

A HOMOSSEXUALIDADE COMO ELEMENTO DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO: VIOLÊNCIA DA CULTURA À ESTRUTURA

Clarindo Epaminondas de Sá Neto¹

Felipe Rudi Parize²

Resumo: O presente artigo busca investigar quais medidas que podem ser adotadas para combater a discriminação dos homossexuais na relação de trabalho mantida entre estes e seus empregadores. Isto porque, a violência praticada em face deste grupo, denominada homofobia, tem caráter tanto direto quanto estrutural e cultural, as vezes velado, que os afeta no desempenho do contrato de trabalho, dificultando seu acesso ao emprego, bem como progressão na carreira e até mesmo a manter seu vínculo. Para tanto, serão estudadas, a homofobia como expressão de violência estrutural, as fases do contrato de trabalho e o dever do empregador em assegurar um ambiente de trabalho sadio, respeitando o princípio da não discriminação, como forma de garantir a dignidade dos homossexuais, com a possibilidade de

¹ Bacharel em Direito; Advogado; Mestre em Direito Constitucional (UFRN) 2014; Doutor em Direito (UFSC) 2017. É professor efetivo em regime de dedicação exclusiva do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Na graduação atua no Escritório Modelo de Assistência Jurídica - EMAJ, com especial destaque para as áreas de Família, Cível, Consumidor, Penal e Trabalhista. Coordena o Grupo de Pesquisa e o Núcleo de Estudos em Direitos e Diversidades (projeto de extensão). Na Pós-graduação *strictu sensu* atua nas áreas de Direitos e Diversidades e Metodologia da Pesquisa Jurídica.

² Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC (2011). Especialista em Direito e Processo do Trabalho e Processo Civil, pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC (2013/2017). Vice-presidente da Comissão de Diversidade Sexual e Gênero da OAB/SC (2019).

livre expressão de sua identidade para, ao final, propor medidas de combate a este problema. De fato, há a necessidade de projetar-se ações afirmativas para obstar o avanço desse cenário desfavorável, especialmente aquelas de caráter pedagógico, sem desconsiderar a importância de se discutir a criação de cotas. Para tal mister, foi utilizado método dedutivo em procedimento monográfico, com técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-Chave: homossexualidade; violência; contrato de trabalho; não-discriminação.

HOMOSEXUALITY AS AN ELEMENT OF VIOLATION OF THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION IN THE LABOR MARKET: VIOLENCE OF CULTURE TO THE STRUCTURE

Abstract: This article seeks to investigate what measures can be taken to combat discrimination against homosexuals in the employment relationship maintained between them and their employers. This is because the violence practiced in the face of this group, called homophobia, has both direct and structural sides and many times in a veiled character, which affects them in the performance of the employment contract, making it difficult to access employment, as well as career progression and even to maintain their job. To this end, homophobia will be studied as an expression of structural violence, the phases of the employment contract and the employer's duty to ensure a healthy work environment, respecting the principle of non-discrimination, as a way of guaranteeing the dignity of homosexuals, with the possibility of free expression of their identity in order to propose measures to combat this problem. In fact, there is a need to design affirmative actions to prevent the advance of this unfavorable scenario, especially those of a educative nature, without disregarding the importance of discussing the creation of quotas.

For this purpose, a deductive method was used in a monographic procedure, using a bibliographical research technique.

Keywords: homosexuality; violence; employment contract; non-discrimination.

1. INTRODUÇÃO



início de uma carreira profissional é hoje um dos grandes desafios dos jovens. Estes, diversas vezes, preenchendo todos os requisitos para ocupar alguma vaga e/ou detentores de conhecimento técnico necessário a determinado ofício, encontram dificuldade de inserção no mercado de trabalho. Tão desafiador quanto este primeiro momento é o próximo passo, o de manter-se ativo e prosperar na carreira pretendida, prosseguindo sempre com boas referências dos empregos exercidos no decorrer da caminhada profissional.

O que se pretende dizer é que em todas as fases de um contrato de trabalho, desde a pré até pós-contratual, os trabalhadores estão sujeitos a desafios e rotinas burocráticas, organizacionais e também morais, intrínsecas a cada local de prestação de serviço. Esta operacionalização, por vezes, está norteadada por situações de exclusão e marginalização de determinadas categorias de empregados que têm fundamento em argumentos discriminatórios, os quais são vedados pela Constituição Federal e também pela legislação trabalhista.

Empresas, desde a fase preliminar, buscam informações não apenas sobre o histórico profissional e qualificação técnico/intelectual de seus pretensos empregados, mas também sobre a vida íntima destes ou desde já expõe aos seus recrutadores quais perfis de candidatos que não tem interesse em contratar. Esta forma de avaliação subjetiva prossegue após a contratação, no decorrer da relação empregatícia e caso a empresa tenha

ciência de que algum de seus empregados apresenta uma conduta julgada por si como imprópria, o vínculo então mantido pode ficar em xeque pela demissão. Não apenas isso: mesmo depois de demitido, ao trabalhador pode resultar um estigma, perseguindo-o durante sua carreira e impedindo que este esteja em igualdade com outros profissionais que ostentam a mesma qualificação que a sua.

Não se olvida que o empregador detém o poder diretivo sobre o empregado, definindo a melhor forma de gerir seu empreendimento, buscando o êxito deste. Porém, no exercício desta atribuição, há situações nas quais são criados elementos discriminatórios para contratação ou manutenção de obreiros, com distinções desarrazoadas que colocam semelhantes em desigualdade (salários menores, benefícios desiguais, reajustes ou aumentos de remuneração obstados, férias postergadas, etc.), sem justo motivo.

Tais situações trazem consigo, em verdade, uma forma de violência estrutural, entendida como um processo histórico de determinadas condutas, por vezes legitimada por elementos culturais, que culminam em exclusão, marginalização e preceito a alguns grupos, colocando os integrantes destes em situações de desvantagem sem uma justificativa aceitável e dificultando o desempenho de uma atividade laboral. Ou ainda, criam um ambiente de trabalho hostil, no qual o obreiro sente-se oprimido e, por medo de maiores represálias, prefere adaptar-se às exigências despropositadas ou às condições abusivas, especialmente pelo risco de ver seu contrato rompido e futuro ameaçado.

Este panorama de óbice/cerceamento de oportunidades profissionais demonstra transversalidade a diferentes grupos vulneráveis da sociedade. Contudo, pretende-se com o presente artigo evidenciar como esta realidade aflige pessoas com orientação sexual homossexual.

Sendo assim, com vistas a desenvolver uma reflexão acerca desse tema elege-se como problema de pesquisa a

seguinte pergunta: quais são as medidas que podem ser adotadas para combater a discriminação dos homossexuais na relação de trabalho mantida entre estes e seus empregadores?

A título de hipótese considera-se que a violência praticada em face dos homossexuais (denominada homofobia), tanto a direta quanto aquela existente em caráter estrutural quanto cultural (indireta), os afeta no desempenho do contrato de trabalho, dificultando seu acesso à relação de emprego, bem como às correspondentes progressões na carreira e, sobretudo, à manutenção do vínculo empregatício.

Como objetivos específicos elegeram-se: a) Analisar o fenômeno da violência praticada contra os homossexuais, denominada homofobia, tanto no aspecto direto quanto no cultural e estrutural; b) Estudar o contrato de trabalho, entendendo suas fases e a partir de qual momento o empregador pode ser responsabilizado por ilegalidades; c) Examinar o princípio da não-discriminação aplicado aos contratos de trabalho, trazendo fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais sobre a matéria; d) Demonstrar a relevância da discussão da questão, em razão da ofensa à dignidade dos trabalhadores homossexuais pela impossibilidade de expressão da sua identidade; e) Consignar a necessidade de adoção de medidas para enfrentar este problema.

No que toca à metodologia aplicada, optou-se pelo método dedutivo, enquanto método de abordagem; em relação ao método de procedimento optou-se pelo monográfico; a pesquisa bibliográfica, por sua vez, será utilizada enquanto técnica de pesquisa.

2. A VIOLÊNCIA QUE VITIMIZA OS HOMOSSEXUAIS: HOMOFOBIA QUE TEM CARÁTER DIRETO, ESTRUTURAL E CULTURAL

2.1 DEFINIÇÃO DE TERMOS: HOMOSSEXUALIDADE E HOMOFOBIA

O primeiro esclarecimento imprescindível para estudar o tema proposto é compreender que está arraigada em nossa sociedade uma expressão de violência contra os homossexuais que nem sempre é facilmente perceptível, manifestada de forma indireta, a qual é reforçada por elementos culturais.

Com efeito, objetivando a melhor compreensão e delimitação da discussão ora proposta, impende fazer descrições iniciais de termos fundamentais. Conforme foi exposto na parte introdutória, o problema aqui abordado apresenta-se claramente a diversos grupos da sociedade brasileira, sobretudo às minorias sexuais e de gênero.

As minorias sexuais podem ser entendidas como “[...] pessoas que são discriminadas por conta de sua orientação sexual ou por exercerem práticas sexuais não aceitas pela moralidade majoritária sem que haja motivação lógico-racional que justifique tal discriminação. [...]”; sendo exemplos destas os homossexuais, bissexuais, pansexuais e assexuais. Já as minorias de gênero são aquelas: “[...] discriminadas por conta de sua identidade de gênero (por se identificar com gênero distinto daquele que lhe foi atribuído, ao nascer, em razão de sua genital, pelas normas de gênero socialmente hegemônicas) ou por sua intersexualidade. [...]”; nas quais incluem-se transexuais, travestis e intersexuais. (VECCHIATTI, 2019, p. 161-162).

Sem desconsiderar a relevância do debate ao combate à transfobia, o estudo aqui realizado visa abordar os problemas apresentados em face dos *homossexuais*, definidos como, nas palavras de Vecchiatti (2019, p. 162):

[...] São as pessoas que sentem atração erótico-afetiva por pessoas do mesmo gênero, independentemente de se considerarem ou não pertencentes à comunidade homossexual ou mesmo como homossexuais, por ser a orientação sexual um conceito que toma como parâmetro apenas o gênero pelo qual a pessoa sente atração erótico-afetiva (pelos mesmos motivos, heterossexuais são pessoas que sentem atração erótico-afetiva por pessoas do gênero oposto). Ao contrário do(a) transexual, o(a)

homossexual não sofre dissociação entre seu “sexo físico” e seu gênero – foi designado como homem, ao nascer, se entende como homem e, independentemente disso, sente atração erótico-afetiva por outros homens (ou foi designada como mulher, ao nascer, se entende como mulher e, independentemente disso, sente atração erótico-afetiva por outras mulheres).

Constata-se, pois, que a homossexualidade toma como principal fator determinante à sua conceituação a atração que o sujeito sente por outra pessoa do mesmo gênero, sem que isto tenha qualquer interferência em seu sexo físico. Por isso mesmo que se pode considerar a existência de pessoas transexuais que sintam atração erótico-afetiva por outras de mesmo gênero.

Por sua vez, a homofobia, de maneira bastante objetiva e respeitando toda a doutrina existente sobre a questão, é caracterizada pelas práticas violentas, marginalizadoras e discriminatórias motivadas pela orientação sexual homossexual. Aqui podemos utilizar o conceito de Borrillo (2000, p. 34):

A homofobia pode ser definida como a hostilidade geral, psicológica e social contra aquelas e aqueles que, supostamente, sentem desejo ou tem práticas sexuais com indivíduos de seu próprio sexo. Forma especificada de sexismo, a homofobia rejeita, igualmente, todos aqueles que não se conformam com o papel predeterminado para seu sexo biológico. Construção ideológica que consiste na promoção constante de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades e, dessa postura, extrai consequências jurídicas.

Portanto, tem-se que a homofobia oprime não apenas os homossexuais, mas também os bissexuais e pansexuais, porquanto motivada pela orientação sexual do sujeito, lembrando aqui que a discriminação que tem como fator determinante à identidade de gênero deve ser elaborada como *transfobia*, conforme adverte Vecchiatti (2019, p.161).

Segundo esta construção social, as pessoas com orientação sexual diversa da heterossexual, moralmente aceita como predominante, estariam em posição social superior e dominante em relação aos homossexuais, culminando assim em várias

consequências jurídicas de discriminação, violência e exclusão.

Neste passo, entendidos que o que são condutas consideradas como homofóbicas, importante ressaltar como estas encontram-se impregnadas em nossa sociedade para muito além de atos visíveis de violência, pelo que merecem mesma atenção e combate.

2.2 ENTENDENDO O FENÔMENO DA VIOLÊNCIA ESTRUTURAL

Quando mencionada a palavra violência durante alguma mensagem, de maneira quase automática, o receptor fará uma correlação a algum ato no qual o agente tenha utilizado a força como elemento para legitimar sua atitude. Ou seja, quase sempre relacionamos a violência a uma ação comissiva, desproporcional ao evento a qual está relacionada, quer seja por ordens, atos, palavras que impõe uma vontade ou opinião em face de outrem. Poderíamos exemplificar manifestações de violência, citando – a título meramente ilustrativo: um assalto, uma agressão física ou verbal, um homicídio.

Esta interpretação, apesar de não equivocada, é incompleta; isto porque exclui do caráter violento determinadas condutas que não são facilmente perceptíveis, posto que demandam uma análise não apenas de um ato, mas também do contexto em que ele é praticado, contra quem é desferido e também dos reflexos decorrentes deste. Neste pensar, uma conduta que, numa análise perfunctória não aparenta ser prática violenta, na sua essência assim o é, inclusive apresentando desdobramentos tão danosos como o agir violento habitual.

Por isso mesmo, Galtung (1990, p. 294, tradução nossa) define o fenômeno da violência constituído por três bases: *violência direta, estrutural e cultural*. Este explica sobre:

Apesar das simetrias, há uma diferença básica na relação temporal entre os três conceitos de violência. A violência direta é um evento; violência estrutural é um processo com altos e

baixos; a violência cultural é uma invariante, uma "permanência" (Galtung, 1977, cap. 9), permanecendo essencialmente a mesma por longos períodos, dadas as lentas transformações da cultura básica. Colocando em termos úteis dos Anais Franceses da escola de história: 'evento, cíclico, a longa duração'. As três formas de violência entram no tempo de maneira diferente, um pouco como a diferença na teoria do terremoto entre o terremoto como um evento, o movimento das placas tectônicas como um processo e a linha de falha como uma condição mais permanente.

Moré et al. (2014, p. 65) analisam a questão da definição da palavra violência a partir da perspectiva de Galtung, considerando a concepção de força intrínseca a ela, especialmente quando avaliados os verbos de ação que podem ser atribuídos ao ato violento, dentro os quais violentar, forçar e violar. Tais autores, contudo, sugerem que a interpretação da violência seja amplificada, para que diferentes suas diferentes faces sejam consideradas, demonstrando ser ela um fenômeno social complexo e multifacetado, que tem manifestações por vezes menosprezadas. Para melhor compreender esta situação, são apresentadas três formas de se entender um ato como violento:

[...] 1. *Violência direta*: aqui refere-se à violência física e/ou verbal, facilmente visível em diferentes formas de conduta, 2. *Violência estrutural*: situações de exploração, discriminação, marginalização ou dominação, e 3. *Violência cultural*: racionalizações, atitudes e ideias que justificam, legitimam e promovem a violência nas suas formas diretas ou estruturais (2014, p.65).

Estas novas dimensões da violência – a estrutural e a cultural – nascem a partir de uma análise mais ampliada desta temática, contudo, tal análise mostra-se essencial para o estudo de qualquer situação violenta que se pretenda combater ou desestimar. Isto porque com essa visão, outros elementos, essenciais para compreensão integral dos motivadores do problema, são considerados, viabilizando uma proposta mais efetiva de trabalhos de prevenção.

Seguindo esta lógica, Moré et al.(2014, p. 67) citam que:

[...] a forma, a estrutura e a dinâmica presentes no fenômeno da violência, mais o contexto sociocultural em que ela acontece são aspectos que se afetam constantemente e se expressam no processo interacional, constituindo-se numa trama complexa e de difícil compreensão quando não se tem um olhar ampliado, em profundidade e problematizador de seus determinantes.

Com a mesma linha argumentativa proposta por Galtung, Amaral (2015, p. 104/105) cita que a conceituação da violência pode ter uma subdivisão entre aquela de caráter visível e invisível. No aspecto visível, temos a violência direta, com um elemento claro e identificador entre o ato e a intenção de agredir. De outro lado, as violências estrutural e cultural escapam ao campo de visão, já que a primeira fica atrelada à injustiça social e à discriminação; e a segunda, tem sua expressão em traços culturais e expressões da sociedade que promovem, legitimam e justificam as outras formas de violência.

Ou seja, a violência direta é perceptível e consubstanciada em atos; a cultural funciona como legitimadora de tal conduta; e a estrutural esta interligada à falta de meios para satisfação das necessidades do ofendido. É isso que cita Amaral (2015, p. 105), que ilustra a teoria de Galtung no “Triângulo da Violência”, abaixo colacionado:

Figura 1: O “Triângulo da Violência” de Galtung



Fonte: Amaral (2015, p. 105)

Importante fazer esse esclarecimento, sobretudo sobre as expressões de violência cultural e estrutural, que causam

problemas tão graves quanto a direta, mas por não estarem no universo visível, tenham sua existência desprezada, porquanto para alguns elas estão inseridas dentro de práticas corriqueiras e que estão legitimadas por traços socioculturais. E se não existem, não haveria motivação para seu combate.

Destarte, busca-se infirmar a falácia de que inexitem as mazelas enfrentadas pelos homossexuais, especialmente o preconceito e marginalização que sofrem em vários aspectos mais corriqueiros, inclusive no ambiente de trabalho, em todas as fases do contrato de labor, fenômeno este que deve ser destacado com fins de combatê-lo, ante a impossibilidade de discriminação e do dever de tratamento isonômico entre todos os trabalhadores.

Em meados de fevereiro de 2019, o Supremo Tribunal Federal retomou o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26 e do Mandado de Injunção (MI) n.º 4733, as quais pretendem a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas. Embora tal ainda não tenha sido concluído, foram proferidos votos históricos acolhendo o pleito de tais demandas, dentre os quais destaca-se o lavrado pelo Ministro Relator Celso de Mello.

Durante sua elaboração, trouxe a lume elementos históricos que reforçam a existência em nosso país de um tratamento opressor, sistemático e preconceituoso contra os homossexuais (não excluindo a questão da ideologia de gênero, sopesando que esta vertente ganhou maior reforço mais recentemente), deixando os integrantes deste grupo tolhidos de vários direitos fundamentais inerentes à dignidade do ser humano. Com atenção a estes fatos antepassados, sobressai imprescindível que neste momento ninguém mais seja tolhido ou cerceado de qualquer direito com fulcro em sua identidade ou orientação sexual:

A questão da homossexualidade, surgida em um momento no qual ainda não se debatia o tema pertinente à “ideologia de gênero”, tem assumido, em nosso País, ao longo de séculos de repressão, de intolerância e de preconceito, graves proporções que tanto afetam as pessoas em virtude de sua orientação

sexual (ou, mesmo, de sua identidade de gênero), marginalizando-as, estigmatizando-as e privando-as de direitos básicos, em contexto social que lhes é claramente hostil e vulnerador do postulado da essencial dignidade do ser humano.

[...]

Por isso, Senhor Presidente, é que se impõe proclamar, agora mais do que nunca, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual ou, ainda, em razão de sua identidade de gênero. (BRASIL, 2019, p. 29-30/35).

Assim, importante entender que os homossexuais, além de serem vítimas de várias expressões de violência direta (relembrando que o Brasil é o país que mais mata LGBTs do mundo³), também sofrem outras manifestações de violência cultural e estrutural, as quais culminam na marginalização e exclusão social dos membros deste grupo; fato este que deve ser estudado, exposto e combatido, objetivando assegurar-lhes todos os direitos fundamentais inerentes ao ser humano.

3. O PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO APLICADO AOS CONTRATOS DE TRABALHO

Estabelecido no item anterior que a violência estrutural e cultural, embora não sejam facilmente perceptíveis, estão instaladas nas mais diversas formas e camadas sociais, é importante entender como ela se expressa nos contratos de trabalho em todas as suas fases, bem como quais são os argumentos principais ao seu combate.

3.1 A DEFINIÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO E SUA NATUREZA JURÍDICA

Ao mencionarmos o termo contrato de trabalho é

³ Fonte: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo>.

necessário um pequeno esclarecimento sobre sua correlação com o contrato de emprego, para melhor definição da natureza jurídica deste.

O art. 442⁴ da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT coloca o contrato de trabalho como sinônimo de contrato de emprego. Contudo, existem outras relações jurídicas que também são entendidas como um contrato de trabalho (exemplo do autônomo, o avulso, o voluntariado, etc.), não exclusivamente a empregatícia. Portanto, o contrato de trabalho é gênero, do qual o de emprego seria uma das espécies. (GARCIA, 2014, p. 119).

Explicando sobre esta temática, Martinez (2016, p. 244-245/252) pontua que o contrato de trabalho regula atividades com objetivo de sustento próprio ou da família do trabalhador, isto por conta própria ou alheia, com autonomia ou subordinação, em periodicidade eventual ou intermitente; expressando assim um gênero bastante amplo que desdobra em vários instrumentos particulares, dentre os quais o contrato de emprego. Contudo, esta relação jurídica somente se caracterizará quando presentes os seguintes elementos: pessoalidade, onerosidade, a não assunção pelo prestador do serviço dos riscos que são inerentes ao negócio, continuidade e subordinação.

Daí decorre a premissa técnica de que todo o contrato de emprego é de trabalho, mas nem todo o contrato de trabalho será de emprego. Necessário compreender que existe esta pequena distinção sobre tais formas de negócio jurídico, embora a CLT as coloque como se fossem um único instituto. Considerando, porém, a sua equivalência, quando este artigo, referenciar contratos de trabalho, também está direcionando sua análise aos contratos de emprego.

Elucidado este primeiro ponto, passamos ao exame da natureza jurídica da relação de emprego, sendo a discussão quanto sua caracterização como contratual o ponto fundamental

⁴ Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. (BRASIL, 1943).

para a devida classificação. Existem, neste norte, duas correntes principais sobre esta definição: a anticontratalista e a contratualista.

A vertente acontratualista, conforme explica Delgado (2016, p. 326) “[...] tinha a preocupação principal de negar qualquer relevância ao papel da liberdade e da vontade – e assim do contrato – na formação e desenvolvimento dessa relação jurídica especializada.”, desdobrando-se em duas ramificações: a da relação de trabalho e a institucionalista.

A da relação de trabalho, entende que o vínculo prescinde de manifestação de vontade ou pactuação à sua caracterização, sendo suficiente a existência da prestação de serviço que atrairia as regras pertinentes, emergindo um vínculo de natureza estatutária, porquanto pelo trabalho o trabalhador já estaria automaticamente inserido na empresa (GARCIA, 2014, p. 119).

A institucionalista, parte da premissa que a empresa é uma instituição, composta por um corpo social de pessoas, regida por determinada ordem hierárquica, cuja participação e permanência não se submetem à vontade particular de seus membros, ao passo que estes não criam nada por iniciativa particular. Isto é, não se considera seu elemento volitivo de maneira individual, mas sempre se está ligada à ideia de grupo e de colaboração. (DELGADO, 2016, p. 328-329).

Como se pode observar, a teoria anticontratalista está arrimada em premissas autoritárias, desconsiderando a importância da manifestação de vontade para a configuração de uma relação de emprego, rumando para uma gestão trabalhista autocrática, que não se coaduna com os primados da boa-fé e da função social do trabalho.

Por isso mesmo, a teoria contratualista da relação de emprego é a que prevalece. Isto porque a manifestação de vontade das partes é elemento fundamental para o nascimento e manutenção do vínculo de emprego, ainda que de maneira tácita, sobretudo pela liberdade de trabalho como garantia fundamental.

É isso que entende GARGIA (2014, p. 120), pontuando ainda: “Tendo em vista a natureza contratual, o contrato de trabalho apresenta natureza de negócio jurídico, ou seja, ato jurídico voluntário, de intuito negocial, em que a declaração bilateral de vontade (consentimento) é manifestada com o fim de produzir seus efeitos jurídicos próprios.”

Destarte, este trabalho filia-se à corrente contratualista, entendendo assim o vínculo de trabalho como uma relação jurídica contratual, sendo fundamental a existência de consentimento do empregado, ainda que de maneira tácita, para que este tenha reconhecida sua existência e produção de efeitos.

Estabelecida a natureza jurídica do contrato de trabalho, pela adoção da teoria contratualista, possível situar quais são as fases deste vínculo jurídico, compreendendo as etapas de constituição de um negócio jurídico *lato sensu*, conforme se fará na sequência.

Conforme se demonstrará adiante, a doutrina civilista sobre esta questão aponta como as fases de um contrato as seguintes: negociações preliminares, proposta, aceitação e conclusão. Ou seja, quando há interesse em contratar, inicia-se uma fase de especulação e levantamento de dados sobre a possibilidade de negócio, seguida da manifestação de tal vontade a outrem, que anui a tal oferta, também expressando um ato volitivo, formalizando esta relação em um instrumento e/ou em determinada conduta de cumprimento das obrigações de cada um dos integrantes da relação.

Antes de tudo, avigorando o argumento do tópico anterior, reforçamos que os contratos originam-se num primeiro momento da manifestação da vontade, nascida no âmbito subjetivo dos sujeitos, concretizando-se por meio de uma declaração, que pode ser tanto expressa quanto tácita, atentando que o silêncio também pode ser caracterizado para a finalidade de contratar (*ex vi* art. 111 do CC⁵). Em suma, os contratos são resultados de duas

⁵ Art. 11. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o

declarações de vontade: de um lado a proposta e de outro a aceita.

Esse introito é feito por Gonçalves (2014, p. 66), que adverte ainda que por diversas vezes, um contrato é antecedido de um momento de negociações preliminares, composta por sondagens, estudos, levantamentos e debates. Como as partes não manifestaram sua vontade, não haveria veiculação ao negócio jurídico mesmo com a existência de um projeto; salvo se “[...] se ficar demonstrada a deliberada intenção, com a falsa manifestação de interesse, de causar dano ao outro contraente, levando-o, por exemplo, a perder outro negócio ou realizando despesas. [...]”. Nesta hipótese, a parte lesada por alegar perdas e danos, ante a prática de um ilícito civil.

O fato de as negociações preliminares não gerarem obrigações entre os integrantes não os exime de determinados deveres jurídicos que são inerentes a qualquer contratante, dentre os quais aqueles “[...] decorrentes da incidência do princípio da boa-fé, sendo os principais os deveres de lealdade e correção, de informação, de proteção e cuidado e de sigilo [...]”. (GONÇALVES, 2014, p. 66).

Ponderando sobre estas características das negociações preliminares, Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 136) acenam que:

Dizer, portanto, que há direito subjetivo de não contratar não quer dizer que os danos, daí decorrentes, não devam ser indenizados, haja vista que, [...] independentemente da imperfeição da norma positivada, o princípio da boa-fé objetiva também é aplicável a esta fase pré-contratual, notadamente os deveres acessórios de lealdade e confiança recíprocas.

Caso existentes negociações preliminares, estas são sucedidas pela *proposta*, ou na ausência deste primeiro momento, ela iniciará o contrato. Pode ser definida como “[...] uma vontade definitiva de contratar nas bases oferecidas, não estando mais sujeita a estudos ou discussões, mas dirigindo-se à outra parte

autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. (BRASIL, 2002).

para que a aceite ou não, sendo, portanto, um negócio jurídico unilateral, constituindo elemento da formação contratual.[...]” (GONÇALVES, 2014, p. 67). Deverão constar nessa todos os elementos essenciais ao negócio, como preço, tempo, forma de pagamento, etc..

Importante diferenciar a oferta das negociações preliminares, pois nesse momento, o contratante não mais está em âmbito de sondagem e levantamentos. A proposta faz-se em caráter definitivo, razão pela qual sempre vinculará o proponente, gerando a responsabilidade deste, caso injustificadamente deixar de firmar o negócio.

Na sequência, temos a *aceitação*, que nada mais é que a aderência à proposta feita outrora, que deve ser manifestada de forma livre e isenta de qualquer vício de consentimento, sob pena de motivar a anulação do negócio jurídico, bem como plena capacidade do aceitante, salvo se estiver assistido ou representado (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2014, p. 142).

Por isso, teremos o contrato definitivo quando, consoante Tartuce (2014, p. 157), “[...] ocorre o choque ou encontro de vontades originário da liberdade contratual ou autonomia privada. A partir de então, o contrato estará aperfeiçoado, gerando todas as suas consequências como, por exemplo, aquelas advindas da responsabilidade civil contratual.”

É importante sempre ter em mente que durante todas as fases do contrato, assim como no momento pós-contratual, imprescindível que os contratantes tenham como norte às suas atitudes os princípios da lealdade e da boa-fé contratual; bem como que a liberdade de contratar e exercida e limitada com atenção ao princípio da função social do contrato, consoante os arts. 421⁶ e 422⁷ do Código Civil – CC.

Com os contratos de trabalho, não é diferente. Conforme

⁶ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. (BRASIL, 2002).

⁷ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL, 2002).

explica Martins (2000, p. 53): “[...] Todo e qualquer contrato deve ter por base a boa-fé. O empregado deve cumprir sua parte no contrato de trabalho, desempenhando normalmente suas atividades, enquanto o empregador também deve cumprir com suas obrigações, daí se falar numa lealdade recíproca.”

O contrato de trabalho tem suas etapas de forma semelhante aos contratos em geral. Conforme ensina Martinez (2016, p. 322), o um empregado, a partir de vários anúncios de vagas por diversos empregadores, conversa com estes a fim de obter maiores informações de como serão desenvolvidas as atividades das vagas que são anunciadas. Ainda que não haja um vínculo neste momento, diante de expectativas concretas estimuladas pelo empregador, este pode ser responsabilizado caso se retire das negociações violando a boa-fé, por ato culposos.

Prossegue o autor aduzindo que ainda no âmbito do trabalho, podem ser firmados contratos preliminares, como forma de delimitar a avença que se pretende firmar em caráter definitivo; o qual já impõe efeito vinculante às partes envolvidas. Superada essa fase preliminar, é feita a proposta ao empregado, sendo todos seus elementos vinculantes. Ainda que dirigida a vários destinatários, não é dado ao proponente, em momento posterior, ofertar condições menos vantajosas; fechando-se e perfectibilizando-se o ciclo contratual com a aceitação, mediante a manifestação de vontade do empregado.

Nada obstante, ao contrato de emprego também se acrescenta um elemento importante: a existência de *responsabilidade social* da empresa em face aos seus empregados, revelando que os empregados não ficam adstritos apenas ao cumprimento dos deveres intrínsecos e inerentes a este tipo de vínculo jurídico, mas também à obrigação de assegurar aos obreiros uma forma de prestação de trabalho decente, em um ambiente sadio, com a finalidade mor de proteger e fazer cumprir os preceitos estabelecidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana. É o que entende Garcia (2014, p. 156), que reforça a existência de

respeito aos *direitos mínimos do homem-trabalhador*, o que o qual abrange:

[...] um conjunto mínimo de direitos do trabalhador que corresponde: à existência de trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho com condições justas, incluindo a remuneração, e a preservação de sua saúde e segurança; à proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical; e à proteção contra os riscos sociais.

Embora o termo tenha uma errônea nomenclatura ao mencionar a palavra homem, a qual deveria ser eliminada para evitar qualquer possibilidade de interpretação limitada aos trabalhadores do gênero masculino ou heterossexuais; busca demonstrar que deve ser resguardado aos obreiros um conjunto de direitos basilares que assegurem o desempenho de suas atividades sem atentar à sua integridade física e psicológica, resguardando um rol de garantias mínimas e irrenunciáveis.

4. OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL HOMOSSEXUAL COMO FATOR DE DIFERENCIAÇÃO

Seguindo a linha argumentativa feita até este momento, chegamos à discussão principal da pesquisa, qual seja à discussão do problema e da conseqüente confirmação ou não da hipótese.

Conforme dito acima, o contrato de trabalho deve sempre ter como norte em seu desempenho condições decentes e que assegurem a dignidade do trabalhador, sendo esta obrigação inarredável em relação ao empregador. Neste espectro de deveres, emerge a isonomia entre os obreiros. Daí exsurgem, dentro do âmbito do Direito do Trabalho, os *princípios da igualdade e da não-discriminação*.

Importante, antes de analisar a matriz legal existente que

os positiva dentro de nosso sistema jurídico, trazer alguns esclarecimentos teóricos sobre estes, baseados na ótica de Américo Plá Rodriguez (2000, p. 186/189).

Antes de entrar no tema, este deixa assente, de maneira muito apropriada, que quando se trata sobre a necessidade de assegurar a igualdade dentre o âmbito dos contratos de trabalho, em momento algum, se pretende estabelecer uma necessidade de igualdade absoluta entre os empregados, de maneira indiscriminada. O grande objetivo é o tratamento equânime àqueles em situação semelhante, ao passo que tratar iguais sujeitos que estão em condições diferenciadas é uma expressão de injustiça. Portanto, em momento algum estão proibidas diferenciações, desde que haja uma justificativa plausível para tanto. Caso contrário, estamos diante de uma discriminação.

O autor prossegue fazendo uma dicotomia na interpretação destes princípios que, muitas vezes, são utilizados como sinônimos, mas que em verdade apresentam sensíveis diferenças:

a) O princípio da não-discriminação é mais objetivo e pretende extirpar qualquer forma de diferenciação injustificada entre os trabalhadores, sendo exemplos: sexo, nacionalidade, raça, cor de pele, religião, opinião política, origem social. Não se exclui possibilidade de um empresário adotar causas legítimas para decidir livremente sobre a condução da relação empregatícia, tais quais a dedicação ao trabalho e a aptidões pessoais;

b) O princípio da igualdade, também entendido com o da equiparação. Este segue para o norte de que todo o trabalhador que exerce atividade e função equivalente deveria ter a mesma remuneração e benefícios. Porém, considerando que o Direito do Trabalho tem vários níveis de proteção, não podendo ficar apenas adstrito ao da questão remuneratória, desconsiderando uma extensa gama de outras situações que devem ser ponderadas. Ou seja, não se pode simplesmente analisar sob o enfoque de um funcionário mais favorecido em face de outro, mas de

um empregado prejudicado em face da generalidade.

Por isso, Américo Plá Rodriguez entende como mais adequado admitir o princípio da não-discriminação, pois este se propõe a extirpar diferenciações que colocam o empregado em situação desfavorável em face do conjunto sem motivo legítimo, ao passo que o princípio da igualdade, por ter a noção da equiparação, desperta inúmeros conflitos.

Com este horizonte, a Constituição Federal – CF traz disposições que buscam assegurar a isonomia lato sensu, a todos os âmbitos do Direito Brasileiro, conforme observamos dos arts. 3º, IV⁸, e 5º, XLI⁹. Contudo, há disposições específicas que vedam qualquer expressão de discriminação na seara do direito do trabalho, *ex vi* art. 7º, XXX, XXXI e XXXII¹⁰.

Nada obstante, não se olvida que a Convenção n.º 111 de 1959, da Organização Internacional do Trabalho, recepcionada pelo Brasil, promulgada pelo Decreto n.º 62.150/68, trata da discriminação em matéria de emprego e profissão, prevendo especificamente que:

1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende:
 - a) Tôda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça,

⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. (BRASIL, 1988).

¹⁰ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos. (BRASIL, 1988).

côr, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprêgo ou profissão;

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprêgo ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. (BRASIL, 1968, *sic*).

Costa (2007, p. 92-94) ainda colaciona que há legislação que inviabiliza a discriminação com no desempenho de todas as fases do contrato de trabalho, conforme se observa do 3º, § único¹¹, 5º¹² e 373-A da CLT, o qual embora tenha sido promulgado com fins de proteção da mulher, também se aplica que a discussão envolve homossexuais. Por fim, temos ainda a Lei n.º 9.029/95, em seu art. 1º¹³, também trouxe abordagem sobre esta temática.

Todo este arcabouço legal comprova a existência de legislação protetiva quanto à diferenciações sem fundamentação plausível tanto na fase preliminar quanto no momento definitivo do contrato de trabalho, inclusive para fins de remuneração. Não escapa de percepção, entretantes, que nenhuma destas normativas traz previsão específica para orientação sexual, que poderia sob determinada linha argumentativa demonstrar que não poderiam aplicar-se tais leis nestas hipóteses.

Porém, Rios (2001, p. 392-393) relembra que as

¹¹ Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. (BRASIL, 1948).

¹² Art. 5º - A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo. (BRASIL, 1948).

¹³ Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (BRASIL, 1995).

proibições de discriminação por determinados critérios tem como finalidade exemplificar situações que habitualmente se caracterizam como arbitrárias (dentre as quais raça, cor, sexo, idade e religião), na medida em que nenhum dos róis apresentados é exaustivo, mas meramente taxativo; destacando que estes preceitos sempre terão como raiz fundamental do princípio da igualdade. Ademais, a orientação sexual pode ser abrangida pela discriminação advinda por motivo de sexo, eis que intrínseca à questão da sexualidade.

Mesmo diante da existência de complexo axiológico e normativo protetivo à discriminação de pessoas com orientação sexual homossexual no mercado de trabalho, este grupo vê-se vulnerável e impelido a negar ou omitir uma condição inerente à sua identidade e dignidade para conseguir uma colocação profissional ou para mantê-la, ante ao receio de represálias caso este fato venha à tona.

É isso que entende Medeiros (2007, p. 83-85), a qual segue aduzindo que os homossexuais sofrem discriminação em todas as fases do contrato de trabalho:

a) Preliminarmente, *durante as negociações iniciais e a proposta*: por muitas vezes, são feitos questionamentos e investigações sobre a vida privada do candidato, no intuito de apurar sobre sua orientação sexual. Neste momento, o empregado está em situação de considerável inferioridade, razão pela qual deve haver limites para os questionamentos feitos pelo empregador, pois muito embora o trabalhador homossexual (assim como qualquer outro) tenha o direito de não responder às perguntas que lhe são dirigidas, muitas vezes cedem às investidas do empregador para tentar assegurar sua contratação.

b) Superada a contratação, *no desempenho do contrato definitivo de trabalho*, pode ser revelada a orientação sexual do trabalhador, quando este então passa a ser submetido a situações de exclusão, ofensas, episódios vexatórios e assédio moral, tanto por seus colegas quanto por superiores hierárquicos. Ou ainda,

veem-se objeto de tratamento diferenciado quanto à concessão de oportunidades, progressões ou benefícios, bem como não lhe são repassadas tarefas que exijam maior responsabilidade;

c) Estes episódios são tão intensos e constantes que culminam com a *demissão* do trabalhador homossexual. Bem verdade que é direito potestativo do empregador demitir qualquer funcionário, porém, jamais pode ter motivação discriminatória;

d) Há também casos que as condutas segregadoras extrapolam o contrato de trabalho e ocorrem no *pós-contrato*, quando os empregadores elaboram listas discriminatórias e as divulgam para outras, a fim de obstar a contratação do funcionário então desligado. Não raras as vezes, tais litas tratam de reunir o nome de trabalhadores homossexuais.

Todas essas práticas discriminatórias são expressadas de maneiras diferentes, as quais são explicadas de por Garcia (2014, p. 85):

- discriminação direta, quando há conduta expressa de preconceito quanto à condição da pessoa (exemplos: proibição explícita de admitir pessoas conforme o gênero, a religião, a orientação sexual, a origem, a cor, a idade, a filiação a sindicato, podendo-se destacar, ainda, anúncios de emprego contendo exigências discriminatórias, v.g., quanto à idade, raça, cor, aparência, religião);
- discriminação indireta, quando não verificada de forma explícita, mas sim velada, podendo ser constatada por indícios e estatísticas (por exemplo, observada na constante preterição de admissão ou promoção de pessoas de certos grupos, por razões discriminatórias);
- discriminação institucional, quando a discriminação atinge a própria organização da empresa, encontrando-se inserida na forma de sua organização e administração

Ou seja, nem sempre os atos segregatórios são diretos, visíveis e perceptíveis. Por muitas vezes, este fenômeno somente fica evidente com certo estudo e atenção particularizada à problemática. Conforme enunciado no início deste texto, existem práticas de violência e discriminação que são estruturais e não

explicitas, mas mesmo assim vitimizam muitos grupos vulneráveis, tais quais os homossexuais.

Este horizonte acaba criando um cenário de invisibilidade homossexual no meio ambiente de trabalho. Como a orientação sexual não se manifesta por características externas ou físicas, diferentemente do que ocorre com cor da pele ou raça, por exemplo; os trabalhadores preferem evitar manifestações públicas homoafetivas para evitar reações homofóbicas, bem como para evitar qualquer problema com seu vínculo de trabalho. Trata-se de verdadeira renúncia de seu direito de expressar sua identidade e de exercer seu afeito de forma sadia; ambos direitos personalíssimos e fundamentais para que qualquer pessoa possa encontrar sua felicidade completa. (MEDEIROS, 2007, p. 85).

Acrescentando, também convém mencionar o que Gonçalves (2014a, p. 23) aduz sobre a visibilidade homossexual:

O trabalhador homossexual não deve se sentir inferiorizado, a ponto de esconder sua orientação sexual, como se não tivesse família, amores ou amigos, ou ainda, por medo de alguma forma de retaliação no trabalho. Em contrapartida, tendo outras pessoas conhecimento desse fato, por si só, não fica autorizado que colegas e superiores possam torná-lo alvo constante de brincadeiras de mau gosto, piadas constrangedoras e de comentários maldosos. [...].

Poderia aqui surgir alguma argumentação no sentido de que empregador é livre para conduzir seu negócio, de acordo com o princípio da livre iniciativa, bem como considerando ter as prerrogativas intrínsecas ao poder diretivo (estatuído junto art. 2º da CLT¹⁴). Contudo, há que se recordar que existem limitações a tais elementos, advindas do direito à intimidade do trabalhador, bem como da obrigação do empresário a assegurar um ambiente de labor saudável e equilibrado aos seus empregados. Caso não sejam cumpridas estas exigências, passível sua responsabilização. É o que explica Gonçalves (2014b, p. 24):

¹⁴ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. (BRASIL, 1948).

Ao empregador incumbe o dever de proporcionar um meio ambiente de trabalho sadio e equilibrado, fornecendo meios necessários ao labor em condições de normalidade, inclusive no aspecto psicológico. É do empregador, aliás, a direção e o controle da atividade econômica e da prestação pessoal de serviços, nos termos do art. 2º da CLT. Desse modo, a responsabilidade patronal reside também na sua omissão em adotar medidas eficazes para elidir a situação vexatória a qual um trabalhador seu seja sistematicamente exposto.

Até porque, como expõe Calvo (2013, p. 57): “O direito fundamental de privacidade e intimidade do empregado amparado constitucionalmente [...] representa um espaço íntimo intransponível por intromissões de terceiros, principalmente do empregador.”.

Destarte, o sistema jurídico brasileiro dispõe de previsão legal que proíbe as práticas discriminatórias no âmbito dos contratos de trabalho fulcradas na orientação sexual dos empregados, mormente pelos direitos destes expressarem livremente sua identidade e resguardarem sua privacidade, bem como na impossibilidade de os empregadores exercerem indiscriminadamente seu poder diretivo.

Condutas discriminatórias do empregador que tenham motivação na homossexualidade são ilícitas, mesmo aquelas advindas de discriminação velada e indireta, formas de violência estrutural e cultural; sobretudo por afrontarem o princípio da não-discriminação, incidente sobre os contratos de trabalho.

É certo, assim, que o homossexual que sofre discriminação pode acionar o Poder Judiciário para obter a devida proteção contra tal ato, ou a indenização decorrente de excessos praticados em face de si, dada a incontroversa ilegalidade deste tipo de conduta. Existem precedentes advindos tanto do Tribunal Superior do Trabalho – TST, quanto do Tribunal Regional da 12ª Região acolhendo pleitos relacionados à práticas discriminatórias que tiveram por fundamento a orientação sexual homossexual da vítima, conforme os julgados citados adiante, apenas a título exemplificativo:

RECURSO DE REVISTA [...] INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ASSÉDIO MORAL - DISCRIMINAÇÃO EM FACE DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DO RECLAMANTE - VALOR DA INDENIZAÇÃO. [...]. Uma vez revelada a prática do preposto da reclamada de discriminar, expor e ofender o reclamante em razão de sua orientação sexual, resultam preenchidos os requisitos para a responsabilização civil da reclamada, que, nesse caso, decorre de ato ilícito de seu preposto (art. 932, III, do Código Civil) associado ao dano aos direitos da personalidade do trabalhador (notadamente sua honra e dignidade), e se qualifica pela omissão da empregadora em relação à preservação de um ambiente de trabalho saudável do ponto de vista psicossocial. A decisão regional não malfez, mas confere escoreita aplicação ao disposto nos arts. 1º, III, 5º, V e X, da Constituição Federal; 186 e 927 do Código Civil. [...]. (BRASIL, 2018).

ATOS DISCRIMINATÓRIOS. PRECONCEITO AO HOMOSEXUAL (*sic*). DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. A conduta da empregadora, consistente no tratamento discriminatório dispensado ao autor no ambiente de trabalho, além de lhe acarretar humilhações, traz junto o desrespeito à sua dignidade como pessoa humana, bem que merece total proteção, pois constitui um dos princípios fundamentais da Constituição Federal (inciso III do art. 1º da CF/88). A discriminação ao homossexual no trabalho é preconceito que ofende ao princípio da igualdade, preceito que tem assento constitucional no art. 3º, que estabelece como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Os atos discriminatórios violam, de igual forma, o Pacto de San Jose de Costa Rica, norma internacional ratificada pelo Brasil, e que concretiza, também, o princípio da igualdade. (SANTA CATARINA, 2009).

Contudo, sobressai imperativa a adoção de ações afirmativas concretas destinadas a minimizar este problema e proporcionar o acesso pleno ao mercado de trabalho pelo público homossexual, bem como o desempenho de suas atribuições de forma digna, sem medo de expressar sua identidade. Isto porque não apenas faz-se necessário corrigir as práticas de discriminação direta, perceptíveis e mais facilmente detectáveis, como

também aquelas indiretas e estruturais, cuja evidência não se faz tão clara e palpável.

Sobre estas ações afirmativas, Gonçalves (2014b, p. 20) entende que elas teriam uma função essencial estabelecer condições diferenciadas de acesso às pessoas integrantes de grupos que são segregados, objetivando assim a produção de igualdade entre as pessoas, e não de fornecer alguma forma de privilégio de uns sobre os outros. Este tipo de providência representa políticas destinadas à correção de desigualdades advindas de vários processos discriminatórios, históricos e culturais de longa data. O autor menciona como exemplos de práticas neste norte a criação da política de cotas e outras de caráter pedagógico, como o fornecimento de cursos e campanhas nos locais de trabalho.

Por isso, tem-se absolutamente inaceitável qualquer forma de discriminação de trabalhadores com arrimo em sua orientação sexual homossexual, isto em qualquer fase do contrato de trabalho, sob pena de responsabilização do empregador. Contudo, não basta apenas o crivo do Judiciário Juslaboral para reprimir estas situações: imprescindível adoção de políticas públicas, chamadas ações afirmativas, destinadas a conter este fenômeno, sobretudo por considerar que nem sempre estes autos segregatórios são facilmente perceptíveis.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo investigou as mazelas enfrentadas por homossexuais em suas relações de trabalho, especialmente por formas veladas de preconceito e marginalização praticados injustamente em razão de sua opção sexual, a fim de propor medidas que sejam aptas para obstar este problema.

Verificou-se, com este norte, que para além de desafios naturais existentes no mercado de trabalho, várias pessoas encontram dificuldades em sua carreira profissional também em decorrência de sua orientação sexual homossexual, sofrendo

atos de preconceito e marginalização, nem sempre perceptíveis, mas que causam prejuízos tão ou mais graves que aqueles decorrentes de condutas explícitas.

Demonstrou-se que este conjunto de práticas é uma expressão homofóbica de violência estrutural, consubstancia num processo histórico e social amparado em práticas culturais que merece especial atenção e combate, porquanto existe em nosso ordenamento jurídico extenso rol de leis que impede este tipo de comportamento, sobretudo por violar os princípios constitucionais da não discriminação e da dignidade da pessoa humana.

Restou assente que o empregador deve preocupar-se em não permitir no seu empreendimento práticas homofóbicas, já que é seu dever assegurar um meio ambiente de trabalho sadio e equilibrado, especialmente onde o empregado possa expressar sua identidade sem medo, sendo esta uma garantia à sua realização; bem como que tal expressão, de forma alguma, sirva como um óbice ou empecilho para o sucesso em sua carreira ou obtenção de recursos necessários ao seu sustento.

Explanou-se que a relação entre empregador e empregado tem natureza contratual, a qual deve estar sempre pautada nos princípios da probidade e boa-fé, bem como que há vultosa importância sobre a função social do trabalho. Destarte, concluiu-se que caso este ônus não seja cumprido, dada a ilegalidade da prática discriminatória (ante o aparato legal que veda tais atitudes), imprescindível a atuação firme da Justiça do Trabalho, com responsabilização do empregador desde a fase preliminar do contrato até mesmo no momento pós-contratual.

Nada obstante, além da importância do Poder Judiciário em face de práticas discriminatórias, emerge a relevância da adoção de ações afirmativas, especialmente de âmbito pedagógico, para frear o avanço da marginalização e segregação de homossexuais, considerando que existem práticas discriminatórias indiretas e que passam distante de um plano facilmente notável, o que deixa esta discussão em segundo plano. Entrementes, não

se pode desconsiderar a necessidade de debate e de combate a este tipo de prática.

É preciso investir na educação para que possamos, em um futuro próximo, corrigir desigualdades e aproximar-se de isonomia de oportunidades e direitos, com a finalidade precípua de inserção social dos grupos vulneráveis ou desfavorecidos, com atenção às suas especificidades, dentre os quais temos os homossexuais.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Rodrigo Augusto Duarte. *Considerações sobre a violência pela ótica de Johan Galtung: alguns aspectos do terrorismo e o advento da intolerância.*, n. 19, 2015, p. 101-116. Disponível em: < <https://periodicos.fclar.unesp.br/cadernos/article/view/7661>>. Acesso em: 10 mar. 2019
- BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Tradução de João Guilherme Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.
- BRASIL. Decreto Lei. n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.
- _____. Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 abr. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

- _____. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.
- _____. Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 25 mar. 2019.
- _____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho – TST. 249-26.2013.5.09.0678. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Julgamento 07 nov. 2018. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em 05 abr. 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 e do Mandado de Injunção n. 4733*. Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 13 fev. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- CALVO, Adriana. O conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no ambiente de trabalho. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba: v. 2, n. 19, p. 54-68, jun. 2013. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/95880>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

- COSTA, Márcia. A discriminação por orientação sexual no trabalho – aspectos legais. *Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea*. Fernando Pocahy (organizador). Porto Alegre: Nuances, 2007, p. 91-103.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. – São Paulo: LTR, 2016.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.
- GALTUNG, Johan. Cultural Violence. *Journal of Peace Research*: vol. 27, n. 3, ago. 1990, p. 291-305, Disponível em: < https://www.jstor.org/stable/423472?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 10 mar. 2019.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*, 8.a ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*, 11. Ed – São Paulo: Saraiva, 2014.
- GONÇALVES, Leandro Krebs. A discriminação por orientação sexual nas relações de Trabalho. *Revista LTR Legislação do Trabalho*. São Paulo: v. 78, n. 1, p. 37-42, jan. 2014b. Disponível em: < <https://pt.calameo.com/books/001049933701f3358d7a2> >. Acesso em: 05 abr. 2019.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 10. ed., rev. atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2000.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- MEDEIROS, Márcia. O trabalhador homossexual: o direito a

- identidade sexual e a não-discriminação no trabalho. *Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea*. Fernando Pocahy (organizador). Porto Alegre: Nuances, 2007, p. 81-90.
- MICHAELIS, Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/VIOLENCIA/>>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- MORÉ, Carmem Leontina Ojeda Ocampo. et al. Violência, Gênero e Hermenêutica: Desafios ou Obstáculos na Prática Profissional? *Violências e figuras subjetivas: investigações acerca do mal incontrolável*, Florianópolis: Editora UFSC, p. 63-80 2014.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do Direito do trabalho*. 3 ed. - São Paulo: LTR, 2000.
- RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. *Direito e Democracia*, Canoas, vol. 2, n. 2, 2001, p. 383-408. Disponível em: < <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2410/1645>>. Acesso em: 02 abr. 2019
- SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região – TRT12. *04618-2008-014-12-00-1*. Relatora: Viviane Colucci. Julgamento 08 set. 2009. Disponível em < <http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em 05 abr. 2019.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.
- VECCHIATI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade Jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivo*. 3. ed., Bauru: Spessotto. 2019.