

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

ANDRESSA GIUSTI

DISCRIMINAÇÃO HOMOSSEXUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

**CURITIBA
2018**

ANDRESSA GIUSTI

DISCRIMINAÇÃO HOMOSSEXUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientadora: D.ra Erika Paula de Campos.

**CURITIBA
2018**

ANDRESSA GIUSTI

DISCRIMINAÇÃO HOMOSSEXUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientadora: _____
Dr.a Erika Paula de Campos

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de ____ de _____ 2018.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar quais os direitos e garantias do homossexual nas relações de trabalho e na busca pelo pleno emprego, uma vez que verifica-se que o homossexual é alvo de discriminações por parte dos empregadores e superiores hierárquicos, além dos próprios colegas de trabalho, torna-se necessário tratar dos princípios, legislações, doutrinas, artigos e jurisprudências voltados para o direito do trabalho que proporcionam a defesa dos direitos dos homossexuais perante as discriminações no ambiente laboral. Sendo abordado a história da homossexualidade, bem como princípios e legislação cabíveis a discriminação homossexual; a relação de trabalho e os princípios que regem a relação de trabalho; e as consequências da discriminação homossexual tanto para o homossexual, quanto para o empregador. Destacando-se o que a discriminação pode causar na vida do homossexual, e a sua devida responsabilização.

Palavras-chave: direitos e garantias do homossexual, relação de trabalho, busca do pleno emprego, responsabilização.

LISTA DE SIGLAS

ADI	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	- Artigo
CF	- Constituição Federal
CLT	- Consolidação das Leis do Trabalho
GGB	- Grupo Gay da Bahia
LGBTs	- Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros
TRT	- Tribunal Regional do Trabalho
TST	- Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 HISTÓRICO DA HOMOSSEXUALIDADE	8
2.1 PRINCÍPIOS E LEGISLAÇÃO CABÍVEIS A DISCRIMINAÇÃO HOMOSSEXUAL	11
3 RELAÇÃO DE TRABALHO	21
3.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	23
4 CONSEQUÊNCIAS DA DISCRIMINAÇÃO HOMOSSEXUAL	27
4.1 EM RELAÇÃO AO HOMOSSEXUAL	27
4.2 EM RELAÇÃO AO EMPREDADOR	33
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	53

1 INTRODUÇÃO

As relações de trabalho são responsáveis por grande parte do dia do trabalhador, sendo que o direito preocupou-se em regulamentá-las a fim de que seja proporcionado a proteção aos direitos do trabalhador, entretanto, existem alguns aspectos que devem ser abordados, pois parte da população que trabalha não é devidamente protegida, visto que, existe ainda uma padronização social. É o que pode ser verificado quanto aos homossexuais, que sofrem discriminação no acesso ao emprego e nas relações de trabalho.

Quanto ao acesso ao emprego, verificou-se que quase 20 % das empresas atuantes no mercado brasileiro de trabalho recusam-se a admitirem homossexuais¹, e quando estes integram o quadro de contratados há relatos de agressões e ofensas por serem homossexuais.

Considerando o exposto, é importante questionar: como o direito pode intervir nas relações de trabalho a fim de proteger os homossexuais e garantir os seus direitos, não só nas relações de trabalho, mas também no acesso ao emprego? Dito isto, existem outras indagações relevantes para o estudo como: quais as consequências para quem pratica ações discriminatórias nas relações de trabalho? E como essa discriminação interfere na vida do homossexual?

Desta forma, o estudo é relevante por tratar da inserção dos homossexuais no mercado de trabalho e nas relações de trabalho, uma vez que os homossexuais, em grande parte, sofrem discriminação da própria família, o ambiente de trabalho não deveria ser mais um dos ambientes que o homossexual é discriminado, sendo relevante a tratativa da discriminação homossexual nas relações de trabalho e no acesso ao trabalho, por ser responsável, na maioria dos casos, pela fonte de renda do trabalhador, portanto é necessário para a sobrevivência do trabalhador.

No capítulo inicial foi abordado o histórico da homossexualidade, uma vez que junto com o histórico da homossexualidade é observado que nem sempre a

¹ SOBRINHO, Wesley Preite. Duas em cada dez empresas se recusam a contratar homossexuais no Brasil. **Carta Capital**. maio.2015. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/duas-em-cada-dez-empresas-se-recusam-a-contratar-homossexuais-no-brasil-1703.html>>. Acesso em: 04 set. 2017. Brasil. Carta Capital. maio.2015. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/duas-em-cada-dez-empresas-se-recusam-a-contratar-homossexuais-no-brasil-1703.html>>. Acesso em: 04 set. 2017.

sociedade agiu de forma discriminatória e, portanto, a discriminação se deu ao longo da história, além de tratar do histórico da homossexualidade, os princípios e legislação que buscam proteger o homossexual também são tratados. Como a pesquisa preocupou-se com a discriminação homossexual nas relações de trabalho é abordado, em um segundo capítulo, o conceito de relação de trabalho a fim de delimitar em quais situações a pessoa que sofre discriminação sexual pode buscar a sua proteção no âmbito judiciário. Por fim, foi analisado as consequências da discriminação homossexual em relação ao empregado e ao empregador, uma vez que, as consequências para a vítima de discriminação podem acarretar em doenças psicológicas, e o empregador poderá ser responsabilizado.

2 HISTÓRICO DA HOMOSSEXUALIDADE

A homossexualidade nem sempre foi alvo de discriminação social, sendo definido por Francisco Silveira Bueno como "atração ou afinidade entre indivíduos do mesmo sexo; comportamento decorrente dessa atração ou afinidade" ², esse comportamento é observado no ano 4500 antes de Cristo, que é um dos primeiros registros da homossexualidade, conforme demonstra o autor Anderson Fontes Passos Guimarães

O primeiro registro que possuímos acerca da homossexualidade data de 4500 anos antes de Cristo, ocorrendo entre Oros e Seti, na sociedade egípcia. Ela sempre existiu, em todos os povos e nos mais diferentes *status* sociais. Podemos ainda citar, o Batalhão dos Amantes, um exército composto apenas por homossexuais na Grécia, nação onde também existiu Alexandre Magno e os grandes filósofos, como Platão e Sócrates, todos homossexuais.³

Na Grécia Antiga a homossexualidade apresentava uma condição privilegiada, assumindo a forma de pederastia, segundo descrição de Marcelo Augusto Toniette

Em um breve olhar histórico sobre a construção social da homossexualidade, temos que na Grécia Antiga ela tinha um status privilegiado, na forma de pederastia, consistindo em parte da passagem de um rapaz, com idade entre 12 e 20 anos, para a vida adulta, sendo uma forma elevada de educação e transmissão de valores aristocráticos de uma geração a outra. ⁴

² BUENO, Francisco Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. 6. ed. São Paulo: FTD, 2007. p. 413.

³ GUIMARÃES, Anderson Fontes Passos. O desafio histórico de "tornar-se um homem homossexual": um exercício de construção de identidades **Periódicos eletrônicos em psicologia**, Ribeirão Preto, vol.17, n. 2, 2009. Disponível em:< http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2009000200023>. Acesso em: 03 set. 2017.

⁴ TONIETTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. **Revista brasileira de sexualidade humana**, São Paulo, vol. 17, n.1, p.44, jan.2006. Disponível em < <http://pessoal.educacional.com.br/up/4660001/9842654/Revista%20Brasileira%20de%20Sexualidade%20Humana%20-%20volume%2017.pdf>>. Acesso em: 03 set.2017.

Observa-se que na apresentação de Anderson Fontes Passos Guimarães e Marcelo Augusto Toniette não há uma forma discriminatória da homossexualidade, e sim, sua aceitação nas sociedades descritas, a discriminação surge na Europa Medieval com a junção da Igreja e Estado, que estabelecia como padrão o heterossexual, tornando o desejo ou atração por pessoa do mesmo sexo como pecado, como expõe Marcelo Augusto Toniette

O Estado homofóbico nasceu mais tarde, na Europa Medieval, a partir das autocracias combinadas da Igreja e Estado, sacralizando a sexualidade e estabelecendo o "ideal" heterossexual. Por volta de 1.700, com a reforma puritanista, houve a introdução das noções de bem e mal absolutos, e os homens que mantinham relação com outros homens passaram a ser vistos como criminosos. Neste período, o homossexual, por não apresentar comportamento que levasse à reprodução foi colocado no mesmo nível de assassinos, hereges e traidores.⁵

A visão da homossexualidade como pecado colaborou para que mais tarde se tornasse um crime. Com a Revolução Francesa houve a busca da separação entre crime e pecado, mas não obtendo sucesso para com a discriminação homossexual, sendo que em alguns países os homossexuais eram perseguidos, mas não com base no pecado, e sim como criminosos, relata André Estefam

A França, conforme já se acentuou, descriminalizou a sodomia em 1791. Apesar disso, no século XIX, os homossexuais ainda eram perseguidos, porém com base em normas relativas à regulação da decência pública. A Inglaterra puniu com a morte sodomitas até 1861, chegando, no início do século XIX, a castigar mais homossexuais do que homicidas. Mesmo depois de isentos da pena capital, os homossexuais masculinos continuaram sujeitos à proibição penal, subsumindo-se o ato ao delito de gross indecency, que os condenava à pena de prisão ou a tratamento alternativo de castração química (até 1967).⁶

No Brasil há registros da homossexualidade e o preconceito em torno dela, desde a colonização, Anderson Fontes Passos Guimarães aborta os escritos descobertos da época, citando Aguiar

⁵ TONIETTE, 2006, p. 45.

⁶ ESTEFAM, André. **Homossexualidade, prostituição e estupro**: um estudo à luz da dignidade humana. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 96-97.

Dentre todos os pecados, bem parece ser o mais torpe, sujo e desonesto o pecado de Sodomia, e não é achado um outro tão aborrecido ante a Deus e o mundo, pois por ele não somente é feita ofensa ao Criador da natureza, que é Deus, mais ainda se pode dizer, que toda a natureza criada, assim celestial como humana, é grandemente ofendida.⁷

Assim sendo, a homossexualidade tornou-se pecado na Europa Medieval e no Brasil desde a sua colonização, posto isto, ainda persiste nos dias atuais a visão do cristianismo que coloca a homossexualidade como pecado. Desde então, o homossexual tem enfrentado agressões físicas e verbais, sendo parte de uma minoria que é discriminada, Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault entendem por discriminação “é excluir, é negar cidadanias e a própria democracia”⁸, visto que o Estado tornou-se laico, é notável que o referido ainda sofre influências do cristianismo e há dificuldades de deixar de lado os conceitos de pecado que advinham da Europa Medieval.

Além de pecado e crime, a homossexualidade foi também considerada uma doença, o que é comprovado com a utilização do termo “homossexualismo”, conforme explica André Estefam

A Medicina, durante muito tempo, a considerou como doença e, por conta disso, a tratava com prescrições químicas. A expressão “homossexualismo”, a propósito, revela tal abordagem, pois o sufixo “ismo” é utilizado justamente para indicar que se cuida de uma patologia.⁹

O Brasil caminha aos poucos com os direitos e a inserção dos homossexuais, o que torna-se notável com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que foram responsáveis pela aprovação da união estável entre pessoas do mesmo sexo¹⁰, apenas no ano de 2011.

⁷ AGUIAR, 1926 apud GUIMARÃES, Anderson Fontes Passos. . O desafio histórico de "tornar-se um homem homossexual": um exercício de construção de identidades **Periódicos eletrônicos em psicologia**, Ribeirão Preto, vol.17, n. 2, 2009. Disponível em:< http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2009000200023>. Acesso em: 03 set. 2017.

⁸ VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Discriminação. São Paulo: LTr, 2000. p. 13.

⁹ ESTEFAM, 2016, p.97.

¹⁰ Supremo reconhece união homoafetiva. **Notícias STF**. 05 maio 2011. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 03 set. 2017.

Se a aprovação da união entre pessoas do mesmo sexo é consideravelmente nova, ainda há outras áreas de garantias e direitos que devem ser apreciadas para melhorar a sua inclusão perante a sociedade, uma vez que aprovar a união homoafetiva não exclui o preconceito por parte da sociedade, mas é considerado um grande passo, faz-se necessário a tomada de outros grandes passos em outras áreas do direito, o que pode ser verificado no mercado de trabalho

Quase 20% das empresas que atuam no Brasil se recusam a contratar homossexuais. A conclusão é de uma pesquisa da empresa de recrutamento e seleção Elancers, que entrevistou 10 mil empregadores e mostrou que muitas companhias preferem rejeitar um candidato gay por temer que sua imagem seja associada a ele.¹¹

Portanto, há uma marginalização dos homossexuais em várias áreas que o direito pode intervir para melhorar a sua inclusão, visto que as minorias encontram dificuldades para serem inseridas e respeitadas. O enfoque maior será nas relações de trabalho, pois é fonte de renda e sobrevivência, sendo fundamental que não seja um ambiente de discriminações, uma vez que ocupa grande parte do dia e se não for um ambiente saudável poderá causar doenças psicossomáticas, como será visto adiante.

2.1 PRINCÍPIOS E LEGISLAÇÃO CABÍVEIS A DISCRIMINAÇÃO HOMOSSEXUAL

Uma das principais espécies de discriminação da homossexualidade ocorre nas relações de trabalho, como mencionado anteriormente, Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault descrevem

O preconceito (e a discriminação) grassa fortemente na nossa multiforme sociedade, é lógico que isto não poderia deixar de ocorrer na seara da

¹¹ SOBRINHO, Wesley Preite. Duas em cada dez empresas se recusam a contratar homossexuais no Brasil. **Carta Capital**. maio.2015. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/duas-em-cada-dez-empresas-se-recusam-a-contratar-homossexuais-no-brasil-1703.html>>. Acesso em: 04 set. 2017.

relação de emprego, onde o poder e o tratamento diferenciado podem se tornar tragicamente complexos.¹²

O legislador preocupou-se com as formas de discriminação na Lei 9029 de 1995 em seu artigo 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.¹³

A Constituição Federal de 1988 também aborda em seu texto de lei, no art.170, inciso VIII, “a busca do pleno emprego”¹⁴, o qual caracteriza-se por ser um princípio constitucional, se observados os dados da página anterior para a contratação de homossexuais nas empresas, é visto que há impedimentos da busca do pleno emprego para os homossexuais, os quais são tratados de forma discriminatória, sendo que Anita Kon conceitua pleno emprego da seguinte forma

De um modo geral, pleno emprego pode significar que em determinado momento a população economicamente ativa realiza o volume de atividade máxima que é capaz de realizar e pode dizer-se que o pleno emprego se traduz numa situação em que todo o indivíduo que se apresenta no mercado de trabalho a procura de ocupação a encontra.¹⁵

Desta forma, não deverá haver impedimentos que leve em consideração as características pessoais do indivíduo, mas sim, sua capacidade laboral. Outro

¹² VIANA; RENAULT, 2000, p.383.

¹³ BRASIL, Lei nº 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 04 set. 2017.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 4 set. 2017.

¹⁵ KON, Anita. Pleno emprego no Brasil: interpretando os conceitos e indicadores. **Biblioteca Digital de Periódicos**, vol. 8, n. 2, p.7, abr. 2012. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/ret/article/view/28159/18699>>. Acesso em: 04 set. 2017.

princípio que busca proteger o cidadão do mercado e das relações de trabalho com tratamento discriminatório, é o princípio da igualdade, é importante detalha-lo, uma vez que trata-se de um dos princípios fundamentais, que busca a igualdade perante a lei e na lei, conforme conceitua Guilherme Peña de Moares citando Barroso

O princípio da igualdade, [...] corresponde à inadmissibilidade de diferenciações arbitrárias, exteriorizadas sob a forma de discriminação ou privilégio. [...] o princípio da igualdade é dotado de caráter relativo, eis que proíbe as diferenciações de tratamento arbitrárias, assim compreendidas as discriminações (situações de desvantagem) ou privilégios (situações de vantagem), sendo “legítima a desequiparação quando fundada e logicamente subordinada a um elemento discriminatório objetivamente aferível, que prestigie, com proporcionalidade, valores obrigados no texto constitucional.”¹⁶

Assim sendo, o direito dos homossexuais obterem um tratamento de igualdade na sua contratação ou na relação de trabalho tem amparo no princípio da igualdade, que busca a diminuição das discriminações, o princípio pode ser encontrado na Constituição Federal em seu artigo 5º, caput “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”¹⁷

O princípio da igualdade é também fundamentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, Cármen Lúcia Antunes Rocha explica a diferença dos dois princípios

Tem-se acentuado que a dignidade da pessoa humana irmana-se e, eventualmente, até se confunde com a igualdade jurídica. Se é da humanidade que emerge o fundamento daquele princípio é na humanidade igual de todas as pessoas que se põe a base desse último princípio. Dito de outra forma, a humanidade que é idêntica em berço (o qual pode ser, contudo, dessemelhante) não altera a igualdade da pessoa, o que a sepultura testemunha igual em qualquer canto do mundo. Mas conquanto seja exato que a igualdade funda-se na dignidade que a humanidade da pessoa assegura, não parece correto pensar-se haver confusão de

¹⁶ BARROSO, 1987 apud MORAES, Guilherme Peña de. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 101-102.

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 4 set. 2017.

princípios, pois aquele é mais amplo em seu conteúdo e em sua eficácia como fundamento do direito. Aliás, a dignidade da pessoa humana é fundamento do princípio da igualdade jurídica sem que haja absorção de um pelo outro.¹⁸

O princípio da dignidade da pessoa humana surge a fim de reagir ao totalitarismo e as consequências desse regime, uma vez o referido regime foi responsável pela segregação e morte das pessoas que não eram compatíveis com o padrão totalitário da época, havendo certa semelhança com a marginalização e a exclusão dos homossexuais do mercado de trabalho, é relevante tratar do princípio da dignidade da pessoa humana diante da discriminação que os homossexuais sofrem. Conforme afirma Bruno Cunha Weyne, é “uma reação da comunidade internacional ao totalitarismo dos regimes nazistas e às atrocidades por eles cometidas no contexto da Segunda Guerra Mundial (1939-1945)”¹⁹. Assim é importante ressaltar, que o princípio também responsabiliza-se pelas minorias, como é mencionado por Cármen Lúcia Antunes Rocha

De se observar que aquele princípio é conjugado com o da cidadania, o que evita que o individualismo seja tomado de maneira exacerbada, conduzindo a uma condição social no qual se infirmem os interesses e bens de toda a coletividade. A afirmação da cidadania ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana impede que se pense o sistema como uma ilusão perigosa no sentido de ser embaraço à liberdade política democrática que há de ser estendida ao todo e não a apenas uma parcela da sociedade. De outra parte, também impõe que os caprichos individuais não segreguem grupos ou pessoas e que os grandes debates não percam a dimensão da humanidade que está em cada um como representação do todo.²⁰

O princípio da dignidade da pessoa humana seria mais uma forma de evitar a segregação das minorias e respeitar as suas diferenças a fim de não retroceder a regimes totalitaristas, o preconceito ainda existente para com a homossexualidade e sua exclusão do mercado de trabalho é o retrocesso em seus direitos. O princípio da liberdade, também protege a opção sexual do indivíduo, Jaqueline Fraga Pessanha

¹⁸ ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. [S.l.], n. 2, p. 54, maio 2016. ISSN 1677-1419. Disponível em: < <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em: 05 set. 2017.

¹⁹ WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 88.

²⁰ ANTUNES ROCHA, 2016, p. 55.

entende o princípio da liberdade como a “proteção à autonomia de vontade de cada cidadão, prevista na Constituição, na qual entende-se que qualquer indivíduo tem o direito de tomar suas decisões de acordo com suas próprias vontades e interesses, desde que não fira o direito assegura a terceiro”²¹, ainda em seu artigo Jaqueline Fraga Pessanha cita a definição de José Luiz Ragazzi e Thiago Munaro Garcia

não há como dissociar o direito de liberdade da concepção de dignidade da pessoa humana, que se liga à noção de liberdade pessoal do indivíduo. [...] A autodeterminação da conduta, pressupondo decisão própria, só é possível na medida em se assegure ao ser humano, como faceta de sua dignidade, o exercício pleno da liberdade. [...] Tamanha a sua amplitude, o direito de liberdade é multifacetado, pois várias são as situações da vida em que o ser humano, exercendo sua autonomia pessoal, poderá escolher o caminho que melhor lhe convier. [...] como liberdade de amar e se relacionar com quem quer que seja, independentemente do sexo. A liberdade sexual, portanto, como toda e qualquer outra liberdade, decorre da autonomia privada de cada um e não pode ser tolhida ou simplesmente ignorada pelo Estado, cujo papel, neste seara, é exatamente o de garantir que os cidadãos gozem plenamente delas.²²

O princípio da liberdade no âmbito do trabalho observa-se na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XIII, que estabelece em seu texto “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”²³, reconhecendo a liberdade de exercer qualquer atividade profissional, assim como é cabível que qualquer pessoa a exerça, conforme o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

A vida privada do trabalhador poderá ser preservada, caso o empregado queira, sendo impedido o empregador de fazer indagações da vida pessoal do empregado como expõe Antônio Bonival Camargo

²¹ PESSANHA, Jaqueline Fraga. Princípios constitucionais: a efetivação dos direitos fundamentais da família homoafetiva. **Publica Direito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0501b4e3f17a759d>>. Acesso em: 05 set. 2017.

²² RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro, 2011, apud. PESSANHA, Jaqueline Fraga. Princípios constitucionais: a efetivação dos direitos fundamentais da família homoafetiva. **Publica Direito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0501b4e3f17a759d>>. Acesso em: 05 set. 2017.

²³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 5 set. 2017.

A lei proíbe fazer indagações sobre a vida do candidato, seu credo, ou facção política a que se filia ou com quem simpatiza, ou qual o time de futebol de sua preferência, o que importa em tolher a liberdade do trabalhador e subjugar-lhe a dignidade ao império do comandante, ou mandante do trabalho. Os limites sobre essas averiguações, avançam ainda, proibindo ao empregador indagar sobre as tendências sexuais, ou sobre possível dependência de drogas, ou testes para descobrir doenças ou gravidez.²⁴

Importante observar que é escolha do empregado ou entrevistado dizer a respeito da sua vida pessoal, partindo somente dele, não sendo possível o empregador questioná-lo a respeito das questões, conforme disposto na Constituição Federal, artigo 5º, inciso X, “são 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”²⁵.

Para esclarecer intimidade e vida privada, e suas diferenciações Marina Vitória Alves utiliza o conceito de Sampaio

Para José Adécio Leite Sampaio (que utiliza regras etimológica, da linguagem cotidiana e de direito comparado para diferenciar intimidade de vida privada) tem-se que:

Com efeito, intimidade deriva do latim *intimus* que significa “íntimo, mas recôndito”, “interior”, enlaçando-se ainda com a ideia de “segredo” e “confiança”; daí falar-se em *amici intimi* (amigos íntimos) e *intimus consiliis eorum* (confidentes de seus segredos), *intima militia* (amizade íntima).

Privatus deu origem a *privacy*, *privée*, *privatezza*, *privato* e *privado* (vida privada), significando originariamente “privado”, “particular”, “próprio”, “pessoal”, “individual”.

Verificamos que, sem embargo do sentido de “recôndito” ou “escondido”, intimidade traz em sua raiz um conteúdo intersubjetivo, relacional de “proximidade”, “confidência” e “amizade”. Já vida privada parece significar algo isolado, distante, solitário, ligando-se ainda ao sentido de “apropriação”, de “propriedade”.²⁶

É de grande relevância tal diferenciação, uma vez que a confusão de um com outro é muito comum, o direito a vida privada e intimidade também estão protegidos

²⁴ CAMARGO, Antônio Bonival. **Princípios e ideologias aplicados na relação de emprego**. 1. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2000. p. 177.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 5 set. 2017.

²⁶ SAMPAIO, José Adécio Leite, 1998 apud ALVES, Marina Vitória. Direito à intimidade e à vida privada: os contornos da individualidade no mundo contemporâneo. In: ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia (Org.). **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.220

pela Constituição Federal, sendo necessário salientar que, o direito à vida privada e intimidade estão ligados ao direito da personalidade, Marina Vitória Alves esclarece a ligação

Toda modificação sobre conceito da pessoa implica invasão em sua intimidade. Se alguém divulga fatos íntimos da vida de uma pessoa causando modificações no conceito que aqui sociedade mantém sobre ela, interfere diretamente em sua intimidade.²⁷

Sendo o direito a intimidade essencial para a personalidade, ainda a respeito do direito à vida privada Marina Vitória Alves faz a seguinte colocação

Primeiramente, o direito à vida privada é absoluto. Todo ser humano tem o direito de ter sua vida privada resguardada do conhecimento de terceiros (que também abrange o Estado). Vale dizer, este direito é oponível erga omnes.

O direito à vida privada é também, em princípio, indisponível: não pode ser objeto de transação. Em princípio, pois, se uma determinada pessoa quiser divulgar aspectos de sua vida privada, não haverá desrespeito a este direito pelo divulgador. É claro que devem ser notados alguns limites que observem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, do qual nem o titular pode dispor.²⁸

Cabe agora conceituar e tratar do direito da personalidade, o qual deveria proporcionar uma proteção à personalidade do indivíduo, uma vez que ser homossexual faz parte da personalidade, este direito é de extrema importância. Primeiramente a Sandra Lia Simón, utiliza-se do conceito de Pinto Ferreira

A palavra “personalidade”, hoje empregada principalmente pela psicologia, psiquiatria e sociologia, vem do latim persona, que designava a máscara teatral usada pelos atores durante a encenação de uma peça. No sentido jurídico, a personalidade é o elemento estável e permanente da conduta de uma pessoa, da sua maneira de ser habitual, servindo para distingui-la de outro ser humano.²⁹

²⁷ ALVES, Marina Vitória, 2000, p. 223.

²⁸ Ibid, 2000, p.222.

²⁹ PINTO FERREIRA, 1981 apud SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p.60.

No direito, Sandra Lia Simón apresenta duas correntes de direitos da personalidade a jusnaturalista e a positivista, primeiramente será tratado o jusnaturalista, conforme demonstrado a seguir

Para os jusnaturalistas, trata-se de direitos inerentes à pessoa humana. Carlos Alberto Bittar, considera-os inatos, de maneira que o Estado apenas os protege, já que são reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em sua projeção na sociedade. Luiz Cunha Gonçalves identifica-os como os supremos direitos do homem, inerentes à sua própria natureza. Maria Helena Diniz, apoiando-se em Goffredo Telles Jr., afirma tratar-se de simples direitos da existência, pois a lei tão só dá singela permissão a cada indivíduo, de defender um bem que lhe foi dado pela natureza, de maneira primordial e direta. Para José Serpa de Santa Maria, direitos da personalidade são aqueles atinentes à realização de determinados atributos inatos ao indivíduo, configurando-se como bens jurídico, reconhecidos e regulamentados pelo ordenamento jurídico.³⁰

Além das visões jusnaturalistas apresentadas acima, Sandra Lia Simón também apresenta um enfoque positivista

Segundo os positivistas, os direitos da personalidade são aqueles que dão consistência e concretização à pessoa, compondo o mínimo necessário à sua estrutura. Adriano de Cupis afirma que, sem tais direitos, “os outros direitos subjectivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, eles não existissem, a pessoa não existiria como tal”³¹

Assim sendo, tanto no enfoque jusnaturalista quanto no enfoque positivista os direitos da personalidade assumem grande importância para a proteção dos direitos do homossexual, uma vez que ser homossexual está incluso em sua personalidade, Alana Carlech Correia e Fernando Bretas Vieira Porto analisam os direitos da personalidade com a homossexualidade, conforme o entendimento de Brito

A Personalidade Jurídica nesse caso seria a projeção íntima e psíquica de cada ser humano, seria a projeção social da personalidade jurídica com consequências jurídicas, sendo a sexualidade um direito de personalidade. Isso porque o desenvolvimento individual estará reprimido na medida em que a expressão da sexualidade é reprimida e isso inclui a repressão em nível social. O indivíduo, no plano da igualdade e da liberdade por conta da

³⁰ SIMÓN, Sandra Lia, 2000, p. 61-62.

³¹ DE CUPIS, 1961 apud SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 62.

manifestação de sua sexualidade pode sofrer alguma vedação o que certamente acarreta ser diminuído em sua personalidade.³²

O direito da personalidade é o protetor das características individuais de cada pessoa, sendo primordial para a proteção do homossexual, uma vez que sua personalidade tem enfrentado discriminações, e alguns homossexuais reprimem sua sexualidade a fim de obter a sua inclusão social, mas como exposto acima reprimir a sexualidade é a diminuição de um direito. Portanto, numa relação de emprego, por exemplo, por mais que o empregador possua poderes hierárquicos acima do empregado, não é cabível o tratamento vexatório por sua opção sexual. Como conclui Sandra Lia Simón

Numa relação de emprego, ainda que o poder de direção do empregador seja incontestável, encontrando fundamento em outra das liberdades públicas, qual seja, o direito de propriedade, não há negar ampla incidência dos mesmos, no que diz respeito aos trabalhadores. Mesmo que se encontrem em patamar hierarquicamente inferior em relação aos empresários, o poder de mando encontrará limites no exercício das liberdades públicas.³³

Os direitos fundamentais aqui citados surgem como uma garantia para que as diferenças não sejam tratadas de forma discriminatória e haja respeito não só nas relações de trabalho, mas também nas diversas formas de convivência na sociedade. Sendo que, o âmbito laboral torna-se o ambiente onde os princípios fundamentais mais são invocados por considerar a natureza da relação contratual, como afirma Zeno Simm

O âmbito laboral mostrou-se propício a essa invocação dos direitos fundamentais no âmbito privado porque ali, pela própria natureza da relação contratual, o empregado abre mão de uma parte de suas liberdades na medida em que se coloca a serviço do empregador, subordinado a este e por ele controlado e fiscalizado. Quando, porém, a atuação patronal

³² BRITO, 2012 apud CARLECH CORREIA, Alana; VIERA PORTO, Fernando Bretas. **A sexualidade como direito da personalidade**: um enfoque nas áreas do conhecimento da psiquiatria/psicologia conjugados com a evolução do pensamento jurídico ocorrida durante o século XX e XXI. **Conpedi**, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/852e718s/he13jF018r2iVaxY.pdf>>. Acesso em: 03 nov.2017

³³ SIMÓN, Sandra Lia, 2000, p.101.

extrapola limites do razoável, do aceitável, do necessário ao desenvolvimento das atividades empresariais, entram em ação os direitos fundamentais do trabalhador como limitação ao poder empresarial e como forma de limitar a perda das liberdades do empregado, devendo-se buscar a conciliação dos interesses em conflito.³⁴

Portanto, o que deve ser enfatizado é que numa relação de trabalho há limites tratados pelos princípios e pela legislação, que são responsáveis pela defesa dos direitos individuais, uma vez ultrapassados tais limites deverão ser invocados os direitos fundamentais.

³⁴ SIMM, Zeno. **Acosso psíquico no ambiente de trabalho**: manifestações, efeitos, prevenção e reparação. São Paulo: LTr, 2008. p. 35.

3 RELAÇÃO DE TRABALHO

O trabalho tem com uma de suas características ser fonte de renda, e o homossexual encontra dificuldades de manter-se em uma relação de trabalho devido as formas de discriminação que encontra no ambiente. Sendo importante conceituar a relação de trabalho e suas características para um estudo mais detalhado das dificuldades que o homossexual encontra dentro da relação de trabalho.

A relação de trabalho caracteriza-se por ser o gênero, enquanto a relação de emprego a espécie, assim a relação de trabalho é conceituada por Arnaldo Sussekind

A relação de trabalho corresponde ao vínculo jurídico estipulado, expressa ou tacitamente, entre um trabalhador e uma pessoa física ou jurídica, que o remunera pelos serviços prestados. Ela vincula duas pessoas, sendo que o sujeito da obrigação há de ser uma pessoa física, em relação à qual o contratante tem o direito subjetivo de exigir o trabalho ajustado. O trabalhador autônomo, ao contrário do empregado, assume o risco da atividade profissional que exerce.³⁵

A relação de trabalho abrange até mesmo as relações autônomas de trabalho, conforme Alice Monteiro de Barros expõe, utilizando-se do conceito de Jean Vicent, a relação de trabalho é designada por “todos os contratos nos quais a atividade pessoal de uma das partes constitui o objeto da convenção ou uma das obrigações que ela comporta”³⁶. A relação de emprego é caracterizada no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”³⁷, portanto Simões entende que são necessários quatro requisitos para caracterizar a relação de emprego: “i) a alteridade, ii) a subordinação,

³⁵ SUSSEKIND, Arnaldo. A relação de trabalho. **Revista TST**, Brasília, vol. 75, n. 4, p. 17, out. 2009. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13698/001_sussekind.pdf?sequence=6> . Acesso em: 05 set. 2017.

³⁶ VICENT, Jean, 2005 apud BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 220.

³⁷ BRASIL, **Consolidação das leis do trabalho**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

iii) a pessoalidade, iv) a onerosidade, e v) a não eventualidade.”³⁸, se estiver ausente um desses requisitos será caracterizado como relação de trabalho e não relação de emprego. Sendo importante caracterizar o contrato de trabalho, segundo Alice Monteiro de Barros

O contrato de trabalho é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente, em favor do segundo um serviço de natureza não eventual, mediante salário e subordinação jurídica. Sua nota típica é a subordinação jurídica. É ela que irá distinguir o contrato de trabalho dos contratos que lhe são afins e, evidentemente, o trabalho subordinado do trabalho autônomo.³⁹

Sendo o contrato mais uma forma de diferenciar a relação de trabalho da relação de emprego. A diferenciação torna-se importante diante da busca do judiciário, sendo que os trabalhadores autônomos também podem buscar a Justiça do Trabalho, conforme Mauro Schiavi cita em seu texto a corrente defendida por Manoel Antônio Teixeira Filho

Agora, entretanto, o texto constitucional, em sede de competência da Justiça do Trabalho, alude aos conflitos de interesses emanantes da relação de trabalho. Faz-se oportuno lembrar que a relação de trabalho é gênero do qual a relação de emprego constitui espécie. Em termos concretos, isto significa que esse ramo do Poder Judiciário poderá apreciar e solucionar não apenas lides envolvendo trabalhadores e empregadores, senão que lide nas quais, de um lado, figure como parte um trabalhador, lato sensu, independentemente da natureza jurídica do contrato a que esteja vinculado, e, de outro, o tomador dos seus serviços, mesmo que não seja o empregador. Sob essa nova perspectiva, poderão figurar doravante, em um dos pólos da relação jurídica processual, na esfera da Justiça do Trabalho, trabalhadores autônomos em geral, com o: contadores, contabilistas, consultores, engenheiros, arquitetos, eletricitas, jardineiros, pintores, pedreiros, carpinteiros, mestres-de-obra, decoradores, costureiras, manicuras, personal trainer, corretores, representantes comerciais, apenas para nomear alguns.⁴⁰

³⁸ SIMÕES, Alexandre Gazetta. Dos elementos caracterizadores da relação de emprego. **Direito Net**. 25 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9540/Dos-elementos-caracterizadores-da-relacao-de-emprego>>. Acesso em: 05 set. 2017.

³⁹ BARROS, 2010, p. 236/237.

⁴⁰ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio, 2004 apud SCHIAVI, Mauro. O alcance da expressão “relação de trabalho” e a competência da justiça do trabalho um ano após a emenda constitucional n° 45/2004. **Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 72, n.1, p. 45, jan. 2006. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/2694/002_schiavi.pdf?search-result=true&query=rela%C3%A7%C3%A3o+de+trabalho¤t-

Desta forma, a busca de direitos no âmbito do trabalho torna-se plena, uma vez que até mesmo os trabalhadores autônomos são investidos de direitos, o que auxilia na defesa do direito das minorias que são discriminadas nas relações de trabalho em geral.

A relação de trabalho e a relação de emprego são consideradas por Alice Monteiro de Barros modalidades da relação jurídica, pois é disciplinada pelo direito e existe na relação uma atribuição e uma imposição, conforme explicação da referida

A relação jurídica pressupõe a existência de, pelo menos, duas pessoas e de uma norma jurídica qualificadora de uma relação social. A relação jurídica se manifesta por meio: dos direitos subjetivos, conceituados como “o poder de exigir ou pretender de outra pessoa um determinado comportamento positivo ou negativo”; de direitos potestativos definidos como “poderes jurídicos de, por um ato livre de vontade, só de per si ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem a outra parte”⁴¹

Sendo assim, a relação de trabalho e sua espécie deverão ser protegidas no âmbito jurídico, uma vez que, como explica Alice Monteiro de Barros trata-se de relações sociais com pelo menos duas pessoas e a norma jurídica que a qualifica, não sendo cabível apenas a proteção de direitos fundamentais na relação de emprego, mas também, na relação de trabalho.

3.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais basilares do direito trabalhista são: princípio da proteção do trabalhador, princípio da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas, princípio da continuidade da relação de emprego e princípio da primazia da realidade, sendo os de maior relevância para a proteção dos direitos dos homossexuais o princípio da proteção do trabalhador e irrenunciabilidade de direitos

scope=&filter_relational_operator_3=contains&filter_relational_operator_2=contains&filter_relational_operator_4=contains&filter_0=&filter_relational_operator_1=contains&filter_2=&filter_relational_operator_0=contains&filter_1=&filter_4=periodico&filter_3=Revista%2Bdo%2BTribunal%2BSuperior%2Bdo%2BTrabalho&filtertype_0=title&filtertype_1=author&filtertype_2=IssuedCreated&filtertype_3=citation&filtertype_4=type&rpp=20&sort_by=score&order=desc> Acesso em: 05 set.2017.

⁴¹ BARROS, 2010, p. 220-221

trabalhistas. Guilherme Peña de Moraes conceitua o princípio da proteção do trabalhador como

A debilidade econômica do trabalhador é objeto de tutela constitucional, de maneira a afastar as desigualdades materiais entre os sujeitos da relação de trabalho subordinado, sendo expresso sob três formas distintas. O subprincípio *in dubio pro operatio* aponta que, na interpretação da regra jurídica trabalhista, havendo mais de um sentido possível, deve ser adotado o que melhor atender aos interesses do trabalhador. O subprincípio da norma mais favorável indica que, na aplicação da regra jurídica trabalhista, abstratamente considerada, havendo mais de uma aplicável à hipótese, deve ser acolhida a que for melhor para o trabalhador, ainda que a hierarquicamente inferior. O subprincípio da condição mais benéfica indica que, na aplicação da regra jurídica trabalhista, corretamente considerada, havendo mais de uma aplicável ao caso, deve ser escolhida a que melhor for para o trabalhador, em consagração de situações jurídicas vantajosas para ele, ajustadas no contrato individual de trabalho ou resultantes do regulamento da empresa.⁴²

O princípio da proteção do trabalhador leva em consideração a fragilidade do trabalhador mediante a empresa que o emprega, pois considera-se que a empresa possui maior poder econômico que o trabalhador, sendo necessário a adoção de medidas protetivas ao trabalhador, o artigo 5º, inciso XXXVI da C.F.: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”⁴³ é o que rege o princípio da proteção do trabalhador Américo Plá Rodríguez, que entende que

O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

Enquanto no direito comum constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.⁴⁴

⁴² MORAES, 2014, p. 115-116.

⁴³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 5 set. 2017.

⁴⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 1. ed. São Paulo: Ltr, 1978. p.28.

Américo Plá Rodriguez caracteriza as formas de aplicação do princípio em três formas

- a) regra *in dubio, pro operário*. Critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador;
- b) a regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas;
- c) a regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador.⁴⁵

Conforme o exposto a regra mais benéfica será dirigida ao trabalhador. Guilherme Peña de Moraes disserta a respeito do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas

O trabalhador não pode dispor, através da renúncia, dos direitos oriundos da relação de trabalho subordinado, ainda que de caráter privado e patrimonial, em razão do conteúdo e da finalidade das regras jurídicas determinantes da intervenção do Estado no ordenamento trabalhista, de sorte que a renúncia de direitos oriundos da relação de emprego pode ser eivada de nulidade absoluta ou relativa, conforme a renúncia aos direitos trabalhistas envolva interesse de natureza predominantemente pública ou metaindividual, restrito à categoria profissional, ou natureza preponderantemente individual, respectivamente.⁴⁶

Assim sendo há direitos que são inerentes ao trabalhador, e a Constituição Federal preocupou-se em descrevê-los em seu artigo 7º, incisos VI, XII e XIV

- VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
- XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
- XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;⁴⁷

⁴⁵ PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 42-43.

⁴⁶ MORAES, 2014, p. 116.

⁴⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 5 set. 2017.

O princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas preocupa-se com o abuso de poder por parte do empregador, que pode reduzir os direitos do trabalhador, uma vez que o empregador é o responsável pela fonte de renda dos empregados e é quem delega as funções, há necessidade de existir garantias para a proteção dos trabalhadores.

4 CONSEQUÊNCIAS DA DISCRIMINAÇÃO HOMOSSEXUAL

4.1 EM RELAÇÃO AO HOMOSSEXUAL

É de extrema relevância tratar das consequências da discriminação aos homossexuais, não só a respeito da sua defesa na lei e nos princípios, mas o que a discriminação é capaz de causar na pessoa que é discriminada.

Embora haja uma qualificação, títulos, experiências profissionais, os homossexuais, em muitas empresas, não são os escolhidos para serem contratados por sua opção sexual, e quando os são, há uma série de humilhações que passam em seu ambiente de trabalho. Priscilla Peixoto apresenta em sua reportagem o preconceito vivido por um vendedor da loja Ricardo Eletro

A luta pela igualdade também chegou às salas de audiência do Tribunal Superior do Trabalho. Um vendedor de uma loja da Ricardo Eletro, no Espírito Santo, foi indenizado em R\$ 30 mil após ser vítima de ofensas homofóbicas cometidas pelo gerente de vendas. Além da reparação, a loja foi condenada a arcar, durante um ano, pagamentos mensais de R\$ 250 para auxiliar o trabalhador na compra de medicamentos para tratamento de depressão. Segundo o processo, o profissional era tratado com palavras grosseiras e alvo de chacotas por conta da orientação sexual. O ministro-relator do caso na 6ª Turma, Aloysio Corrêa da Veiga, avaliou que a atitude da empresa violou a dignidade, vida privada, a honra e a imagem do trabalhador, por isso a indenização era devida. A decisão foi unânime.⁴⁸

O ambiente de trabalho não é o único que o homossexual enfrenta por não ser aceito, ocorre até mesmo na família, o que demonstra a dificuldade de ser homossexual perante a sociedade e a importância de políticas públicas a fim de que demonstre o sofrimento causado pela discriminação. Na maioria dos casos, os homossexuais são expulsos de casa pela própria família, e quando não são expulsos, sofrem agressões verbais por não seguirem o padronizado pela sociedade. Juliana Perucchi, Brune Coelho Brandão e Hortência Isabela Vieira

⁴⁸ PEIXOTO, Priscilla. Reportagem Especial: Detalhes sobre homofobia no trabalho. **Rádio TST**, Brasília, maio 2017. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/radio-destaques/-/asset_publisher/2bsB/content/id/24306570> Acesso em: 01 nov. 2017.

utilizam a palavra heteronormatividade para descrever esse comportamento social, que acredita que o heterossexual apresenta superioridade à homossexualidade, sendo baseado a explicação de heteronormatividade das referidas em Warner

heteronormatividade ou norma heterossexual refere-se a uma racionalidade que contempla normas, valores, princípios de conduta e dispositivos, por meio da qual a heterossexualidade é instituída como a única possibilidade legítima e natural de expressão identitária e sexual.⁴⁹

Existem muitos ambientes que adotam a heteronormatividade o que dificulta a aceitação das pessoas que não são heterossexuais, até mesmo para o próprio homossexual se aceitar, sendo na maioria das vezes um processo de sofrimento para quem sente atração por pessoas do mesmo sexo.

Há homossexuais que procuram tratamento para não sentir atração por pessoas do mesmo sexo, o que pode ser verificado com a liminar concedida pelo juiz federal Waldemar Cláudio de Carvalho, a qual concede aos psicólogos o direito de fazer a modificação sexual, sendo tal modificação proibida pela resolução 001/1999, do Conselho Federal de Psicologia⁵⁰

Art. 1º - Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão notadamente aqueles que disciplinam a não discriminação e a promoção e bem-estar das pessoas e da humanidade.

Art. 2º - Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas.

Art. 3º - os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados. Parágrafo único - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades.

Art. 4º - Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo

⁴⁹ WARNER, 1993 apud PERUCCHI, Juliana; BRANDÃO, Brune Coelho; DOS SANTOS VIEIRA, Hortência Isabela. Aspectos psicossociais da homofobia intrafamiliar e saúde de jovens lésbicas e gays. **Estudos de Psicologia**, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/261/26131638009/>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

⁵⁰ VASSALLO, Luiz. Juiz libera cura gay por psicólogos. **Estadão**, set. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juiz-concede-liminar-que-permite-aplicacao-de-cura-gay-por-psicologos/>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica.⁵¹

A resolução n. 001/1999 tem o propósito de afastar a homossexualidade da discriminação, uma vez concedida a liminar para tratamentos que prometem a cura gay haverá ainda mais discriminações, ao invés da busca por uma maior inserção e aceitação da homossexualidade. Já não é o bastante tratar o homossexual como pecador, além de pecador, recebe o tratamento de doente, como afirma André Estefam

que a tentativa da maioria de conformar uma minoria a um padrão de sexualidade considerado “normal” adquirira outro aliado; no lugar da religião ou da lei penal, a Medicina, com o desenvolvimento de teorias com duvidosas bases científicas. O “pecador”, que se tornara “criminoso”, passara, então, a ser tratado como “doente”.⁵²

Assim como a medicina já buscou analisar a homossexualidade como doença, a psicologia está buscando tratamentos para proporcionar a cura gay. Ao longo da história o homossexual foi visto como pecador, criminoso e doente, como mencionado por André Estefam, a psicologia também está proporcionando outra forma de discriminação ao buscar no judiciário a autorização para a cura de algo que não é uma doença. Analisando as diversas formas de discriminação acima, e ao longo da história, o que isso tem provocado internamente nos homossexuais é grave, há uma série de doenças psicológicas causadas pelo preconceito, sendo estudado por Adriana Nunan, Bernardo Jablonski, Terezinha Féres-Carneiro, Terezinha o modo como os homossexuais lidam com o preconceito, até mesmo internalizando-o, pois a internalização do preconceito pode causar consequências graves, conforme descrito por Adriana Nunan, Bernardo Jablonski, Terezinha Féres-Carneiro

⁵¹ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. Resolução n. 001/99, de 22 de março de 1999, Brasília.

⁵² ESTEFAM, 2016. p.99.

o sujeito passa a acreditar que o self é inerentemente mau, sem valor ou repulsivo, e de que boa parte de seus problemas pessoais decorrem disto. De um modo geral, o preconceito internalizado se apresenta em um contínuo que vai desde questionamentos sobre seu próprio valor como indivíduo até o ódio por si mesmo, estando correlacionado também com depressão, baixa autoestima, vergonha, culpa, medo, desconfiança, insegurança, ansiedade, queixas psicossomáticas, sentimentos de solidão, frustração, isolamento social, dificuldade de estabelecer e manter relacionamentos amorosos, violência doméstica, comportamento sexual de risco, abuso de álcool e drogas, transtornos alimentares, e comportamento ou ideação suicida.⁵³

Além de estarem sujeitos a passar por doenças psicológicas causadas pelo preconceito que sofrem, os homossexuais podem enfrentar também agressões causadas por pessoas homofóbicas, Félix López Sánchez conceitua homofobia

“Homofobia” significa literalmente “temor, rejeição, medo dos homossexuais”. Esta rejeição admite muitos níveis, desde a mera insegurança ou confiança até o ódio, que pode levar a ações violentas. Em algumas pessoas é tão forte, que pode chegar a insultos, agressões e até assassinato.⁵⁴

O assassinato por motivação homofóbica tornou-se preocupante em 2017, conforme dados apresentados pelo Grupo Gay da Bahia, Vinhal demonstrou em sua matéria uma taxa elevada

O preconceito, a falta de representatividade e a escassez de políticas públicas levam a dados alarmantes de violência: em 2017, até o início deste mês, 117 pessoas foram assassinadas no Brasil devido à homofobia. É um assassinato a cada 25 horas. A informação é do Grupo Gay da Bahia (GGB).

Em 2016, segundo a Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Intersexuais, 340 LGBTs foram mortos no Brasil. A GGB, por sua vez, contabilizou 343. É quase uma vítima por dia, sendo até então, o maior número já registrado na história. Em 2015, foram registradas 318 mortes, segundo informações do grupo.⁵⁵

⁵³ NUNAN, Adriana; JABLONSKI, Bernardo; FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. O preconceito homossexual internalizado por homossexuais masculinos. **Interação em psicologia**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, 2010. Disponível em: < <http://revistas.ufpr.br/psicologia/issue/view/1156>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

⁵⁴ SÁNCHEZ, Félix López. **Homossexualidade e família**: novas estruturas. 1. ed. São Paulo: ArtMed, 2009, p. 43/44.

⁵⁵ VINHAL, Gabriela. A cada 25 horas, uma pessoa LGBT é assassinada no Brasil, aponta ONG. **Correio Brasileiro**, maio 2017. Disponível em: <http://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/brasil/2017/05/17/internas_polbraeco,595532/a-cada-25-horas-uma-pessoa-lgbt-e-assassinada-no-brasil.shtml>. Acesso em: 02 nov. 2017.

Os dados apresentados acima tornam-se de extrema relevância para a presente pesquisa, pois leva em consideração as diversas formas de preconceito que o homossexual sofre na sociedade, além das diversas formas de agressão. Sendo a discriminação no trabalho é apenas mais uma forma diante dos variados lugares em que o homossexual passa por situações discriminatórias. Dando um maior enfoque nas relações de trabalho, de um modo geral, há variadas formas de uma pessoa sofrer perseguição em seu ambiente de trabalho, sendo a perseguição aos homossexuais uma das formas mais corriqueiras. Conforme já demonstrado anteriormente, há empresas que evitam a contratação de homossexuais por acreditarem que isso prejudicaria a associação da sua imagem com as pessoas homossexuais. Assim sendo, o autor Zeno Simm preocupa-se em estudar as perseguições no trabalho, utilizando-se da expressão acoso psíquico para caracterizar as diversas formas de perseguição, sendo para Zeno Simm considerado o conceito de Romero Rodenas

Em todos aqueles comportamentos, atos ou condutas levados a cabo por uma ou várias pessoas no ambiente de trabalho que, de forma persistente no tempo, têm como objetivo intimidar, assustar, diminuir, atemorizar e consumir emocional e intelectualmente a vítima, com vistas a forçar a sua saída da organização ou satisfazer a necessidade patológica de agredir, controlar e destruir que costuma apresentar o molestador como meio de reafirmação pessoal.⁵⁶

As condutas de perseguição podem vir até mesmo dos colegas de trabalho, não apenas do empregador, como acima exposto. A dificuldade de inserção do meio do trabalho apresenta maiores dificuldades para a população considerada minoria. Algumas empresas admitem homossexuais com a condição que mantenham em segredo a sua opção sexual como demonstrado por Soares Siqueira et al

O gay efeminado é muitas vezes percebido como uma pessoa desrespeitosa e não um 'homem de verdade', o que torna a sua vida ainda mais desafiadora. Sair do padrão social e moralmente definido, do homem heterossexual viril, pode acarretar prejuízos pessoais e profissionais para o indivíduo, pois ele representa, visivelmente, uma diferença. Isso pode levar,

⁵⁶ ROMERO RODENAS, 2004 apud SIMM, Zeno. **Acoso psíquico no ambiente de trabalho: manifestações, efeitos, prevenção e reparação.** São Paulo: LTr, 2008.p. 99.

como frequentemente se observa, a que este indivíduo seja ridicularizado e discriminado, tanto dentro como fora do ambiente de trabalho.⁵⁷

Como demonstrado anteriormente há dificuldades dos homossexuais para a sua contratação no trabalho, e também, quando são contratados e sofrem pela discriminação interna, Agnaldo Garcia e Eloisio Moulin de Souza caracterizam as duas divisões, utilizando-se do entendimento de Greenhaus, Parasuraman e Wormley

existem duas formas de comportamento discriminatório no trabalho para com os homossexuais: (a) discriminação no acesso e (b) discriminação no tratamento. A discriminação no acesso faz com que um determinado grupo de pessoas com cargos de comando na organização não permitam que homossexuais sejam contratados para serem funcionários da mesma. A discriminação no tratamento ocorre quando os homossexuais recebem poucas recompensas ou oportunidades de crescimento no trabalho devido a sua condição sexual, tais como não serem indicados para treinamentos, terem poucas ou nenhuma promoção e receberem salários menores.⁵⁸

Conforme exposto acima, não será a falta de qualificação profissional para novos cargos, ou para admissão na empresa, que é avaliada por parte das empresas, mas sim, a opção sexual. Não há tratamento igualitário na escolha para cargos, assim ocorre para as minorias como mulher, negro e homossexual, embora ocorram discriminações por motivos diferentes no caso dos negros e das mulheres, a consequência será a mesma em seu ambiente de trabalho, ou seja, a discriminação provoca a cegueira dos locais de trabalho, pois quando há discriminação não são consideradas as qualificações do candidato ou empregado, mas sim, as características físicas e opções pessoais, como a cor da pele, o gênero, a opção sexual.

⁵⁷ SOARES SIQUEIRA, Marcus Vinicius; SILVA SARAIVA, Luiz Alex; DE PÁDUA CARRIERI, Alexandre; BARBOSA DE LIMA, Helena Karla; DE ABREU ANDRADE, Augusto José. Homofobia e Violência Moral no Trabalho no Distrito Federal. **Organização e Sociedade**, Salvador, v.16, n.50, p. 454, jul.2009. Disponível em:< <http://www.redalyc.org/html/4006/400638283004/>>. Acesso em: 02 nov.2017.

⁵⁸ GREENHAUS; PARASURAMAN; WORMLEY, 1990 apud GARCIA, Agnaldo; MOULIN DE SOUZA, Eloisio. **Sexualidade e trabalho**: estudo sobre a discriminação de homossexuais masculinos no setor bancário. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 6, p. 1360, set. 2010. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rap/v44n6/a05v44n6.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

4.2 EM RELAÇÃO AO EMPREGADOR

O empregador é um dos pontos mais importantes, pois é justamente ele que pode ser a fonte da discriminação evitando o acesso dos homossexuais aos empregos ou a relações saudáveis no ambiente de trabalho, além dos superiores hierárquicos e colegas de trabalho quando o empregado já possui uma relação de emprego. É necessário entender que tipo de consequências jurídicas as ações discriminatórias no ambiente do trabalho podem causar, não apenas ao psicológico do homossexual, mas também, as consequências jurídicas aos empregadores ou aos colegas que provocam a discriminação. Como anteriormente mencionado, vale ressaltar no que consiste a discriminação nas relações de trabalho, como dispõe Carolina Ferraz Valença

Portanto, a discriminação nas relações laborais consiste na diferenciação de tratamento baseada em circunstâncias específicas de determinado trabalhador, como a religião ou o sexo, em detrimento de seus atributos ou qualificações profissionais. Dessa forma, impõe-se ao trabalhador ou trabalhadora uma desvantagem ou se negam oportunidades naturalmente usufruídas por outros indivíduos.⁵⁹

Assim, existem diversas formas discriminatórias no âmbito laboral, o que sempre acarreta em algo prejudicial para o trabalhador, uma vez que sua exclusão em detrimento das suas diferenças pessoais é uma forma de injustiça social. Conforme já mencionado, existem duas formas de discriminação no trabalho: discriminação no acesso e discriminação no tratamento, a discriminação no acesso ao trabalho, é a que possui maior dificuldades de comprovação, uma vez que o empregador pode adotar qualquer forma de não aceitar o candidato, mesmo sendo qualificado para o cargo, neste sentido, Carolina Valença Ferraz argumenta

Associando 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

⁵⁹ FERRAZ, Carolina Valença. **Manual do direito homoafetivo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 411.

físicos etc. Sem embargo, como há liberdade de escolha por parte do empregador, dificulta-se a comprovação da existência de indícios discriminatórios.⁶⁰

Em contrapartida Mirian Karla Kmita e Eduardo Milléo Baracat entendem que na negociação preliminar poderá ser constada a discriminação, desde que seja evidenciada a má fé do empregador ao entrevistar o candidato, conforme exposto, os referidos citam de Hebe Maria Sá para

Nas negociações preliminares pode ser evidenciada a discriminação contra o trabalhador homoafetivo, principalmente no momento da entrevista. Sendo assim, eventual dano decorrente dessa etapa envolverá agente e vítima na condição jurídica de trabalhador e empresa-empregadora, violando-se o princípio da boa-fé não como um direito geral e absoluto, mas como um direito relativo aos pré- contratantes, importando dano sujeito à reparação.

⁶¹

Dessa forma, discorre Alice Monteiro de Barros para melhorar a compreensão de como seria possível na fase de entrevistas ser constado que o empregador ou o contratante de serviços agiu de forma discriminatória

O empregador tem a faculdade de escolher a pessoa que deseja contratar, não fazendo uso de agências de colocação. Entretanto, a avaliação prévia da aptidão do candidato torna-se frequente, sendo comum submetê-lo a exames de seleção, que poderão compreender entrevista pessoal, questionário, prova grafológica ou teste psicotécnico, os quais, em geral, consistem em questionamentos sobre o caráter e personalidade do candidato, com o objetivo de aferir não só a aptidão para desenvolver a atividade a contento, mas também as suas características psíquicas, a fim de averiguar se poderão repercutir sobre a regularidade de execução do contrato de trabalho. A ilicitude desses métodos dependerá das cautelas que forem adotadas para não interferir na vida privada do candidato, além do que for necessário. Logo, nesse sentido devem ser dirigidas as entrevistas e questionários. As perguntas formuladas precisam estar relacionadas com a aptidão profissional exigida para prestação do trabalho oferecido. O candidato, por sua vez, deverá responder às indagações com sinceridade, agindo ambos em clima de boa-fé e respeito. O aspirante ao emprego poderá, entretanto, recusar-se a responder a questões sobre

⁶⁰ FERRAZ, 2013, p. 417.

⁶¹ SILVA, 2013 apud KMITA, Mirian Karla; BARACAT, Eduardo Milléo. Discriminação do trabalhador homoafetivo no momento da contratação. **Revista Unicuritiba**, Curitiba, v. 4, n. 33, p. 328-239, 2013. Disponível em: < <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/761/586>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

aspectos pessoais, desde que a veracidade das informações não seja de fundamental importância para execução do serviço.⁶²

Conforme exposto acima e anteriormente com a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X, o empregador não poderá questionar a respeito da vida pessoal do entrevistado ou empregado, sendo as perguntas dirigidas ao entrevistado ou empregado apenas de cunho profissional. Dessarte, Mirian Karla Kmita e Eduardo Milléo Baracat utilizam-se de um exemplo na fase de negociações em que o homossexual é tratado de forma discriminatória

Um exemplo de constatação da discriminação do trabalhador homoafetivo que podemos citar é quando, durante as tratativas, são realizados diversos atos que permitiram suscitar no trabalhador a confiança de que haveria a celebração de contrato, tais como a realização de exames médicos, fixação de benefícios salariais, transferência de residência para outra cidade, fazendo com que o trabalhador se demitisse do cargo que exercia em outra empresa. De repente, a empresa, ao tomar conhecimento acerca da homoafetividade do candidato, rompe a negociação. Inegável o dano moral decorrente da discriminação do trabalhador que levou em conta circunstâncias pessoais do trabalhador, como a sua orientação sexual. Vale ressaltar que é irrelevante se a empresa fez alguma insinuação ou se agiu com dolo ou culpa. Logo, se o empregador deixa de celebrar o contrato, após gerar no candidato a vaga de emprego a expectativa de que será concluída a contratação, simplesmente por levar em consideração a homoafetividade, evidente está a possibilidade de reparação do dano correspondente⁶³

No exemplo utilizado acima, há uma forma encontrada de negociação com discriminação, a qual é exigível o dano moral. Não há muitos julgados com relação a discriminação pré-contratual, pois como já demonstrado, há dificuldades probatórias. O julgado abaixo trata de uma forma de discriminação na fase pré-contratual, embora não esteja ligado a discriminação homossexual, faz-se necessário a sua menção, uma vez que ocorre na fase pré-contratual e trata-se de uma das formas discriminatórias no ato da contratação

EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS.
FASE PRÉ-CONTRATUAL. OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA

⁶² BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997. p. 61-62.

⁶³ KMITA; BARACAT, 2013, p. 329-330.

HUMANA E AO PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS. DANOS MORAIS. Trata-se de pedido de indenização por dano moral decorrente da exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais no ato da contratação. A Constituição Federal erige, como um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III). Além disso, consagra, no rol dos direitos e garantias individuais, o direito à intimidade, à vida privada e à honra. Prevê, ainda, indenização por dano material ou moral decorrente da violação de qualquer direito fundamental. A Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, mais incisivamente, por meio do seu art. 1º, veda "a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, nestes casos, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal". Embora a situação dos autos não se encontre elencada nesse rol, impende destacar que ele é meramente exemplificativo, razão pela qual pode ser aplicado analogicamente, nos termos do artigo 8º da CLT, a casos de condutas discriminatórias relacionadas ao trabalho. Persegue-se, assim, no claro intuito da lei, a efetividade dos princípios e das garantias constitucionais que protegem os trabalhadores contra qualquer tipo de discriminação e asseguram a preservação da intimidade, vida privada e honra dos trabalhadores. O artigo 186 do Código Civil, por outro lado, estabelece que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Na hipótese dos autos, verifica-se que há sério confronto entre valores e princípios constitucionais contrapostos. É o que se denomina de caso difícil (hard case). Essa situação ocorre quando, no caso concreto, não houver regra que se aplica, quando existir mais de uma norma aplicável ou quando a solução causar estranheza aos costumes e à coletividade. Para solucionar o caso difícil, deve o intérprete fazer uso do critério racional de ponderação, originário do Direito alemão, intrinsecamente ligado ao princípio da proporcionalidade, que é composto por três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No caso dos autos, a empregadora exigiu, no ato da contratação, a apresentação de certidão de antecedentes criminais do reclamante. Nesse contexto, constata-se que o ato praticado pela empregadora, em que pese adequado, não é necessário, pois há outros meios menos gravosos de proteger seu patrimônio, tão eficazes ou até mais quanto à conduta investida contra o autor, sem que haja a necessidade de se restringir direito fundamental para tanto, expondo a intimidade do trabalhador, a fim de se proteger o direito de propriedade do empregador, de cunho substancialmente patrimonial, em detrimento de poder jurídico individual inerente à dignidade da pessoa humana. Assim, a exigência de apresentação de certidão criminal na fase pré-contratual da relação trabalhista extrapola os limites inerentes ao poder diretivo, uma vez que traduz conduta em afronta aos princípios da dignidade, da honra e da intimidade da pessoa humana e, mais também mostra-se abusiva, pois afeta também, o princípio da não discriminação nas relações de trabalho. Logo, deve prevalecer o direito fundamental do reclamante, inerente à sua condição de pessoa humana, à proteção da sua intimidade, à presunção de inocência bem como à reinserção social daquele que já foi punido, em detrimento do direito de propriedade da empregadora, de viés patrimonial. Ressalta-se que a função para a qual o reclamante foi contratado não exige uma fidúcia especial, revelando-se desnecessária e irrelevante a apresentação de certidão de antecedentes criminais. Desse modo, não havendo nenhuma relação direta entre a atividade profissional a ser exercida e os antecedentes criminais do candidato ao emprego, tal exigência é indevida e deve ficar restrita somente aos casos expressamente previstos em lei. Além disso, há precedentes desta Corte em que se adota o entendimento de que o poder diretivo do empregador não permite que ele

proceda à exigência de antecedentes criminais para a contratação do trabalhador sem que essa providência guarde pertinência com as condições objetivamente exigíveis para o trabalho oferecido, porquanto pressupõe a exigência de exposição de informações alheias à relação contratual e, ao mesmo tempo, afetas ao íntimo do indivíduo. Ressalta-se que se faz necessário examinar as circunstâncias do caso concreto e verificar se há razoabilidade na exigência prévia da certidão, não sendo devida a indenização por dano moral tão somente pelo simples requerimento genérico do empregador, ao contratar, de apresentação de histórico relativo aos antecedentes criminais. Com efeito, quando houver razoabilidade na exigência de apresentação dos antecedentes criminais ou nos casos de dano moral puro, em que não houver nenhuma impossibilidade de contratação, não é cabível a indenização. Em casos mais delicados, em que se exige uma maior fidúcia, com funções mais cruciais ou mais estratégicas para o exercício da empresa pelo empregador, é admitido esse controle prévio. Esse controle da razoabilidade da conduta patronal há de ser aferido diante das circunstâncias do caso concreto. Recurso de revista conhecido e provido.⁶⁴

O empregador fez um pedido genérico ao empregado afrontando a proteção da sua intimidade, a presunção de inocência bem como a reinserção social, deste modo, há de se presumir que tais direitos são direitos da personalidade, os quais foram desrespeitados. E assim como, a personalidade foi atingida no julgado acima e teve reconhecido o seu dano moral pela atitude do empregador, há de se considerar que a decisão também pode atingir outras formas de discriminação na relação pré-contratual. Otavio Amaral Calvet⁶⁵ menciona o fato de que embora a Consolidação das Leis do Trabalho seja omissa em relação a ilicitude da discriminação, em fase de admissão, o artigo 8º da referida Lei trata das lacunas legais

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que

⁶⁴ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. (2. Turma). Exigência de apresentação de antecedentes criminais. Fase pré-contratual. ofensa à dignidade da pessoa humana e ao princípio da não discriminação nas relações trabalhistas. Danos morais. Recurso de Revista nº 1300411020145130024/DF. Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, julgado em 15/04/1015, data de publicação DEJT 30/04/2015.

⁶⁵ CALVET, Otavio Amaral. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**. Rio de Janeiro, v. 18, n. 44, p. 91, jul. 2007. Disponível em: <http://portal2.trt1o.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/JURISPRUDENCIA_NOVA/REVISTAS%20TRT-RJ/REVISTA%20DO%20TRT-EMATRA%20N%C2%BA%2044/TRT_REV%2044_JUN_DEZ_2007_DOUTRINA_07_DISCRIMINAC%C3%87%C3%83O.PDF>. Acesso em: 12 nov. 2017.

nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.”⁶⁶

Neste sentido, Otavio Amaral Calvet, encontra amparo legal no Código Civil e nos princípios constitucionais a fim de obter reparação do ato discriminatório na fase da admissão, conforme demonstrado a seguir

Constatação importante para justificar o direito à integração repousa no fato de que a perda de trabalho por ato discriminatório gera danos materiais e imateriais, não havendo, na Lei 9.029/95, qualquer tipo de previsão de reparação específica para tal conduta ilícita.

Ora, não há que se argumentar que a ausência de previsão na lei mencionada impossibilita a reparação pela conduta ilícita da discriminação, pois a omissão do legislador em seara trabalhista facilmente é resolvida pelo uso do art. 8º e parágrafo único da CLT, que permite a busca de outras fontes do direito para suprir a lacuna legal, o que viabiliza o uso das regras gerais de responsabilidade civil preconizadas no Código Civil, tudo à luz dos princípios constitucionais que, na verdade, precedem com força normativa a aplicação da legislação ordinária.⁶⁷

Embora Otavio Amaral Calvet, tenha embasado seu texto no artigo 8º e parágrafo único da CLT, a qual sofreu uma recente reforma em seu texto pela lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, ainda assim, poderá adequar-se a situação, uma vez que a alteração do texto de lei ainda autoriza a busca por outras fontes do direito, caso o direito trabalho apresente lacunas, sendo relevante destacar que com a reforma da Consolidação das Leis do Trabalho há a inclusão da ilicitude da discriminação nas relações de trabalho, mas não há a abordagem da discriminação na fase da admissão.

⁶⁶ BRASIL, Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 de julho de 2017.

⁶⁷ CALVET, 2007, p. 91.

Para comprovar as situações discriminatórias torna-se mais fácil quando o homossexual faz parte da equipe da empresa, conforme demonstrado no caso abaixo

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RITO SUMARÍSSIMO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS CAUSADOS AO EMPREGADO. ASSÉDIO MORAL. A responsabilidade civil do empregador pela reparação decorrente de danos morais causados ao empregado pressupõe a existência de três requisitos, quais sejam: a conduta (culposa, em regra), o dano propriamente dito (violação aos atributos da personalidade) e o nexa causal entre esses dois elementos. O primeiro é a ação ou omissão de alguém que produz consequências às quais o sistema jurídico reconhece relevância. É certo que esse agir de modo consciente é ainda caracterizado por ser contrário ao Direito, daí falar-se que, em princípio, a responsabilidade exige a presença da conduta culposa do agente, o que significa ação inicialmente de forma ilícita e que se distancia dos padrões socialmente adequados, muito embora possa haver o dever de ressarcimento dos danos, mesmo nos casos de conduta lícita. O segundo elemento é o dano que, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, consiste na "[...] subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral". Finalmente, o último elemento é o nexa causal, a consequência que se afirma existir e a causa que a provocou; é o encadeamento dos acontecimentos derivados da ação humana e os efeitos por ela gerados. No caso, o quadro fático registrado pelo Tribunal Regional revela que o autor era vítima de constantes humilhações vinculadas à opção sexual (homossexualidade) e que a empresa não tomou providências efetivas no sentido de coibir tais práticas. Consignou que "a reclamada deixava seus empregados expostos a um ambiente intimidativo e hostil, de forma reiterada, traços característicos afetos ao assédio moral, devendo haver, por este motivo, reparação pecuniária, já que inexistente a possibilidade de retornar ao 'statu quo ante'". Concluiu, ainda, que "diante da constatação robusta de condutas reprováveis praticadas no ambiente de trabalho da reclamada, não há como negar que houve dano à moral do reclamante pela prática de atos de assédio moral e homofóbicos". A violência no ambiente de trabalho deve ser repudiada e combatida. Aceitá-la como algo normal "é torná-la ainda mais violenta. Ao aceitarmos a violência como natural, ela cria vida própria e já não causa repulsa, pois nos tornamos insensíveis a ela e aos seus efeitos, tornando o mundo social insignificante para a nossa vida. A violência mina a esperança no futuro, desintegra o vínculo social, fortalece o individualismo predador, corrói a cooperação e a confiança, derrota a solidariedade e retira do homem a sua humanidade" (FREITAS, Maria Ester de; HELOANI, Roberto; BARRETO; Margarida. Assédio moral no trabalho. São Paulo: Cengage Learning, 2008. p. 36). Evidenciado o dano, assim como a conduta culposa do empregador e o nexa causal entre ambos, deve ser mantido o acórdão regional que condenou a reclamada a indenizá-lo. Agravo de instrumento a que se nega provimento. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. Inviável o conhecimento do recurso de revista em que a parte não indica violação de dispositivo de lei ou da Constituição Federal, tampouco aponta dissenso pretoriano ou contrariedade a verbete de

jurisprudência desta Corte, desatendendo, assim, a disciplina do artigo 896 da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento.⁶⁸

Trata-se da responsabilização do empregador por caracterizar uma conduta discriminatória, o empregado era vítima de humilhações constantes e a empresa não buscou resolver o problema de uma forma que os demais funcionários respeitassem a opção sexual do empregado, o empregador se manteve omissivo, o que também gerou a sua responsabilização, uma vez que o empregador deve proporcionar um ambiente de trabalho saudável. Como expõe Danilo Morais dos Santos

É possível a responsabilização do empregador inclusive por atos que sequer foram diretamente executados por ele, pois a postura omissiva do mesmo em face de práticas discriminatórias perpetradas por seus subordinados dirigidas a um empregado homossexual na constância da relação trabalhista é inapropriada em face do seu poder-dever diretivo. Ora, se o empregador permite conscientemente que um trabalhador seja discriminado por seus pares, essa omissão é ensejadora de responsabilidade civil, na medida em que é um poder-dever do patrão zelar pelo respeito a seus obreiros, ainda que essa violação não decorra diretamente de sua conduta.

Para tanto, é necessário que a vítima comprove as ofensas a que foi submetida e que as práticas eram ou deveriam ser de conhecimento por parte do empregador ou preposto, além de que nenhuma atitude concreta fora adotada para sanar os abusos cometidos.⁶⁹

Conforme o caso demonstrado a comprovação no curso do vínculo empregatício encontra mais facilidade para provar que houve discriminação, Carolina Valença Ferraz afirma

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

Nesse momento, a discriminação contra os homossexuais habitualmente manifesta-se por meio de assédio, chistes, desconfiança, isolamento,

⁶⁸ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. (7. Turma). Agravo de instrumento em recurso de revista em face de decisão publicada a partir da vigência da lei nº 13.015/2014. Rito sumaríssimo. responsabilidade civil do empregador. Danos morais causados ao empregado. Assédio moral. Agravo de instrumento em Recurso de Revista nº 111458820145180017/DF. Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, julgado em 17/08/2016, data de publicação DEJT 26/08/2016.

⁶⁹ SANTOS, Danilo Morais dos. Dano moral trabalhista e discriminação homofóbica na jurisprudência brasileira. **Conteúdo Jurídico**, Brasília: 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54172&seo=1>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

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.⁷⁰

Na grande maioria a busca no judiciário é a respeito da discriminação como forma de agressões verbais, forma de brincadeiras, sendo de difícil comprovação a diferenciação do salário ou a falta de promoções por conta da discriminação. A responsabilidade é do empregador por proporcionar um ambiente de trabalho que afeta a saúde mental do empregado, sendo necessário conceituar a responsabilidade civil para estabelecer até em que momento haverá a responsabilidade do empregador, Zeno Simm comenta o lecionado por Rui Stoco “a responsabilidade civil traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (neminem laedere) implícito ou expresso na lei”⁷¹.

A responsabilidade civil pode apresentar dois aspectos o objetivo e o subjetivo, Zeno Simm utiliza-se da explicação de Cavalieri Filho

Leva-se em conta para configuração da ilicitude apenas a conduta ou fato em si mesmo, sua materialidade ou exterioridade, e verifica-se a desconformidade dela com a que o Direito queria. A conduta contrária à norma jurídica, só por si, merece a qualificação de ilícita ainda que não tenha origem numa vontade consciente e livre.

Já quanto ao aspecto subjetivo, a qualificação de uma conduta como ilícita implica um juízo de valor a seu respeito – o que só é possível se tal conduta resultar de ato humano consciente e livre. [...] a ilicitude só atinge sua plenitude quando a conduta contrária ao valor que a norma visa atingir (ilicitude objetiva) decorre da vontade do agente; [...] quando o comportamento objetivamente ilícito for também culposo.⁷²

Sendo que a responsabilidade subjetiva trata-se da responsabilidade que tem seu fundamento na culpa ou no dolo, enfatizando que o elemento subjetivo da responsabilidade é necessário a fim de configurar a obrigação de indenizar, o dolo, quando praticado ato lesivo intencionalmente, e a culpa em stricto sensu

⁷⁰ FERRAZ, 2013, p.422.

⁷¹ STOCO, 2004 apud SIMM, Zeno. **Acosso psíquico no ambiente de trabalho**: manifestações, efeitos, prevenção e reparação. São Paulo: LTr, 2008. p.197.

⁷² CAVALIERI FILHO, 2003 apud SIMM, Zeno. **Acosso psíquico no ambiente de trabalho**: manifestações, efeitos, prevenção e reparação. São Paulo: LTr, 2008. p.202.

(imprudência, negligência e imperícia), quanto a reponsabilidade civil objetiva, diferentemente da responsabilidade civil subjetiva, não é necessário a culpa, sendo comum as duas a atitude ilícita, o nexo causal e o dano, a qual toma por base a teoria do risco . Conforme demonstrado exemplificativamente no julgado a seguir

DANO MORAL INDIVIDUAL. DIVULGAÇÃO DE FOTOS ÍNTIMAS NA REDE INTERNA. OFENSA À INTIMIDADE, PRIVACIDADE E OPÇÃO SEXUAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO EMPREGADOR. EFEITOS NEGATIVOS INDEVIDAMENTE IMPOSTOS À PESSOA DO TRABALHADOR. NEXO CAUSAL. CONFIGURAÇÃO. CONDUTA RELEVANTEMENTE OFENSIVA A DIREITOS DA PERSONALIDADE. ESPECIFICIDADE FUNDAMENTAL. HETEROGENEIDADE. REPARAÇÃO DEVIDA. NECESSÁRIA PROTEÇÃO E GARANTIA DE EFETIVIDADE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE, UNIVERSALIDADE E UNIFORMIDADE. MAJORAÇÃO DEVIDA. 1) O dano moral ou extrapatrimonial é uma espécie de dano que, diferentemente do material, não pode ser ligado à idéia do restabelecimento de uma situação anterior, pelo fato de haver heterogeneidade entre a reparação, que se converte em patrimonial apenas de forma indireta, e a ofensa, que é de natureza puramente imaterial. 2) De fato, para que se caracterize a responsabilidade civil por dano material, caso não seja mais possível o restabelecimento da situação cuja restituição integral deve ser anteriormente buscada, torna-se necessária a efetiva comprovação não apenas da ação ou da omissão injusta, mas também dos danos objetivamente causados, e da expressão econômica que lhes possa equivaler, em último caso, sendo esta a configuração da relação de causalidade e valoração, em sentido material, a propiciar a devida reparação judicial. 3) Na reparação do dano moral, entretanto, deve ser abandonado, de imediato, o recurso do juiz à possibilidade de disciplinar o restabelecimento de um estado anterior, segundo o princípio da restituição integral, por não haver expressão de valor econômico que se torne, de forma originária, equivalente a uma violação significativa aos direitos da pessoa e da sua dignidade, que se apresentam como espécies as mais fundamentais de bens, essencialmente extrapatrimoniais. 4) Como não pode o dano de tal natureza ser medido por seus efeitos patrimoniais diretos, a relação de causa e efeito (nexo causal) há de ser aferida diretamente entre a conduta relevantemente ofensiva e a pessoa, na dimensão direta de seus atributos fundamentais e de sua dignidade, não sob a ótica da prova material e da lógica do prejuízo objetivo, aplicáveis somente nos casos de violação a bens de caráter patrimonial, e não de ofensa a bens imateriais. 5) Nestes termos, a prova suficiente de conduta que deflagre ofensa grave e injusta a direitos da personalidade impõe a culpa do seu causador pela reparação dos danos que são indevidamente impostos às pessoas, devendo ser conferida efetiva proteção aos direitos que decorrem diretamente do princípio nuclear da dignidade da pessoa humana. 6) Considerada a relevância da ofensa causada, e em razão do problema da heterogeneidade da reparação dos seus efeitos - porque a indenização por dano moral adquire expressão patrimonial apenas de forma não-essencial ou indireta, envolvendo afronta exclusiva à pessoa e a seus atributos mais relevantes, sob os quais se configuram o dano, o nexo causal e a conseqüente obrigação civil de ressarcir - deve ser observada a razoabilidade na sua fixação pelo juiz. 7) O dano moral, justamente em razão de sua natureza extrapatrimonial, deve ser pautado em seus critérios de fixação pelo princípio da universalidade, a fim de que a reparação não

seja tarifada pelo quantum do direito material violado, isto é, para que não se reconheça mais ou menos direito a ser indenizado em razão do valor do salário ou das verbas rescisórias devidas ao empregado, devendo ser considerada a relevância da violação sofrida, critério objetivo que impõe a adoção de uniformidade na decisão dos casos concretos. 8) Diante da relevância da ofensa cometida contra o Autor, que envolveu a sua privacidade, intimidade e opção sexual, bem como o direito a tratamento isonômico e digno, deve ser majorada a indenização deferida pelo Juízo a quo.⁷³

Verifica-se no caso acima que o dever de reparar surge do empregador, e sua responsabilização é objetiva, uma vez que o importa é a proteção dos seus direitos fundamentais, os quais foram violados.

A Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho é uma das responsáveis pela proteção dos homossexuais, conforme tratado na convenção seu artigo 1º

1. Para os fins desta Convenção, o termo "discriminação" compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo País-membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados.⁷⁴

A Convenção 111 é uma das formas encontradas para a defesa de quem sofre discriminação no trabalho. Sendo que para tratar do caso da discriminação dos homossexuais na relação de trabalho é necessário a utilização de princípios constitucionais, bem como, a Lei 9029 de 1995 em seu artigo 1º, a qual já

⁷³ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho. (7. Turma). Dano moral individual. Divulgação de fotos íntimas na rede interna. Ofensa à intimidade, privacidade e opção sexual. Responsabilidade civil objetiva do empregador. Efeitos negativos indevidamente impostos à pessoa do trabalhador. Nexo causal. Configuração. conduta relevantemente ofensiva a direitos da personalidade. Especificidade fundamental. heterogeneidade. reparação devida. Necessária proteção e garantia de efetividade ao princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana. Fixação da indenização. razoabilidade, universalidade e uniformidade. Majoração devida. Recurso Ordinário nº 00010721620115010056/RJ. Relator Ministro Rogério Lucas Martins, julgado em 17/08/2016, data de publicação DEJT 26/08/2016.

⁷⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenções ratificadas pelo Brasil. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 05 nov.2017.

mencionada anteriormente. A forma mais usual que os homossexuais encontram de punir a discriminação em seu ambiente de trabalho é por meio da ação indenizatória de dano moral, o dano moral é conceituado por Nehemias Domingos de Melo da seguinte forma

No conceito de dano moral encontramos definições para todos os gostos. Neste particular a doutrina é pródiga, porém, em que pesem pequenas nuances, há uma concordância quanto a classificar a lesão que possa autorizar a indenização por danos morais como aquela que atinge o âmago do indivíduo, causando-lhe dor (incluindo-se aí a incolumidade física), sofrimento, angústia, vexame ou humilhação e, por se passar no íntimo das pessoas, torna-se insusceptível de valoração pecuniária adequada, razão porque o caráter da indenização é o decompensar a vítima pelas aflições sofridas e de lhe subtrair o desejo de vingança pessoal, além de impor uma pena ao lesante como uma forma de reprimenda.⁷⁵

Em contrapartida, Danilo Morais dos Santos segue o entendimento de Diniz

Dano moral, no sentido jurídico não é a dor, a angustia, ou qualquer outro sentimento negativo experimentado por uma pessoa, mas sim uma lesão que legitima a vítima e os interessados reclamarem uma indenização pecuniária, no sentimento de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica por eles sofridos.⁷⁶

Sendo o dano moral a forma encontrada para a defesa de um direito, Nehemias Domingos de Melo disserta neste sentido

Assim, tendo em vista o direito constitucionalmente assegurado de defender a própria opção sexual, aquele que sofrer discriminação no ambiente de trabalho, não só na admissão e no curso do contrato, como também na extinção do pacto laboral, em face desta opção assumida estará sofrendo injusta discriminação, passível de indenização por danos morais.⁷⁷

Tratando-se o dano moral um dos únicos meios para obter o ressarcimento pela dor causada ao empregado em situações discriminatórias, sendo ainda

⁷⁵ MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral trabalhista**: doutrina e jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.17.

⁷⁶ DINIZ, 2012 apud SANTOS, Danilo Morais dos. Dano moral trabalhista e discriminação homofóbica na jurisprudência brasileira. **Conteúdo Jurídico**, Brasília: 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54172&seo=1>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

⁷⁷ MELO, 2015, p.210.

entendido como o que atinge os direitos da personalidade, Alice Monteiro de Barros utiliza-se dos seguintes conceitos

De acordo com uma primeira linha de pensamento, o dano moral é “todo detrimento que não possa ser considerado como dano patrimonial”. O conceito é criticado por ser simplista e definir por negação. Uma segunda posição sustenta que o dano moral se determina pela índole extrapatrimonial do direito lesado. Essa posição é combatida ao fundamento de que nem sempre a lesão ao direito extrapatrimonial gera dano dessa natureza. Ademais, pode ocorrer um dano moral tenha também um caráter patrimonial ou, inversamente, a lesão a direitos patrimoniais seja suscetível de causar críticas anteriores é o conceito segundo o qual o dano moral é o “que se inflige ao violar-se algum dos direitos da personalidade”. Há também os que asseveram que “o dano moral consiste em uma lesão a um interesse de caráter extrapatrimonial, pressuposto de um direito”. A principal crítica que se tece a essa teoria é a de que confunde dano em “sentido amplo” e dano ressarcível.⁷⁸

A dificuldade do dano moral é seu ressarcimento já que os danos causados ao psicológico, o qual normalmente acarreta em doenças psicossomáticas, tornam-se difíceis de mensurar e quantificá-lo, mas ainda assim, é aceito, como podemos notar no julgado a seguir o valor arbitrado para indenização

RECURSO ORDINÁRIO - 1. FUNÇÕES ACUMULADAS. - O exercício da função cumulativa de coordenador ou orientador pedagógico de espanhol está confirmado pelas duas testemunhas apresentadas pelo autor, sendo que aquela arrolada pela empresa nega in totum um fato parcialmente confessado na contestação.- 2. DANO MORAL. HOMOFOBIA - O reclamante denuncia assédio moral consistente na violação de sua imagem fotográfica- afixada no recinto escolar com a elogiável intenção de homenageá-lo -, ato praticado mediante grafismos homofóbicos assinados pelo próprio diretor da instituição de ensino. A análise do processo conduz à constatação da presença dos três elementos configuradores da ofensa ensejadora de reparação moral: erro de conduta do agente, ofensa a bem jurídico e nexos de causalidade. O valor de R\$ 15.000,00, arbitrado à indenização, revela-se módico e possivelmente pouco eficaz para desestimular a prática do assédio moral no ambiente de trabalho, ante a gravidade da performance deseducativa que transforma uma honra ao mérito em explícita aversão à liberdade de orientação sexual e à identidade de gênero. Recurso desprovido.⁷⁹

⁷⁸ BARROS, 2010, p.649-650.

⁷⁹ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho. (4. Turma). Recurso ordinário - 1. Funções acumuladas. Recurso Ordinário nº 198200801102000 SP 00198-2008-011-02-00-0. Relator Wilma Nogueira de Araujo Vaz da Silva, julgado em 13/04/2010, data de publicação 23/04/2010.

Conforme o entendimento do julgador, há de se ressaltar que com a indenização, buscou-se o desestímulo da prática discriminatória, não seria só um ato de “vingança”, mas sim uma espécie de punição para que o comportamento discriminatório não ocorra de forma reiterada. Danilo Morais dos Santos separa a indenização em dois propósitos: amenizar a violação e aplicar uma sanção ao ato ilícito praticado, sendo a quantificação indenizatória analisada por tais propósitos

Devem ser utilizados como informadores dos limites do dano moral elementos como a extensão do dano e seu grau de reprovabilidade, os elementos subjetivos do autor do ilícito, tais como seu potencial econômico-financeiro, reincidência em práticas similares, posição social e nível de culpa, assim como a posição social e a capacidade econômico-financeira também da vítima.

Há que se ter como pressuposto que não é propósito da indenização gerar enriquecimento por parte da vítima, sob pena de comprometimento e desvirtuação deste importante instituto, já que não se substitui a dor por dinheiro e não se pode avaliar uma eventual “indústria do dano moral”. O fim da indenização é aplicar uma sanção balizada em parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade que desestimulem a reincidência do autor e de outros que podem tomar seu exemplo como pedagógico, assim como provocar uma diminuição no nível de sofrimento moral da vítima, dado que, como dito anteriormente, não há que se falar em ressarcimento substitutivo em sede de dano moral.⁸⁰

Assim deverá ser analisado em que nível a indenização terá caráter pedagógico e não cause enriquecimento para a vítima, uma vez que o propósito da indenização é a proteção da personalidade do indivíduo e não a compra da sua personalidade.

Outro elemento importante para tratar de dano moral é a questão probatória, uma vez que há dificuldade de comprovação do fato lesivo ao ofendido. Alice Monteiro de Barros diz não ser cabível a prova no dano moral

Releva notar, ainda que a responsabilidade de reparação surge tão logo se verifica o fato da violação (*damnum in re ipsa*). Não cabe cogitar, por isso, de prova do dano moral, já que não se exige do lesado a demonstração de seu sofrimento. Já o dano material não é presumível, portanto exige prova.⁸¹

⁸⁰ SANTOS, Danilo Morais dos. Dano moral trabalhista e discriminação homofóbica na jurisprudência brasileira. **Conteúdo Jurídico**, Brasília: 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54172&seo=1>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

⁸¹ BARROS, 2010, p.652.

No mesmo sentido, Nehemias Domingos de Melo apresenta o ponto de vista a respeito da prova no dano moral

Existe uma natural lógica para assim proceder, porquanto, se o dano moral existe a partir da lesão a um daqueles direitos íntimos da pessoa humana, tal qual a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem, somente para citar alguns, não há nenhuma lógica exigir-se a prova da repercussão no íntimo do ofendido dos efeitos de tais violações. O ordenamento jurídico há que se conformar com a presunção de que, em razão de máximas de experiências, qualquer indivíduo de mediana sensibilidade se sentiria ofendido e agredido em seus valores anímicos, diante de determinados procedimentos ilícitos.⁸²

Entretanto, o que deverá ser provado é a existência do dano moral, conforme entendimento do TRT da 2ª Região, citado pelo autor Nehemias Domingos de Melo

DANO MORAL - PROVA . Não se exige a prova efetiva do dano produzido ao psiquismo da vítima ou à sua honra subjetiva, dada a dificuldade de se constatar abalos dessa ordem. Todavia, os fatos potencialmente lesivos à esfera moral do indivíduo, ou seja, aqueles invocados como suporte do dano e da indenização conseqüente, de cuja mera ocorrência possibilitam, com grande segurança, concluir pela existência de dano moral (como a morte, o assédio moral, a lesão incapacitante, a ofensa grave etc.), estes devem ser provados robustamente.⁸³

De fato, não é fácil comprovar o que as discriminações nas relações de trabalho são capazes de gerar na vida do homossexual, apenas a existência do dano, a existência da ofensa, de acordo com o apresentado no julgado abaixo

LIBERDADE DE OPÇÃO SEXUAL. INCONTINÊNCIA DE CONDOTA. DISCRIMINAÇÃO NÃO CONFIGURADA. A liberdade sexual é uma conquista do século XX e, como toda liberdade, encontra limite nas liberdades dos demais indivíduos, como é a liberdade dos demais trabalhadores não serem constrangidos com manifestações eróticas no ambiente de trabalho e a liberdade do empregador não ser obrigado a tolerar esse gênero de dispersão da atenção durante a jornada. A opção pelo homossexualismo não coloca o trabalhador acima do poder disciplinar do empregador, não lhe conferindo a liberdade de exercer formas de comportamento sexual no ambiente de trabalho que não sejam franqueadas aos indivíduos heterossexuais. Advertência por incontinência de conduta que não representou discriminação pela opção sexual, mas legítimo

⁸² MELO, 2015, p.21.

⁸³ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho. (6. Turma). Dano moral - prova. Recurso Ordinário nº 2220200406502004 SP 02220-2004-065-02-00-4. Relator Ivani Contini Bramante, julgado em 27/02/2007, data de publicação 23/03/2007.

exercício do poder disciplinar do empregador. Apelo patronal a que se dá provimento para afastar a rescisão indireta e excluir a condenação por danos morais.⁸⁴

Demonstrando que não houve prova que configurasse ações discriminatórias ao empregado por sua opção sexual, não há de se falar em dano moral, pois embora o empregado seja homossexual, a sanção aplicada ao empregado não se deu por sua sexualidade, uma vez que verificado que aos heterossexuais é dado o mesmo tratamento. O que pode-se afirmar apenas um comportamento do poder diretivo do empregador não aceitar o comportamento sexual na jornada de trabalho, não sendo confundido com discriminação homossexual.

Nehemias Domingos de Melo faz colocações a respeito do dano moral ser indenizável, afinal o que procurava indenizar era apenas os bens materiais, pois apresentavam maior facilidade de serem indenizados, mas o direito da personalidade é um bem imaterial, que ficaria sem proteção se não fosse a imposição de indenização, sendo defendido por Nehemias Domingos de Melo que o dano moral deve ter um caráter penal, o referido cita a teoria de Chaves

Além do caráter compensatório, é certo que “quem exige uma reparação do dano moral sofrido não visa tanto a recomposição do seu equilíbrio de afeição ou sentimento, impossível de conseguir, como infligir, por um sentimento de represália inato, ao seu ofensor, uma punição, por precária que seja, que, na maior parte das vezes não encontra outro parâmetro senão em termos pecuniários”.⁸⁵

O pensamento adotado é compreensível, uma vez que a modificação ocorre através de uma sanção. O empregador que é omissos em relação a discriminação no ambiente do trabalho, só aplicará as devidas sanções quando também o for sancionado, pois ser omissos é uma comodidade do empregador quando ocorrem certos tipos de discriminação no ambiente de trabalho.

⁸⁴ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho. (6. Turma). Liberdade de opção sexual. Incontinência de conduta. Discriminação não configurada. Recurso Ordinário em Rito Sumário nº 2217200507302006 SP 02217-2005-073-02-00-6. Relator Salvador Franco De Lima Laurino, julgado em 19/02/2008, data de publicação 29/02/2008.

⁸⁵ CHAVES, 1985 apud MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral trabalhista**: doutrina e jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015., p.22.

O dano moral no direito do trabalho até a Constituição Federal de 1988, não era muito mencionado, sendo considerado uma via de mão dupla por Nehemias Domingos de Melo

Dessa forma, constata-se que o dano moral trabalhista é uma via de duas mãos: tanto pode ser praticado pelo empregado contra o empregador, quanto por este contra aquele. Naturalmente, em razão da subordinação a que está submetido, é o trabalhador quem mais está exposto a essa possibilidade. Com muito maior frequência, se pode identificar a prática de atos ilícitos perpetrados pelo empregador contra seus empregados, tais como a falsa imputação de crime como forma de justificar, de maneira mesquinha, uma dispensa imotivada sem a obrigação de indenizar; o assédio sexual e moral; a divulgação de fatos que somente dizem respeito à vida do empregado e à empresa; dentre tantos outros ilícitos que ocorrem na prática diária, que ensejam a indenização por danos morais.⁸⁶

Entretanto, ocorreu uma alteração na Consolidação das Leis do Trabalho, a qual preocupou-se em seu título II- A dos danos extrapatrimoniais em tratar dos danos morais, inclusive dando uma tarifação ao dano causado e nomeando os danos possíveis para serem apreciados, como previsto em seu artigo 223-G

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I - a natureza do bem jurídico tutelado; II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III - a possibilidade de superação física ou psicológica; IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa; VIII - a ocorrência de retratação espontânea; IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X - o perdão, tácito ou expresso; XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; XII - o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - para ofensa de natureza leve - até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; II - para ofensa de natureza média - até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; III - para ofensa de natureza grave - até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou IV - para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

⁸⁶ MELO, 2015, p.26.

§ 3º Na reincidência de quaisquer das partes, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.⁸⁷

O art. 223-G em sua extensão foi amplamente criticado, principalmente em seu § 1º, uma vez que trata-se da tarificação dos danos morais, que merece um cuidado excessivo, pois o que entra em questionamento é sua constitucionalidade. Nesse sentido, Adalberto Martins e Daniele Smiões Solon Soares e Silva citam Homero Batista Mateus da Silva

Indubitavelmente o art. 223-G é o mais controvertido desse bloco, ao apresentar os valores da tarificação; muito embora tenha havido o cuidado de apresentar nada menos do que dez ponderações que o juiz deve fazer antes da estipulação do valor, o fato é que as indenizações têm de caber em uma das quatro faixas criadas pela reforma – leve, média, grave e gravíssima – sem prejuízo da reincidência; Houve crítica severa ao governo federal, por haver utilizado o salário-contratual do empregado como base de cálculo para a indenização, pois esse padrão, por qualquer ângulo que se observe, faz com que a dor do pobre seja menor do que a dor do rico, independentemente da lesão; essa crítica é irresponsável; Para piorar a situação, o legislador somente admite a reincidência se for entre as mesmas partes, o que praticamente jamais ocorrerá (...) ⁸⁸

Assim, Adalberto Martins e Daniele Smiões Solon Soares e Silva seguindo o entendimento de Homero Batista Mateus da Silva concluem que o disposto no art. 223-G, § 1º, da CLT é inconstitucional

Neste sentido, não é difícil concluir pela inconstitucionalidade do dispositivo que estabelece a tarificação da indenização por dano moral, nos termos da Lei n. 13.467/17, pois acarreta ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e da igualdade (art. 5º, CF) ao pretender que um trabalhador com remuneração pouco significativa, por exemplo, receba uma indenização por dano moral gravíssimo não superior a cinquenta mil reais, enquanto outro empregado, submetido a idêntica lesão de direito imaterial possa, em tese, receber indenização dezenas de vezes superior. Referida possibilidade não se harmoniza com a ideia de que todos os seres

⁸⁷ BRASIL, Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 de julho de 2017.

⁸⁸ SILVA, 2017 apud MARTINS, Adalberto; SIMÕES SOLON SOARES E SILVA. Daniele. Tarificação do Dano Extrapatrimonial: Análise do Art. 223-G, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho. **OAB ESA**, São Paulo, n.25, p. 64, set. 2017. Disponível em: <https://esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/REVISTA_Ed25_Site.pdf#page=44>. Acesso em: 20 mar. 2017.

humanos são iguais em direitos e dignidade. Assim sendo, caberá aos magistrados do trabalho, no julgamento das demandas que lhes forem submetidas, se e quando necessário, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 223-G, § 1º, CLT, no exercício do controle difuso da constitucionalidade.⁸⁹

Contudo, Enoque Ribeiro dos Santos entende que o art. 223-G, § 1º, da CLT buscou segurança jurídica e uma maior previsibilidade

Embora o Superior Tribunal de Justiça, pela Súmula nº 281 tenha fixado o entendimento no sentido de que: “A indenização por dano moral não está sujeita a tarifação prevista na Lei de Imprensa”, cremos que o estabelecimento de critérios objetivos, como ora proposto pela Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) promoverá uma parametrização do valor da reparação aos magistrados e aplicadores do direito, bem como uma maior previsibilidade e segurança jurídica aos atores sociais.⁹⁰

Todavia, Enoque Ribeiro dos Santos não deixa de problematizar o valor estipulado pela lei, nesse ponto Enoque Ribeiro dos Santos converge com a opinião de Adalberto Martins e Daniele Smiões Solon Soares e Silva no sentido de que provoca desigualdades. Enoque Ribeiro dos Santos utiliza-se de um exemplo

um diretor de uma grande empresa, com remuneração elevada, certamente terá uma indenização muito superior a um operário que labora no chão de fábrica, com remuneração muito inferior. Será que a dignidade do diretor é superior axiologicamente à dignidade do operário? Em termos de indenização pela ocorrência do dano extrapatrimonial, o valor pecuniário da indenização do diretor se apresentará muito superior à do operário, ensejando uma situação de não equidade, como se a dignidade do operário fosse considerada de segunda linha. Mas este é apenas um dos inúmeros percalços que deverão ser solucionados pela doutrina e pela jurisprudência futura.⁹¹

Assim, Enoque Ribeiro dos Santos acredita que o magistrado deverá utilizar um juízo de ponderação aplicando-se a indenização que for justa⁹².

⁸⁹ MARTINS; SIMÕES SOLON SOARES E SILVA, 2017, p. 64.

⁹⁰ RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. O dano Extrapatrimonial na Lei n. 13.467/2007, da Reforma Trabalhista. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Salvador, ano 6, n. 9, p. 38, out. 2017. Disponível em: <http://www.flip3d.com.br/web/temp_site/edicao-109f91266ef89cc3690079b28abfe9a3.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁹¹ RIBEIRO DOS SANTOS, loc cit.

⁹² RIBEIRO DOS SANTOS, loc cit.

Além do dano moral ao trabalhador, é importante ressaltar que o empregador ou superior hierárquico também pode sofrer discriminações no ambiente de trabalho e exigir que tenha o seu direito protegido, assim como o empregado, mas não é comum, pois como entende Nehemias Domingos de Melo

o trabalhador, como qualquer outra pessoa, pode sofrer danos morais em decorrência de seu emprego, e neste caso até de forma mais contundente do que as demais pessoas, uma vez que seu trabalho é exercido mediante subordinação dele ao empregador, como característica essencial da relação de emprego. Daí por que se pode afirmar que o empregado, subordinado juridicamente ao empregador, tem mais possibilidade do que qualquer outra pessoa de ser moralmente atingido, em razão dessa própria hierarquia interna em que se submete à sua direção, a qual o vê, na maioria das vezes, como alguém submisso às suas ordens, de forma arbitrária.⁹³

Embora não seja comum as ações discriminatórias ao empregador, faz-se necessário a menção do cabimento da indenização de dano moral ao empregador, uma vez que, qualquer tipo de discriminação tanto ao empregador quanto ao empregado deve ser considerada, pois o empregador, mesmo em regra, possuindo poder econômico maior do que do empregado, deve ter os direitos da personalidade protegidos, sendo que se não houver tal proteção ao empregador estaremos diante de mais uma forma discriminatória.

⁹³ MELO, 2015, p. 27.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise da legislação, doutrina, jurisprudência e artigos que demonstram os direitos e garantias do homossexual nas relações de trabalho e no acesso ao trabalho a fim de afastar atos discriminatórios, sendo relevante o estudo por tratar-se o trabalho de fonte de renda do trabalhador e por ocupar a maior parte do seu dia, é necessário que haja um ambiente laboral saudável, ou seja, livre de discriminações e que não seja negado o acesso a busca do pleno emprego pela sexualidade do trabalhador.

Posto isso, foi necessário abordar no capítulo inicial o histórico da homossexualidade para entender como nasceu a discriminação aos homossexuais, uma vez que, os registros de homossexualidade não são recentes, como demonstrado por Anderson Fontes Passos Guimarães, há registros da homossexualidade em 4.500 antes de Cristo⁹⁴. Na Grécia Antiga, por exemplo, a homossexualidade apresentava uma condição privilegiada de pederastia, não havendo tratamento discriminatório⁹⁵. Sendo que, a discriminação homossexual teve início na Europa Medieval, tornando-se pecado, entretanto com a separação da Igreja e Estado, a homossexualidade tornou-se crime. Além de ter sido crime e pecado, a homossexualidade também foi tida como doença, sendo que alguns psicólogos ainda consideram o tratamento da homossexualidade.

Diante do exposto, os resquícios da homossexualidade como pecado ou doença perduram até hoje, e se estendem às relações de trabalho e ao acesso ao trabalho, como mencionado anteriormente, o trabalho trata-se de algo necessário para a sobrevivência, sendo que o direito deve intervir quando há impedimentos discriminatórios. Desta forma, os princípios relevantes para garantir os direitos do homossexual são: princípio da busca do pleno emprego, princípio da igualdade, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da liberdade, além do direito a

⁹⁴ GUIMARÃES, Anderson Fontes Passos. O desafio histórico de "tornar-se um homem homossexual": um exercício de construção de identidades **Periódicos eletrônicos em psicologia**, Ribeirão Preto, vol.17, n. 2, 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2009000200023>. Acesso em: 03 set. 2017.

⁹⁵ TONIETTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. **Revista brasileira de sexualidade humana**, São Paulo, vol. 17, n.1, jan.2006. p. 44. Disponível em <<http://pessoal.educacional.com.br/up/4660001/9842654/Revista%20Brasileira%20de%20Sexualidade%20Humana%20-%20volume%2017.pdf>>. Acesso em: 03 set.2017.

intimidade e vida privada, os quais estão intimamente ligados ao direito da personalidade.

Importante entender que a relação de trabalho é diferente da relação de emprego, pois a relação de trabalho é o gênero do qual a relação de emprego é a espécie. A diferenciação entre os dois é relevante na busca de um direito oriundo da relação de trabalho ou da relação de emprego no judiciário. Uma vez que a relação de emprego caracteriza-se pelos requisitos da alteridade, da subordinação, da pessoalidade, da onerosidade, e da não eventualidade⁹⁶, a relação de trabalho caracteriza-se quando um dos requisitos mencionados estiver ausente. Assim, o trabalhador que presta serviços, mesmo quando não for subordinado a alguém, e sofrer discriminações homossexuais durante o fornecimento do serviço, poderá buscar o judiciário em defesa dos seus direitos.

Quanto às consequências da discriminação homossexual no ambiente de trabalho ou no acesso ao trabalho, são consideradas as consequências ao homossexual e ao empregador. As consequências para o homossexual são doenças psicológicas, agressões e constrangimentos no ambiente de trabalho, existindo duas formas de discriminação: no acesso ao trabalho, ou seja, o homossexual não é contratado pela sua sexualidade, e, discriminação no tratamento, que pode ser verificado com a falta de oportunidades de crescer na empresa devido a sua sexualidade⁹⁷. Sendo assim, encontra-se o desrespeito ao princípio da igualdade, da dignidade, da busca do pleno emprego, da liberdade e da personalidade.

A abordagem das consequências ao empregador foi analisada, por ser o empregador que permite ou não o acesso do homossexual ao emprego, sendo o trabalhador subordinado ao empregador ou superior hierárquico nas relações de trabalho, pois na relação de subordinação encontra-se facilidade para agirem de forma discriminatória. Entretanto, não foi descartada a possibilidade de o empregador ou superior hierárquico também sofrerem com a discriminação

⁹⁶ SIMÕES, Alexandre Gazetta. Dos elementos caracterizadores da relação de emprego. **Direito Net**. 25 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9540/Dos-elementos-caracterizadores-da-relacao-de-emprego>>. Acesso em: 05 set. 2017.

⁹⁷ GREENHAUS; PARASURAMAN; WORMLEY, 1990 apud GARCIA, Agnaldo; MOULIN DE SOUZA, Eloisio. Sexualidade e trabalho: estudo sobre a discriminação de homossexuais masculinos no setor bancário. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 6, set. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v44n6/a05v44n6.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

homossexual por parte dos empregados, mas devido a dificuldade de ocorrer, priorizou-se o estudo das consequências do empregador.

Por conseguinte, primeiramente foi realizada a pesquisa das consequências da discriminação homossexual no acesso ao trabalho, sendo que alguns autores consideraram que não seria possível a comprovação da discriminação ao não admitir o homossexual, mas Mirian Karla Kmita e Eduardo Milléo Baracat entendem que pode haver consequências ao empregador desde que seja comprovada a má fé⁹⁸. Entretanto, não é abordado na Consolidação das Leis do Trabalho a discriminação na fase de contratações, sendo que é autorizado pelo artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho a busca de outras fontes, quando houver lacunas.

Outra preocupação relevante para a presente pesquisa foi a discriminação nas relações de trabalho. Sendo que, o empregador responde pelas condutas omissivas e, também quando é o agente causador da discriminação, pois o empregador é responsável por um ambiente saudável de trabalho, portanto se o empregador se mantém omissivo diante de situações discriminatórias, o mesmo será responsabilizado. Por fim, a forma encontrada para coibir os atos discriminatórios contra o homossexual mais usual é por meio da ação indenizatória de dano moral, sendo o dano moral no direito do trabalho foi tarifado com as alterações da Consolidação das Leis do Trabalho.

Portanto, é necessário que a discriminação homossexual no ambiente ou no acesso ao trabalho tenha a sua devida responsabilização, sendo que a relevância do tema apresentado concerne na inclusão e proteção dos homossexuais na busca e no ambiente de trabalho.

⁹⁸ KMITA, Mirian Karla; BARACAT, Eduardo Milléo. Discriminação do trabalhador homoafetivo no momento da contratação. **Revista Unicuritiba**, Curitiba, v. 4, n. 33, 2013. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/761/586>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marina Vitória. Direito à intimidade e à vida privada: os contornos da individualidade no mundo contemporâneo. In: ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia (Org.). **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. [S.l.], n. 2, maio 2016. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em: 05 set. 2017

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997.

BRASIL, **Consolidação das leis do trabalho**, Lei 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 4 set. 2017.

_____. Lei nº 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 04 set. 2017.

_____. Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 de julho de 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. (7. Turma). Dano moral individual. Divulgação de fotos íntimas na rede interna. Ofensa à intimidade, privacidade e opção sexual. Responsabilidade civil objetiva do empregador. Efeitos negativos indevidamente impostos à pessoa do trabalhador. Nexo causal. Configuração. conduta relevantemente ofensiva a direitos da personalidade. Especificidade fundamental. heterogeneidade. reparação devida. Necessária proteção e garantia de efetividade ao princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana. Fixação da indenização. razoabilidade, universalidade e uniformidade.

Majoração devida. Recurso Ordinário nº 00010721620115010056/RJ. Relator Ministro Rogério Lucas Martins, julgado em 17/08/2016, data de publicação DEJT 26/08/2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. (6. Turma). Dano moral - prova. Recurso Ordinário nº 2220200406502004 SP 02220-2004-065-02-00-4. Relator Ivani Contini Bramante, julgado em 27/02/2007, data de publicação 23/03/2007. Brasil, Tribunal Regional do Trabalho. (6. Turma). Liberdade de opção sexual. Incontinência de conduta. Discriminação não configurada. Recurso Ordinário em Rito Sumário nº 2217200507302006 SP 02217-2005-073-02-00-6. Relator Salvador Franco De Lima Laurino, julgado em 19/02/2008, data de publicação 29/02/2008.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. (4. Turma). Recurso ordinário - 1. Funções acumuladas. Recurso Ordinário nº 198200801102000 SP 00198-2008-011-02-00-0. Relator Wilma Nogueira de Araujo Vaz da Silva, julgado em 13/04/2010, data de publicação 23/04/2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. (7. Turma). Agravo de instrumento em recurso de revista em face de decisão publicada a partir da vigência da lei nº 13.015/2014. Rito sumaríssimo. responsabilidade civil do empregador. Danos morais causados ao empregado. Assédio moral. Agravo de instrumento em Recurso de Revista nº 111458820145180017/DF. Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, julgado em 17/08/2016, data de publicação DEJT 26/08/2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. (2. Turma). Exigência de apresentação de antecedentes criminais. Fase pré-contratual. ofensa à dignidade da pessoa humana e ao princípio da não discriminação nas relações trabalhistas. Danos morais. Recurso de Revista nº 1300411020145130024/DF. Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, julgado em 15/04/2015, data de publicação DEJT 30/04/2015.

BUENO, Francisco Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. 6. ed. São Paulo: FTD, 2.007.

CALVET, Otavio Amaral. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**. Rio de Janeiro, v. 18, n. 44, jul. 2007. Disponível em: <
http://portal2.trtrio.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/JURISPRUDENCIA_NOVA/REVISTAS%20TRT-RJ/REVISTA%20DO%20TRT-EMATRA%20N%C2%BA%2044/TRT_REV%2044_JUN_DEZ_2007_DOUTRINA_07_DISCRIMINA%C3%87%C3%83O.PDF>. Acesso em: 12 nov. 2017.

CAMARGO, Antonio Bonival. **Princípios e ideologias aplicados na relação de emprego**. 1. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2000.

CARLECH CORREIA, Alana; VIERA PORTO, Fernando Bretas. **A sexualidade como direito da personalidade**: um enfoque nas áreas do conhecimento da psiquiatria/psicologia conjugados com a evolução do pensamento jurídico ocorrida durante o século XX e XXI. **Conpedi**, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/852e718s/he13jF018r2iVaxY.pdf>>. Acesso em: 03 nov.2017

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. Resolução n. 001/99, de 22 de março de 1999, Brasília.

ESTEFAM, Andre. **Homossexualidade, prostituição e estupro**: um estudo à luz da dignidade humana. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERRAZ, Carolina Valença. **Manual do direito homoafetivo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Agnaldo; MOULIN DE SOUZA, Eloisio. Sexualidade e trabalho: estudo sobre a discriminação de homossexuais masculinos no setor bancário. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 6, set. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v44n6/a05v44n6.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2017

GUIMARÃES, Anderson Fontes Passos. O desafio histórico de "tornar-se um homem homossexual": um exercício de construção de identidades **Periódicos eletrônicos em psicologia**, Ribeirão Preto, vol.17, n. 2, 2009. Disponível em:<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2009000200023>. Acesso em: 03 set. 2017

KMITA, Mirian Karla; BARACAT, Eduardo Milléo. Discriminação do trabalhador homoafetivo no momento da contratação. **Revista Unicritiba**, Curitiba, v. 4, n. 33, 2013. Disponível em: <<http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/761/586>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

MARTINS, Adalberto; SIMÕES SOLON. Daniele. Tarifação do Dano Extrapatrimonial: Análise do Art. 223-G, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho. **OAB ESA**, São Paulo, n.25, set. 2017. Disponível em: <https://esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/REVISTA_Ed25_Site.pdf#page=44>. Acesso em: 20 mar. 2017.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral trabalhista**: doutrina e jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Guilherme Penã. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUNAN, Adriana; JABLONSKI, Bernardo; FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. O preconceito homossexual internalizado por homossexuais masculinos. **Interação em psicologia**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/psicologia/issue/view/1156>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenções ratificadas pelo Brasil**. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 05 nov.2017.

PEIXOTO, Priscilla. Reportagem Especial: Detalhes sobre homofobia no trabalho. **Rádio TST**, Brasília, maio 2017. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/radio-destaques/-/asset_publisher/2bsB/content/id/24306570> Acesso em: 01 nov. 2017.

PERUCCHI, Juliana; BRANDÃO, Brune Coelho; DOS SANTOS VIEIRA, Hortência Isabela. Aspectos psicossociais da homofobia intrafamiliar e saúde de jovens lésbicas e gays. **Estudos de Psicologia**, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/261/26131638009/>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

PESSANHA, Jaqueline Fraga. Princípios constitucionais: a efetivação dos direitos fundamentais da família homoafetiva. **Publica Direito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0501b4e3f17a759d>>. Acesso em: 05 set. 2017.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 1. ed. São Paulo: Ltr,1978.

RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. O dano Extrapatrimonial na Lei n. 13.467/2007, da Reforma Trabalhista. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Salvador, ano 6, n.9, out. 2017. Disponível em: <http://www.flip3d.com.br/web/temp_site/edicao-109f91266ef89cc3690079b28abfe9a3.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

SÁNCHEZ, Félix López. **Homossexualidade e família**: novas estruturas. 1. ed. São Paulo: ArtMed, 2009.

SANTOS, Danilo Morais dos. Dano moral trabalhista e discriminação homofóbica na jurisprudência brasileira. **Conteúdo Jurídico**, Brasília: 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54172&seo=1>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

SCHIAVI, Mauro. O alcance da expressão “relação de trabalho” e a competência da justiça do trabalho um ano após a emenda constitucional nº 45/2004. **Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 72, n.1, jan. 2006. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/2694/002_schiavi.pdf?search-result=true&query=rela%C3%A7%C3%A3o+de+trabalho¤t-scope=&filter_relational_operator_3=contains&filter_relational_operator_2=contains&>

filter_relational_operator_4=contains&filter_0=&filter_relational_operator_1=contains &filter_2=&filter_relational_operator_0=contains&filter_1=&filter_4=periodico&filter_3 =Revista%2Bdo%2BTribunal%2BSuperior%2Bdo%2BTrabalho&filtertype_0=title&filtertype_1=author&filtertype_2=IssuedCreated&filtertype_3=citation&filtertype_4=type &rpp=20&sort_by=score&order=desc> Acesso em: 05 set.2017.

SIMM, Zeno. **Acoso psíquico no ambiente de trabalho**: manifestações, efeitos, prevenção e reparação. São Paulo: LTr, 2008.

SIMÕES, Alexandre Gazetta. Dos elementos caracterizadores da relação de emprego. **Direito Net**. 25 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9540/Dos-elementos-caracterizadores-da-relacao-de-emprego>>. Acesso em: 05 set. 2017.

SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000.

SOARES SIQUEIRA, Marcus Vinicius; SILVA SARAIVA, Luiz Alex; DE PÁDUA CARRIERI, Alexandre; BARBOSA DE LIMA, Helena Karla; DE ABREU ANDRADE, Augusto José. Homofobia e Violência Moral no Trabalho no Distrito Federal. **Organização e Sociedade**, Salvador, v.16, n.50, jul.2009. Disponível em:< <http://www.redalyc.org/html/4006/400638283004/>>. Acesso em: 02 nov.2017.

SOBRINHO, Wesley Preite. Duas em cada dez empresas se recusam a contratar homossexuais no Brasil. Carta Capital. maio.2015. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/duas-em-cada-dez-empresas-se-recusam-a-contratar-homossexuais-no-brasil-1703.html>>. Acesso em: 04 set. 2017.

Supremo reconhece união homoafetiva. **Notícias STF**. 05 maio 2011. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 03 set. 2017.

SUSSEKIND, Arnaldo. A relação de trabalho. **Revista TST**, Brasília, vol. 75, n. 4, out. 2009. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13698/001_sussekind.pdf?sequence=6> . Acesso em: 05 set. 2017.

TONIETTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. **Revista brasileira de sexualidade humana**, São Paulo, vol. 17, n.1, jan.2006. p. 44. Disponível em < <http://pessoal.educacional.com.br/up/4660001/9842654/Revista%20Brasileira%20de%20Sexualidade%20Humana%20-%20volume%2017.pdf>>. Acesso em: 03 set.2017

VASSALLO, Luiz. Juiz libera cura gay por psicólogos. **Estadão**, set. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juiz-concede->

liminar-que-permite-aplicacao-de-cura-gay-por-psicologos/>. Acesso em: 01 nov. 2017.

VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.

VINHAL, Gabriela. A cada 25 horas, uma pessoa LGBT é assassinada no Brasil, aponta ONG. **Correio Braziliense**, maio 2017. Disponível em: <http://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/brasil/2017/05/17/internas_polbraco,595532/a-cada-25-horas-uma-pessoa-lgbt-e-assassinada-no-brasil.shtml>. Acesso em: 02 nov. 2017.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.