestável que a *eliminação das discriminações em razão do sexo* faz parte desses direitos fundamentais» [27].

23. Colocado o problema nestes termos, é demasiado evidente, em minha opinião, que a directiva, de 1976, teve em conta o que se pode definir como a realidade «normal» ao tempo da sua adopção. É muito natural que não tenha tido expressamente em conta um problema e uma realidade que só então começavam a ser «descobertos». Todavia, enquanto expressão de um princípio mais geral, com base no qual o sexo devia ser irrelevante no tratamento que cada indivíduo recebe, a directiva deve ser lida numa perspectiva mais ampla, abrangendo assim todas as situações em que o sexo surge como factor discriminatório.

Deve além disso recordar-se que a directiva indica expressamente na sua fundamentação que «a igualdade de tratamento entre os trabalhadores masculinos e os trabalhadores femininos constitui um dos objectivos da Comunidade, *na medida em que se trata, nomeadamente, de promover a igualização no progresso das condições de vida e de trabalho da mão-de-obra*» [28]. A directiva destina-se assim, na óptica dos objectivos económicos fixados pelo Tratado segundo critérios de justiça social, essencialmente a garantir a igualdade de tratamento entre trabalhadores. Nesta perspectiva, parece-me demasiado evidente que todos os trabalhadores, portanto também aqueles que tenham mudado de sexo na sequência de uma intervenção cirúrgica, têm direito a beneficiar da protecção concedida pela directiva: e isto, repito, sempre que o sexo seja um factor discriminatório.

Foi também neste sentido que se exprimiu o Parlamento Europeu numa resolução sobre a discriminação dos transexuais de 9 de Outubro de 1989, na qual, nomeadamente, «exorta a Comissão e o Conselho a *tornarem claro* que as directivas comunitárias relativas à

26 — V., em especial, pontos 10 a 13.

27 — Acórdão de 15 de Junho de 1978, Defrenne II (179/77, Recueil, p. 1365, n.° 27; o sublinhado é nosso). V., além disso, mais recentemente, acórdão de 28 de Janeiro de 1992, Speybrouck (T-45/90, Colect., p. II-33), em que o Tribunal de Primeira Instância reafirmou precisamente que «o princípio da igualdade de tratamento entre mulheres e homens em matéria de emprego e, correlativamente, a inexistência de qualquer discriminação, directa ou indirecta, em razão do sexo, faz parte integrante dos direitos fundamentais cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Primeira Instância, por força do artigo 164.° do Tratado CEE» (n.° 47).

28 — Terceiro considerando; o sublinhado é nosso.

igualdade de homens e mulheres no local de trabalho proíbem igualmente a discriminação dos transexuais» [29]. O facto de o Parlamento apenas pedir que seja tornado claro que as directivas comunitárias abrangem também os transexuais implica que, para aquela instituição, os transexuais já deviam poder beneficiar da protecção garantida pelas directivas em questão.

Tenho consciência, repito, que no direito comunitário não existe uma disposição precisa *específica* e textualmente destinada a regular o problema; mas a mesma pode deduzir-se fácil e claramente dos princípios e dos objectivos do direito social comunitário, do preâmbulo da directiva que salienta «a igualização no progresso das condições de vida e de mão-de-obra», bem como da própria jurisprudência do Tribunal de Justiça, sempre atento e na linha da frente para garantir a protecção das pessoas desfavorecidas. Assim, considero que seria uma pena deixar escapar esta oportunidade para deixar uma marca de indiscutível valor cívico, com uma escolha corajosa, mas justa e juridicamente correcta, na medida que incontestavelmente efectuada com fundamento e na direcção do grande valor da igualdade.

24. Em suma, estou consciente de que peço ao Tribunal que faça uma escolha «corajosa». Faço-o, porém, profundamente convencido de que está em jogo um valor universal, fundamental, consagrado nas tradições jurídicas modernas e nas constituições dos países mais avançados: *a irrelevância do factor sexo no que diz respeito às regras que regem as relações sociais.* Quem acredita neste valor não pode aceitar a ideia de que uma legislação permita despedir uma pessoa por ser uma mulher, um homem, ou porque ele ou ela muda de um dos dois sexos (seja ele qual for) para outro através de uma operação, que constitui — segundo os conhecimentos médicos actuais — o único remédio para restabelecer o equilíbrio entre a mente e o corpo. Outra solução seria uma condenação moral, além disso extemporânea, do transexualismo, precisamente quando o progresso científico e a evolução social na matéria proporcionam uma dimensão do problema que transcende certamente a sua dimensão moral.

Recordo por fim, retomando as palavras do advogado-geral Trabucchi numas conclusões já com vinte anos, que «se quisermos que o direito comunitário não seja apenas uma regulamentação mecânica da economia, mas antes constitua um ordenamento à altura da sociedade que se propõe reger, se quisermos que seja um direito correspondente à ideia de justiça social e às exigências da integração europeia a nível não só da economia mas também dos povos, não podemos frustrar a expectativa, mais que legítima, do órgão jurisdicional (nacional)» [30].

29 — JO C 256, p. 33; o sublinhado é nosso.

30 — Conclusões do advogado-geral Trabucchi no processo 7/75, acórdão de 15 de Junho de 1975, Cônjuges F./Estado belga (Colect., p. 225, p. 239).

25. À luz do que precede, proponho portanto ao Tribunal que responda do seguinte modo às questões colocadas pelo Industrial Tribunal, Truro:

«Os artigos 2.°, n.° 1, e 5.°, n.° 1, da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, 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, devem ser interpretados no sentido de que se opõem ao despedimento de um transexual por um motivo relacionado com a sua mudança de sexo.»