

1. A TÍTULO DE INTROITO

As exclusões, limitações impostas e restrições imperantes, derivadas da orientação sexual arraigam-se na ampla disseminação de estigmas sociais e culturais, fundamentados em paradigmas historicamente cultuados e fartamente difundidos ao longo das épocas, em distintas sociedades e tradições.

Em concreto, "Foi no âmbito do cristianismo que a palavra *sodomia* passou a exprimir, entre outros atos, as relações homossexuais interditas pelo judaísmo"; conduta estritamente criminalizada "passível de penas seculares extremamente rigorosas, como a castração ou a morte na fogueira, conforme o disposto em vários códigos europeus da Baixa Idade Média"¹.

Neste panorama, sedimentado em pautas previamente concebidas e ideias tradicionalmente dominantes, concebidas sob a égide da heteronormatividade, assola uma gama diversificada de práticas discriminatórias que se difundem nos mais diversos cenários fáticos. Para PÉREZ CONTRERAS²,

La discriminación se puede entender como toda distinción, exclusión o restricción basada en la orientación sexual que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, de cualquier homosexual, lesbiana o, inclusive, transexual, sobre la base de igualdad que reconocen los órdenes jurídicos nacional e internacional, de los derechos humanos, las libertades individuales y las garantías constitucionales en las esferas política, económica, social, laboral, cultural, civil o en cualquier otra esfera.

De fato, os preceitos excludentes, secularmente perpetuados, refletem-se em um conjunto negativo prejudicial ao coletivo homossexual, que pode resultar afetado em relação ao pleno usufruto dos direitos fundamentais, preceitos mínimos normatizados e das liberdades e garantias constitucionalmente estatuídas. Neste patamar, concebe-se que "tanto la igualdad como la desigualdad han sido básicas en la historia de las relaciones humanas, siendo la discriminación la definición social y política de la desigualdad"³.

Com efeito, o desenvolvimento integral do ser humano condiciona-se ao reconhecimento e pleno respeito aos direitos civis, políticos, sociais, culturais, econômicos e educacionais, conforme apregoa, tão oportunamente, a Convenção Americana de Direitos

1 VAINFAS, Ronaldo. *Homoerotismo feminino e o Santo Ofício*. Em: DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: UNESP, 2007, páginas 117 - 118.

2 PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. *Derechos de los homosexuales*. Serie Nuestros Derechos. Cámara de Diputados. LVIII Legislatura. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2ª Edição, 2001, página 26.

3 SEVILLA MERINO, Julia. *Igualdad de Mujeres y Hombres a la Luz del Tratado de Amsterdam*. Seminario celebrado en Madrid los días 13 y 14 de febrero de 2000. MTAS. Madrid: Instituto de la Mujer, 2001.

Humanos, de 1969.

O presente ensaio possui como objetivo analisar as medidas e instrumentos para a consecução da tutela antidiscriminatória na esfera das relações laborais, conformando-se como ambiente motor para o reconhecimento e a defesa dos fundamentais direitos humanos para além de qualquer rótulo sexual distintivo, como trataremos de analisar no presente ensaio.

Para tanto, a pesquisa utilizará os métodos de procedimento analítico-descritivo e o comparativo. O método analítico-descritivo será utilizado com vistas a fazer uma abordagem teórico-reflexiva sobre os critérios valorativos para a não discriminação nas relações laborais, bem como o exame das normas, mecanismos e instrumentos de tutela ao coletivo em análise. Em idêntico sentido, procurar-se-á realizar uma investigação sobre as decisões do Tribunal Superior do Trabalho brasileiro construídas sob o viés de proteção contra práticas discriminatórias no ambiente laboral.

2. CRITÉRIOS VALORATIVOS DA NÃO DISCRIMINAÇÃO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

A Declaração da Organização Internacional do Trabalho relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho⁴, em seu apartado segundo, reconhece, a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação entre os princípios relativos aos direitos fundamentais que todos os países membros têm o dever de respeitar, promover e realizar.

Tais documentos normativos são complementados pelos ditames da Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho⁵, que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação, ao enfatizar, em seu art. 1º, que o termo discriminação compreende,

a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego 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 emprego 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.

4 Declaração da Organização Internacional do Trabalho relativa aos princípios e Direitos Fundamentais no trabalho, adotada na 86ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, em junho de 1998.

5 Convenção nº 111 da OIT, de 1958, sobre a discriminação em matéria de emprego e ocupação.

(...)

Por tanto, a discriminação nas relações laborais consiste na diferenciação de tratamento baseada em circunstâncias específicas de um determinado trabalhador, como a religião ou o sexo, em detrimento de seus atributos ou qualificações profissionais. Desta forma, impõe-se ao trabalhador ou trabalhadora uma desvantagem ou negam-se oportunidades naturalmente usufruídas por outros indivíduos.

Cabe ressaltar que a proibição de discriminar, no cerne da Convenção nº 111 da OIT, tanto abarca as pessoas que já participam de uma relação laboral, como também, àquelas que buscam à inserção no mercado de trabalho.

Além dos motivos referendados, explicitamente, como determinantes discriminatórios na Convenção nº 111 da OIT, outros perfis particulares podem ser encontrados como motivadores de situações discriminatórias no cerne das relações laborais, como a deficiência e a orientação sexual.

Efetivamente, em nosso ordenamento jurídico vigente situam-se vários preceitos especificamente direcionados ao repúdio às condutas discriminatórias; com esta finalidade, a Carta Maior de 1988 consolida-se como máxima coluna. Com efeito, a nossa Carta Constitucional de 1988 firma a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil, em seu art.1º, nos incisos II, III e IV, respectivamente; estabelece, igualmente, como objetivos fundamentais, entre outros, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art.3º, IV).

Prossegue o texto Magno, em seu artigo 5º, assegurando que "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 (...)". O inciso X, deste mesmo artigo, anuncia como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Por sua vez, muito apropriadamente, o art.7º da Lei Maior, fixa entre outros direitos dos trabalhadores urbanos e rurais a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (inciso XXX). O posicionamento Constitucional prevalece como busca da eliminação da desigualdade em relação a determinados coletivos, passando por uma política antidiscriminatória.

Cabe reconhecer que ademais dos fatores previstos expressamente no cerne da Carta Constitucional de 1988, não se pode olvidar as chamadas causas inaceitáveis, ou seja, aquelas

causas que não admitem o tratamento desfavorável em razão do próprio conjunto normativo dentro do ordenamento jurídico nacional⁶.

Daí afirmar-se que “la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas”, expressando-se mediante fatores que atentam contra a própria dignidade humana⁷.

Em similar enfoque, outro importante instrumento de rechaço às condutas discriminatórias em solo pátrio é a Lei 9029/95⁸. Dito corpo normativo estabelece em seu 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.

Cabe interpretar-se o texto legal em conformidade com os preceitos constitucionais, em específico o art.3º, IV, CF e os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Desta maneira, torna-se evidente a necessidade de aplicar-se dita normativa aos casos de discriminação decorrentes da orientação sexual do trabalhador ou trabalhadora, antes, durante ou após o vínculo empregatício, em uma interpretação conforme os paradigmas constitucionais vigentes.

Consequentemente, permite-se a imposição do art.4º da lei supra para corrigir situações discriminatórias contra os trabalhadores, inclusive como decorrência de sua orientação sexual, nos seguintes moldes:

O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: (Redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010)

I - a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Ex positis, imperam, em nosso sistema normativo, centelhas antidiscriminatórias, dispersas dentre institutos e princípios jurídicos, imprescindíveis à tutela das diferenças e à consecução dos princípios e liberdades constitucionais com sustentáculo na diversidade.

6 RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel; FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. *Igualdad y Discriminación*. Madrid: Editorial Tecnos, 1986.

7 Ver Sentença do Supremo Tribunal Constitucional Espanhol 173/ 1994, de 7 de junio.

8 BRASIL. Lei 9029, 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.

3. PERSPECTIVAS DA TUTELA ANTIDISCRIMINATÓRIA NO CERNE DAS RELAÇÕES LABORAIS

A proibição de discriminação irradia seus efeitos em vários momentos na relação de trabalho, nas fases de inserção, desenvolvimento e término da relação laboral, assegurando a igualdade de oportunidades no mercado laboral e o tratamento não discriminatório nas condições de trabalho⁹.

Deste modo, os artigos anteriormente citados da Carta Constitucional associados à lei 9029/95 estabelecem os parâmetros marcos que direcionam à tutela antidiscriminatória nas relações trabalhistas, proibindo-se qualquer tipo de comportamento injusto e diferenciador em razão da idade, raça, sexo, religião ou outra condição ou circunstância pessoal ou social valorada como fator tutelado, como a deficiência, orientação sexual ou represálias ante o exercício de reclamações judiciais ou administrativas contra o empresário¹⁰.

É indubitável que existem vários mecanismos de discriminação que podem ser praticados nas relações laborais em razão da orientação sexual do trabalhador ou trabalhadora. As situações discriminatórias podem ocorrer na fase que antecede à contratação, no curso do pacto laboral, na dispensa e/ou até mesmo na fase posterior ao contrato.

Neste particular, desafortunadamente, os empregadores/contratantes tendem a relacionar capacidade, rendimento e aptidão profissional com orientação sexual. Importante acrescentar que, não raras vezes, terceiros, vinculados direta ou indiretamente ao pacto laboral, como clientes e fornecedores, também podem incorrer em atos de discriminação contra trabalhadores.

Ante tudo, assegura-se a igualdade de oportunidades no mercado laboral e o tratamento não discriminatório nas condições de trabalho e no exercício das atividades inerentes ao contrato laboral. Isto é, a tutela antidiscriminatória alenta o trabalhador tanto no momento da incorporação laboral como no seguimento da relação de trabalho, nos seguintes moldes:

I – Na inserção laboral exige-se a igualdade de oportunidades no acesso aos postos de trabalho e,

9 BALLESTER PASTOR, María Amparo. *Discriminaciones por razón de sexo en el acceso al empleo*. RL, número 3-4, 1993, páginas 36-64.

10 ALONSO SAENZ DE MIERA, C. ; RANZ PERIAÑEZ, E. *Igualdad y no discriminación en las relaciones de trabajo*. Em: (Autores Vários). **II jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de derecho del trabajo**. Madrid: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1985.

II – No seguimento da relação laboral, o trabalhador não pode padecer tratamento discriminatório ilegítimo e injustificado nas condições laborais e na prestação de serviços.

A tutela antidiscriminatória baliza as relações laborais, aplicando-se antes, durante e na extinção contratual¹¹, constituindo-se em instrumento limite ao poder empresarial. Logo, deve-se plantear que a autonomia contratual, nesta seara, encontra limites impostos no âmago das próprias normas especiais de tutela.

Seguramente cabe ao poder público exterminar as manifestações discriminatórias. No entanto, não se deve olvidar que é na esfera particular onde ocorre a maioria das situações discriminatórias, fato que não pode passar *in albis*.

Deste modo, “no puede establecerse un derecho omnicompreensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, siendo, necesario equilibrar entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad”¹². *Permissa venia*, há uma limitação expressiva em relação aos comandos e diretrizes patronais, porquanto, tais prerrogativas empresariais deverão ajustar-se às balizas máximas de tutela ao trabalhador, em seus essenciais direitos.

Isto posto, é fundamental enfatizar que “las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetarlos”¹³. Argumento que perfila a *Drittwirkung* dos direitos fundamentais. Recordando-se que em relação à autonomia da vontade, “(...) las facultades empresariales no constituyen derechos ilimitados y absolutos”¹⁴.

Por consequência, a liberdade que permeia à contratação trabalhista concede espaço à vedação de discriminação, aplicável nas relações privadas. Desta forma, as causas elencadas constitucionalmente e outras consideradas juridicamente relevantes no ordenamento jurídico brasileiro, constituem limites ao poder empresarial.

Ainda que se admita que as decisões empresariais para a contratação de trabalhadores se embasam em critérios dependentes apenas da vontade privada, deve-se considerar que a vedação à discriminação limitará a liberdade empresarial. Assim, observamos a seguinte

11 BALLESTER PASTOR, María Amparo. *Discriminaciones por razón de sexo en el acceso al empleo*. Revista Relaciones Laborales, número 3-4, 1993.

12 VILLALBA SALVADOR, Belén. *Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 2005: los derechos fundamentales como límite de las facultades organizativas empresariales*. Revista de Derecho Social 31/2005. Ed Bomarzo, 2005.

13 VILLALBA SALVADOR, Belén. *Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 2005: los derechos fundamentales como límite de las facultades organizativas empresariales*. Revista de Derecho Social 31/2005. Ed Bomarzo, 2005.

14 VILLALBA SALVADOR, Belén. *Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 2005: los derechos fundamentales como límite de las facultades organizativas empresariales*. Revista de Derecho Social 31/2005. Ed Bomarzo, 2005.

dicotomia: a liberdade contratual do empresário e o direito do trabalhador a não ser discriminado e de ter respeitadas as suas prerrogativas, garantias e liberdades fundamentais¹⁵.

Logo, a tutela antidiscriminatória impera como limite ao poder empresarial, conforme analisar-se-á nas linhas que seguem.

3.1 Vedação à discriminação na formação do vínculo trabalhista

Antes da consolidação efetiva do vínculo empregatício, os potenciais contratantes vislumbram a delicada fase das tratativas prévias à sedimentação do contrato. Neste patamar, o problema deve ser observado sobre três aspectos que tornam ainda mais difícil o momento de acesso ao emprego para o coletivo em análise:

Primeiramente, constata-se com a posição de inferioridade, submissão e resignação da pessoa que atende a uma oferta de emprego.

Outro aspecto a ser analisado, pressupõe a liberdade para contratar do empresário, conforme os critérios que ele julgue necessários ao exercício das atividades de sua empresa. Sob estes argumentos, apesar dos requisitos objetivos que se apresentam em qualquer seleção, não se pode excluir a força subjetiva que se reflete na escolha do candidato ao emprego.

Sem embargo, tanto os critérios objetivos como os subjetivos podem trazer prejuízos de caráter discriminatório. Ilustrativamente, é corriqueiro a associação da homossexualidade à determinadas doenças de cunho sexual.

E por último, neste momento é muito difícil a detecção de discriminações, em razão das peculiaridades, particularidades e subjetividade que adornam as fases de escolha do candidato ao posto vacante.

Logo, associando-se todos os elementos subjetivos e as prerrogativas legitimadas pelo poder empresarial, na fase de acesso ao posto de trabalho, pode haver vínculo entre a não contratação do candidato ou candidata e algum elemento de discriminação, como a idade, orientação sexual, atributos físicos, *et coetera*. Sem embargo, como há uma liberdade de escolha por parte do empregador, conseqüentemente, dificulta-se a comprovação da existência de indícios discriminatórios.

Certamente, pairam enormes obstáculos para a identificação da situação como discriminatória, posto que, nesta fase, centra-se o elemento subjetivo de forma ampla e contundente. Infelizmente, durante o processo seletivo pode ocorrer a negativa em contratar o

¹⁵ CÁMARA BOTÍA, Alberto. *Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, MTAS, 33.

trabalhador ou trabalhadora em razão de sua orientação sexual, desde que, esta informação seja levada ao conhecimento do empregador / contratante ou agente responsável pela seleção; esta conduta é discriminatória e violadora da dignidade e da intimidade do trabalhador.

Concessa maxima venia, cabe ressaltar que apesar de o contratante poder utilizar-se de um número diversificado de métodos e procedimentos para selecionar o profissional mais capacitado para ocupar o posto de trabalho, a escolha deve pautar-se em aspectos estritamente laborais e relacionados à função a ser executada na estrutura empresarial. Os atributos e qualificações profissionais devem ser determinantes para o resultado da seleção, sem a análise de circunstâncias pessoais, alheias ao exercício efetivo da atividade laboral; indubitavelmente, os preceitos constitucionais proíbem e desestimulam este tipo de comportamento.

Desta maneira, perguntas de caráter pessoal e familiar, que não possuam qualquer relação com a atividade a ser exercida, implicam em indícios discriminatórios, posto que tais questionamentos podem, em realidade, dissimular a real intenção do agente contratante ou responsável pelo processo seletivo, para averiguar a orientação sexual do candidato ou candidata.

Por outro lado, em nosso repertório jurisprudencial constam decisões que patinam entre a proteção ao trabalhador e a liberdade para contratar do empregador. Assim, a 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho rechaçou o apelo do Ministério Público do Trabalho da 20ª Região/Sergipe que vislumbrava obstar que uma empresa consultasse os serviços de proteção ao crédito, órgãos policiais e o poder judiciário, antes de efetuar a contratação do trabalhador. A Turma do TST considerou, por unanimidade, que "as consultas não são fatores discriminatórios, e sim critérios de seleção de pessoal que levam em conta a conduta individual"¹⁶.

O Ministério Público do trabalho, em seu recurso ao TST, alegou que a decisão do Tribunal Regional do Trabalho violara "os artigos 1º, inciso III, 3º, inciso IV, 5º, inciso X, da Constituição da República, e 1º da Lei 9.029/1995, sustentando que a conduta da empresa é discriminatória"¹⁷.

Na análise do caso, o ministro Renato de Lacerda Paiva, relator do recurso, enfatizou que os cadastros pesquisados pelo contratante são públicos e "não há como admitir que a

16 ÚLTIMA INSTÂNCIA. Critérios de seleção. *Empresa pode consultar SPC, Serasa e órgãos de polícia antes de contratar, decide TST*. De: 23/02/2012. Disponível em: www.ultimainstancia.uol.com.br. Acesso em: 05 de abril de 2017. Ver RR-38100-27.2003.5.20.0005.

17 ÚLTIMA INSTÂNCIA. Critérios de seleção. *Empresa pode consultar SPC, Serasa e órgãos de polícia antes de contratar, decide TST*. De: 23/02/2012. Disponível em: www.ultimainstancia.uol.com.br. Acesso em: 05 de abril de 2017. Ver RR-38100-27.2003.5.20.0005.

conduta tenha violado a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas". E ademais, "não há como vedar ao empregador o acesso a cadastros públicos como mais um mecanismo de melhor selecionar candidatos às suas vagas de emprego"¹⁸.

De outro modo, em decisão recente, a juíza Mônica Ramos Emery, da 20ª Vara do Trabalho de Brasília, por ocasião da ação civil pública movida pela procuradora Valesca de Moraes do Monte, do Ministério Público do Trabalho, decidiu pela proibição de uma Rede de Lojas de exigir certidão de antecedentes criminais dos candidatos às vagas ofertadas pela empresa, além da fixação de multa pertinente¹⁹.

A proibição de discriminação no acesso ao emprego, ilustrativamente, constitui um limite ao poder empresarial, posto que a liberdade contratual e a autonomia da vontade devem observar os preceitos vigentes no ordenamento jurídico pátrio. Sendo assim, esta liberdade concedida aos empregadores para pactuarem os contratos laborais não é absoluta, encontrando fundamento e limites nas normativas vigentes.

Certamente, o candidato homossexual que se sentir prejudicado deve recorrer ao sindicato representativo de sua categoria, bem como ao Poder Judiciário e ao Ministério Público do Trabalho para que se iniciem investigações contundentes sobre o fato denunciado.

3.2 Tutela à não discriminação no desenvolvimento da relação laboral

Neste cenário, questiona-se o ajustamento harmônico do poder empregatício, em suas múltiplas prerrogativas e o respeito à intimidade à privacidade do trabalhador.

É coerente afirmar-se que o poder empregatício, máxime em suas múltiplas prerrogativas para o contratante empregador não deve ser vislumbrado como uma escusa para o empregador interferir na vida privada dos seus subordinados ou permitir que outros assim atuem. Por certo, o vínculo constituído encontra-se adstrito à esfera laboral e não pode direcionar-se a conteúdo íntimo, reservado, relacionado com a vida particular dos trabalhadores.

No curso do vínculo empregatício a discriminação pode ocorrer em relação aos salários, promoções e até mesmo com a utilização de comportamentos, práticas e linguagem

18 ÚLTIMA INSTÂNCIA. Critérios de seleção. *Empresa pode consultar SPC, Serasa e órgãos de polícia antes de contratar*, decide TST. De: 23/02/2012. Disponível em: www.ultimainstancia.uol.com.br. Acesso em: 05 de abril de 2017. Ver RR-38100-27.2003.5.20.0005.

19 ÚLTIMA INSTÂNCIA. "Nada consta". *Lojas Renner não podem exigir certidão de antecedentes criminais de trabalhadores*. De: 10/06/2012. Disponível em: www.ultimainstancia.uol.com.br. Acesso em: 05 de abril de 2017.

violenta contra o empregado ou a empregada, como decorrência de sua orientação sexual.

Neste momento, a discriminação contra os homossexuais, habitualmente, manifesta-se através de assédio, chistes, desconfiança, isolamento, exclusão; ou seja, mediante comportamentos que expressam violência psicológica contra o trabalhador, propiciando consequências negativas para o empregado como estresse, depressão, temor em perder o emprego ou sofrer vexações pelos colegas de trabalho, superiores hierárquicos e terceiros.

A violência psicológica²⁰ manifesta-se através de hostilidades verbais ou não verbais reiteradas em forma de hostigamento, insultos, ameaças, dominação, menosprezo, humilhações, coerção, isolamento, entre outros. Reproduz a criação de uma situação estressante e destrutiva, carregada de instabilidade, que não permite o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa subjugada.

Em termos de perseguição discriminatória podemos citar uma decisão da Primeira Turma do TST²¹ manteve a condenação por danos morais da empresa Telemar Norte Leste S/A pela discriminação de uma operadora de telemarketing em razão de sua orientação sexual. Na ação a trabalhadora salientou uma série de vexações padecidas na relação trabalhista, sendo perseguida com alcunhas e expressões perniciosas por parte de seus supervisores.

A trabalhadora ressaltou em sua ação que recebia tratamento diferenciados pelo fato de ser homossexual e, inclusive, padecia assédio moral e constrangimentos variados ante outros funcionários da empresa,

Para o Ministro Relator Hugo Carlos Scheuermann "ficou demonstrado o abuso de direito do empregador, com constrangimento e abalo moral da empregada."

Outra questão relevante diz respeito aos direitos associados para os casais do mesmo sexo. Ou seja, de modo corrente, as empresas obsequiam aos trabalhadores uma gama de vantagens que, em termos similares, são concedidas para o usufruto de seus companheiros, como por exemplo, os planos de assistência médica e o auxílio funeral. Defendemos que, igualitariamente, estes benefícios sejam ofertados ao companheiro ou companheira do trabalhador ou trabalhadora, incluindo-se os companheiros homossexuais, sem qualquer diferenciação discriminatória decorrente da orientação sexual.

20 Sobre o maltrato psicológico ver HIRIGOYEN, Marie-France. *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*. Barcelona: Paidós, 1998.

21 TST - Tribunal Superior do Trabalho. Agência de notícias. Assessoria de Comunicação Social - TST. *TST Telemar indenizará operadora discriminada por ser lésbica*. 4 de dezembro de 2012. Taciana Giesel. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 13 de maio de 2017.

3.3 Vedação à discriminação na ruptura do vínculo trabalhista

A extinção do contrato de trabalho também pode ser motivada pela orientação sexual do empregado ou empregada. Neste caso, o empregador pode romper o pacto por discriminação, mas exteriorizar uma ruptura voluntária, sem falta grave do trabalhador, sendo, portanto, aparentemente legítima nos moldes de nossa legislação trabalhista, posto que se encontra dentro de suas prerrogativas de organização empresarial.

Sendo assim, o empregador poderá, a qualquer momento, extinguir o pacto trabalhista do seu contratado, arcando com as responsabilidades econômicas pertinentes; o empregador não está obrigado a manter a continuidade do vínculo laboral *ad eternum*²². Nesta perspectiva, o que não se pode compreender como legítimo é a ruptura do pacto laboral pela vontade unilateral do empregador, fundamentada na homossexualidade do seu trabalhador ou trabalhadora.

Em idêntico sentido, cabe retaliar a existência de situações vexatórias, humilhantes, assediadas em contra do trabalhador ou trabalhadora homossexual, possibilitando a configuração do panorama discriminatório e a consequente responsabilização do empregador, nos moldes da lei 9.029/95.

O conjunto normativo pátrio pertinente a não discriminação nas relações laborais modela um sistema de tutela para excluir preceitos regulamentadores, cláusulas coletivas, os pactos individuais e as decisões unilaterais do empregador contratante que contenham discriminações adversas por razão de sexo, origem, estado civil, condição social, ideias religiosas ou políticas, orientação sexual, entre outros.

Da valoração conjunta de todos estes preceitos, determina-se, como infringente dos paradigmas legalmente fixados na normativa laboral de tutela, a dispensa motivada em alguma das causas de discriminação previstas na Carta Magna de 1988 ou nos demais corpos normativos. Deste modo, tutela-se a relação laboral contra os despedidos que se fundamentem em alguma causa discriminatória que menoscabe ou vulnere os direitos fundamentais e as liberdades públicas do trabalhador²³.

Neste cenário, urge recordar que a discriminação em razão da orientação sexual do

22 Cabe frisar que em alguns momentos, o nosso ordenamento trabalhista limita o poder empregatício em relação ao rompimento do vínculo contratual, quando da existência de condições justificadoras da conservação do vínculo, as chamadas garantias provisórias e a estabilidade.

23 Ver sobre tutela antidiscriminatória DA COSTA NEWTON, Paulla Christianne. *Medidas de protección e inserción sociolaboral de las mujeres víctimas de violencia de género en el seno de la pareja*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

trabalhador ou trabalhadora não compreende apenas aqueles tratamentos pejorativos que se fundamentam na simples constatação do sexo da pessoa prejudicada. Engloba, igualmente, toda sorte de tratamento desvantajoso que se firme na concorrência de condições ou circunstâncias que mantenham uma conexão direta e inequívoca com a orientação sexual do indivíduo.

A dispensa do vínculo laboral é um instrumento fatídico para desvelar a conduta discriminatória. Sem embargo, não é a única forma de manifestação das práticas empresariais discriminatórias, “puesto que las condiciones de trabajo pueden sufrir modificaciones no justificadas, que obedezcan a móviles discriminatorios”²⁴.

Desta feita, a tutela antidiscriminatória norteia as situações de dispensa discriminatória e outras formas de manifestação ilegítima e discriminatória do poder empregatício²⁵.

Neste particular, torna-se importante colacionar a decisão da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo) que, em julgamento de Recurso Ordinário impetrado por um professor de Educação Física dispensado do vínculo empregatício, asseverou que "atitudes de discriminação ou preconceito do empregador, embora inaceitáveis, não asseguram ao empregado a permanência no trabalho, pois a garantia de emprego exige previsão expressa em lei ou norma coletiva"²⁶.

No caso em questão, o docente asseverou que a sua dispensa derivou de fatores discriminatórios, "por ter uma fotografia publicada em revista dirigida ao público gay"²⁷, peticionando ao órgão judiciário a sua reintegração às funções.

A empresa defendeu-se, sustentando que houve uma exposição do professor e como consequência os pais dos alunos "entendiam que esse não seria um professor adequado para ministrar aulas de Educação Física"²⁸ para crianças com idade entre 15 e 19 anos, o que resultou na dispensa do reclamante.

Tendo perdido a causa na Vara Trabalhista, o docente recorreu ao Tribunal Regional do Trabalho / São Paulo. O relator do recurso, Juiz Luiz Antonio Moreira Vidigal, confirmou

24 Ver CARDONA RUBERT, Maria Belén. *Protección de la Trabajadora Embarazada: Tutela Preventiva y Tutela Antidiscriminatoria*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, página 79.

25 PEREZ DEL RÍO, Teresa. *La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales: temas de debate*. Temas Laborales, n. 52, 1999, página 66.

26 JUSBRASIL. Notícias jurídicas. *Opção sexual não garante estabilidade a empregado*. 1 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias>. Acesso em: 10 de maio de 2017. Ver RO 02237.2000.482.02.00-6.

27 JUSBRASIL. Notícias jurídicas. *Opção sexual não garante estabilidade a empregado*. 1 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias>. Acesso em: 10 de maio de 2017. Ver RO 02237.2000.482.02.00-6.

28 JUSBRASIL. Notícias jurídicas. *Opção sexual não garante estabilidade a empregado*. 1 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias>. Acesso em: 10 de maio de 2017. Ver RO 02237.2000.482.02.00-6.

que,

(...) o pedido de reintegração não se acha fundado em espécie alguma de garantia de emprego que, como bem se sabe, exige previsão em dispositivo expresso de lei ou norma coletiva e tem por finalidade assegurar a subsistência da relação em situações especialíssimas da vida profissional.

(...) ao empregado, ao lado do direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem conforme lhe assegura o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, situa-se o dever de zelar pela preservação dessa mesma imagem de modo a que suas ações da vida privada não produzam efeitos nocivos aos interesses do empregador e aos fins sociais do trabalho²⁹.

A 7ª Turma do Tribunal Trabalhista decidiu, por unanimidade, negar a reintegração do discente ao posto de trabalho.

Corolário da construção legal antidiscriminatória, taxada na norma pátria de tutela, é que nestes casos exige-se que o trabalhador apresente indícios do caráter discriminatório da decisão ou conduta empresarial que julgar discriminatória e violadora dos fundamentais direitos trabalhistas.

Neste sentido, oportunamente, o Tribunal Constitucional Espanhol assinala que quem invoca a discriminação, deve ofertar algum indício racional fático como apoio³⁰, refletindo fatos dos quais resultem uma presunção ou aparência de discriminação³¹. Portanto, ademais da invocação do tratamento discriminatório, é necessário que se acredite a presença de circunstâncias que constituam indícios racionais da existência de um panorama ou um clima propício à disseminação da conduta discriminatória.

Corroborando o delineamento anterior, consta no repertório jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho a manutenção da condenação de um Banco por assédio moral e dispensa discriminatória de "um gerente de agência devido a sua orientação sexual"³².

Na reclamação trabalhista, o autor "pediu a reintegração ao emprego ou a correspondente indenização (pela dispensa discriminatória, danosa e kafkiana, segundo seu advogado) e também reparação pelos danos morais e materiais decorrentes do assédio ocorrido no curso da relação de emprego". A defesa do Banco alegou que "O motivo da justa causa teria sido o descumprimento de normas da sua política de crédito e a liberação de recursos de forma incorreta, sem a devida análise ", e não a orientação sexual do empregado³³.

29 JUSBRASIL. Notícias jurídicas. *Opção sexual não garante estabilidade a empregado*. 1 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias>. Acesso em: 10 de maio de 2017. Ver RO 02237.2000.482.02.00-6.

30 Ver Sentença do Tribunal Constitucional de 3 de diciembre de 1988, EDJ 1987/8989.

31 Ver Sentença do Tribunal Constitucional 114/1989, 22 de junio EDJ 1989/6389.

32 TST - Tribunal Superior do Trabalho. Agência de notícias. Assessoria de Comunicação Social - TST. *TST rejeita recurso do Bradesco contra condenação por dispensa discriminatória*. 23 de abril de 2009. Carmem Feijó. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/>. Acesso em: 4 de maio de 2017. Ver RR 1019/2004-024-05-00.8.

33 TST - Tribunal Superior do Trabalho. Agência de notícias. Assessoria de Comunicação Social - TST. *TST*

Contudo, o bancário situa, na peça inicial, diversas situações de perseguição, assédio e ofensa por parte de seu superior hierárquico, sendo inclusive rotulado, em alguns de seus atos, como "atitude de afeminado"³⁴.

Concretamente, a sentença de primeiro grau confirmou que,

o banco não conseguiu provar os motivos da justa causa e condenou-o ao pagamento de indenização por danos moral e material no valor de R\$ 916 mil. Por entender inviável a readmissão do empregado, converteu-a no pagamento em dobro dos salários desde o afastamento até o trânsito em julgado da ação, com base na Lei nº 9.029/1995, que proíbe a discriminação na relação de emprego e impede a despedida discriminatória, concedendo ao empregado o direito de optar entre a readmissão ou o recebimento em dobro do período de afastamento. No julgamento de recurso ordinário, o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (BA) reduziu o valor do dano moral para R\$ 200 mil, mas manteve o pagamento em dobro dos salários até o trânsito em julgado da ação³⁵.

Nesta situação, vislumbra-se a condenação da empresa por danos moral e material e o pagamento em dobro dos salários do empregado, com aplicação da lei 9029/95 que enfatiza a tutela antidiscriminatória na relação laboral.

Por outro lado, a tutela legal concedida não implica na imunidade destes trabalhadores em face ao poder disciplinar da empresa; seus incumprimentos contratuais seguem sancionáveis e perfeitamente puníveis com as sanções legitimadas pelo nosso ordenamento jurídico laboral, a advertência, a suspensão e a extinção contratual por falta grave, respaldadas pelo poder empregatício.

Por sua vez, recai sobre o empresário demonstrar que a sua atuação radicou-se em causas reais, estritamente relacionadas ao vínculo contratual e absolutamente estranhas à vulneração dos direitos fundamentais. Ademais, cabe aclarar a existência de uma causa disciplinar sólida e grave para justificar a declaração de procedência da decisão extintiva, caso o fundamento extintivo seja um deslize praticado pelo trabalhador.

Igualmente, a conduta discriminatória contra o trabalhador homossexual pode forçá-lo a se afastar da relação laboral, camuflando uma situação de comunicação voluntária de demissão pelo trabalhador, ou compeli-lo à prática de atos que possam ocasionar a ruptura contratual por falta grave, excluindo, desta forma, o ônus econômico do empregador, nos

rejeita recurso do Bradesco contra condenação por dispensa discriminatória. 23 de abril de 2009. Carmem Feijó. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/>. Acesso em: 4 de maio de 2017. Ver RR 1019/2004-024-05-00.8

³⁴ TST - Tribunal Superior do Trabalho. Agência de notícias. Assessoria de Comunicação Social - TST. *TST rejeita recurso do Bradesco contra condenação por dispensa discriminatória.* 23 de abril de 2017. Carmem Feijó. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/>. Acesso em: 7 de maio de 2017. Ver RR 1019/2004-024-05-00.8

³⁵ TST - Tribunal Superior do Trabalho. Agência de notícias. Assessoria de Comunicação Social - TST. *TST rejeita recurso do Bradesco contra condenação por dispensa discriminatória.* 23 de abril de 2009. Carmem Feijó. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/>. Acesso em: 4 de maio de 2017. Ver RR 1019/2004-024-05-00.8

ditames impostos no art.482 da Consolidação das Leis Trabalhistas; estes perfis mascaram situações discriminatórias e fraudulentas, com vistas à burlar os mecanismos jurídicos de tutela aos direitos laborais por ocasião da ruptura do contrato de trabalho. Por óbvio, tais posturas fraudulentas e engenhosas clamam por severo rebate e pronta reprimenda em nossos Tribunais trabalhistas.

3.4 Rechaço às práticas discriminatórias após o término do pacto laboral

Na fase posterior ao contrato de trabalho, os atos discriminatórios podem ser praticados como retaliação pelo antigo empregador contratante.

Neste particular, importante lembrar a decisão do juiz Felipe Augusto Calvet, da 14ª Vara do Trabalho de Curitiba, ao condenar uma empresa de consultoria jurídica de segurança a pagar uma multa ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, "por elaborar e vender listas com candidatos a empregos com antecedentes criminais ou ações trabalhistas na Justiça", em face da ação civil pública e medida cautelar propostas pelo Ministério Público do Trabalho do Paraná³⁶.

A elaboração e repasse das "listas negras" constitui conduta que deve ser prontamente combatida pelos órgãos de tutela, posto representar comportamento ilegítimo do empregador, ao sancionar o antigo empregado que porventura tenha ingressado com reclamação ante o judiciário trabalhista em busca de seus direitos, também como desestímulo aos atuais trabalhadores da empresa para que não recorram ao Poder judiciário; ademais, tal prática menoscaba a proteção discriminatória plasmada na lei 9.029/95.

Neste sentido, cabe reconhecer a proibição do empregador de transmitir dados nocivos ou informações privatísticas ou denigrantes sobre os antigos empregados, conforme os preceitos de tutela preconizados em nossa legislação laboral.

Em situações discriminatórias, neste contexto, o empregado poderá defender-se recorrendo diretamente ao Poder Judiciário, buscando os órgãos representativos da categoria e o Ministério Público do Trabalho.

Percebe-se que existe um emaranhado normativo, tanto com o reconhecimento dos instrumentos internacionais como nacionais, que protegem as relações laborais contra as condutas discriminatórias praticadas na fase preliminar à formação do vínculo laboral, no curso do vínculo empregatício e após a ruptura do mesmo, independentemente do motivo que

36 ÚLTIMA INSTÂNCIA. *Empresa terá de pagar multa de R\$ 100 mil por vender lista negra*. De: 17/05/2005. Disponível em: www.ultimainstancia.uol.com.br. Acesso em: 05 de maio de 2017.

ensejou o término da relação laboral.

4. REFLEXÕES FINAIS

Conforme o anteriormente exposto, em território brasileiro, diversos são os mecanismos efetivos de tutela aos trabalhadores que permeiam as várias fases da relação laboral. Partindo-se da Carta Magna de 1988, consubstanciando-se com os parâmetros traçados pela lei 9029/95, seguindo até o conjunto protetor compilado no seio da Consolidação das Leis Trabalhistas, resguardam-se os fundamentais direitos dos trabalhadores.

Contudo, soçobra a sistemática tutelar concebida caso não se sedimentem, diuturnamente, reflexões, investigações e debates para a defesa e a promoção das garantias e direitos instituídos. Os condicionantes jurídicos, com ênfase na diversidade, carecem de uma eficaz propalação e conscientização dos meios antidiscriminatórios legalmente consagrados.

Em qualquer sociedade, cobiçar desenvolvimento, em suas múltiplas facetas, implica em debelar estereótipos, estigmas e máculas, tradicionalmente arraigados nas culturas de povos e Estados.

Nos cabe, portanto, vaticinarmos um horizonte no qual os estigmas e as matizes discriminatórias sucumbam, prostrados, ante às máximas fundamentais do respeito às diferenças. *Legem habemus.*

REFERÊNCIAS E SÍTIOS WEB

a) Referências

ALONSO SAENZ DE MIERA, C. ; RANZ PERIAÑEZ, E. *Igualdad y no discriminación en las relaciones de trabajo*. Em: (Autores Vários). II jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de derecho del trabajo. Madrid: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1985.

BALLESTER PASTOR, María Amparo. *Discriminaciones por razón de sexo en el acceso al empleo*. Relaciones Laborales, número 3-4, 1993.

_____. *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994.

_____; BALLESTER CARDEL, María. *Capítulo primero. Significado general y conceptual de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. En: SALA FRANCO, Tomás; BALLESTER PASTOR, María Amparo; BAÑÓ LEÓN, José María; EMBID IRUJO, José Miguel; GOERLICH PESET, José María. (Coordinadores). **Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la IGUALDAD EFECTIVA de MUJERES y HOMBRES**. Madrid: LA LEY, 2008.

BRASIL. Lei 9029, 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.

CÁMARA BOTÍA, Alberto. *Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, MTAS, 33.

CARDONA RUBERT, Maria Belén. *Protección de la Trabajadora Embarazada: Tutela Preventiva y Tutela Antidiscriminatoria*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002.

CONVENÇÃO nº 111 da OIT, de 1958, sobre a discriminação em matéria de emprego e ocupação.

DA COSTA NEWTON, Paulla Christianne. *Medidas de protección e inserción sociolaboral de las mujeres víctimas de violencia de género en el seno de la pareja*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

DECLARAÇÃO da Organização Internacional do Trabalho relativa aos princípios e Direitos Fundamentais no trabalho, adotada na 86ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, em junho de 1998.

DECLARAÇÃO DE FILADÉLFIA. Declaração relativa aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho, adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em 10 de maio de 1944.

HIRIGOYEN, Marie-France. *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*. Barcelona: Paidós, 1998.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. *Derechos de los homosexuales*. Serie Nuestros Derechos. Cámara de Diputados. LVIII Legislatura. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2ª Edição, 2001.

PEREZ DEL RÍO, Teresa. *La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales: temas de debate*. Temas Laborales, n. 52, 1999.

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel; FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. *Igualdad y Discriminación*. Madrid: Editorial Tecnos, 1986.

SÁEZ LARA, Carmen. *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e*

indirectas. Madrid: CES, 1994.

SEVILLA MERINO, Julia. *Igualdad de Mujeres y Hombres a la Luz del Tratado de Amsterdam*. Seminario celebrado en Madrid los días 13 y 14 de febrero de 2000. MTAS. Madrid: Instituto de la Mujer, 2001.

TOMEI, Manuela. *Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo*. Em: Revista Internacional do Trabalho. Organização Internacional do Trabalho, vol. 122, núm.4, 2003.

VAINFAS, Ronaldo. *Homoerotismo feminino e o Santo Ofício*. Em: DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: UNESP, 2007.

VILLALBA SALVADOR, Belén. *Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 2005: los derechos fundamentales como límite de las facultades organizativas empresariales*. Revista de Derecho Social 31/2005. Ed Bomarzo, 2005.

b) Sítios web

<http://portal.trt1.jus.br/>

<http://www.conjur.com.br/>

<http://ultimainstancia.uol.com.br/>

<http://www.jusbrasil.com.br/noticias>

<http://www.tst.gov.br/>

<http://www.trt5.jus.br/>

<http://mg.trt.gov.br/>