

# **DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHADOR HOMOAFETIVO NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO**

## **DISCRIMINATION OF THE HOMOSEXUAL WORKER AT THE MOMENT OF HIRING**

### **MIRIAN KARLA KMITA**

Advogada, Professora Universitária (Fundação Municipal Centro Universitário de União da Vitória – UNIUV), Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera (2010), Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

### **EDUARDO MILLÉO BARACAT**

Juiz do Trabalho, titular da disciplina de Direito do Trabalho e membro do Corpo Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

### **RESUMO**

Trata-se de um artigo voltado a demonstrar a importância de reconhecer a responsabilidade pré-contratual na fase das tratativas que antecedem a celebração do contrato de trabalho das pessoas homoafetivas. Ressalta que a discriminação do trabalhador homoafetivo no momento da contratação gera responsabilidade civil do empregador, visto que ofende os direitos de personalidade e identidade do trabalhador. Destaca a possibilidade de se coibir as práticas discriminatórias contra o homoafetivo no ambiente corporativo, bem como a importância de ser observados, no momento das tratativas preliminares, entre o candidato homoafetivo e o empregador, os deveres de procedimento. Para a realização da pesquisa foi utilizado o método bibliográfico.

**PALAVRAS CHAVE:** Trabalhador; Homoafetivo; Empregador; Discriminação; Responsabilidade; Pré-contratual; Reparação.

## ABSTRACT

This is an article aimed to demonstrate the importance of recognizing the pre-contractual liability phase of the negotiations leading to the conclusion of the contract of employment of persons homoafetivas. Emphasizes that discrimination worker homoafetivo in hiring generates liability of the employer, because that offends the rights of personality and identity of the worker. Highlights the possibility of curb discriminatory practices against homoafetivo in the corporate environment, and the importance of being observed at the preliminary talks, homoafetivo between the candidate and the employer, the duties of procedure. For the research method was used literature

**KEYWORDS:** Worker; Homosexual; Employer; Discrimination; Responsibility; Pre-contractual; Repair.

## 1. INTRODUÇÃO

Ao mesmo tempo em que a homoafetividade está em alta, ou seja, as pessoas estão começando a assumir a sua real identidade perante à sociedade, ela também está no topo do rol das discriminações.

Prova disso é o artigo vinculado, recentemente, pelo site da globo, noticiando que um casal homossexual foi agredido no banheiro de uma boate durante a madrugada em São José do Rio Preto (SP). *Segundo boletim de ocorrência, no banheiro do local, uma mulher se aproximou e perguntou se as duas mulheres eram namoradas. Após afirmar que sim, ambas foram agredidas com socos e unhas*<sup>1</sup>.

Esse é apenas um exemplo de tantos outros que demonstram a discriminação e o preconceito que vêm sofrendo as pessoas homoafetivas, o que denota a relevância do tema na atualidade.

Assim como nos ambientes sociais, no ambiente corporativo não é diferente, pois muitos são os casos que relatam a discriminação do trabalhador homoafetivo.

Assim, o objetivo deste trabalho será tratar da discriminação sofrida pelo trabalhador homoafetivo no momento da contratação.

---

<sup>1</sup> <http://g1.globo.com/sao-paulo/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/2013/06/casal-homossexual-e-agredido-por-mulher-em-boate-de-rio-preto-sp.html>

Buscou-se com essa pesquisa responder em que medida o ordenamento jurídico brasileiro está apto a coibir a discriminação do trabalhador homoafetivo no momento da contratação, bem como estabelecer reparação adequada de eventual prejuízo decorrente.

Para responder os problemas, no primeiro momento a pesquisa buscará conceituar o que é discriminação e analisar a discriminação sofrida pelo trabalhador homoafetivo. No segundo momento a pesquisa perquirirá a respeito da responsabilidade pré-contratual. E na terceira e última etapa buscará tratar da reparação do prejuízo decorrente da discriminação do trabalhador homoafetivo no momento da contratação.

## **2. DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHADOR HOMOAFETIVO**

### **2.1. Conceito de Discriminação**

Discriminar é diferenciar. Vários são os significados para a palavra discriminação, sendo que o significado mais comum tem a ver com a discriminação sociológica: a discriminação social, racial, política, religiosa, sexual, ou idade, que podem levar à exclusão social e é o assunto deste artigo.

Discriminação é qualquer ato de violação de qualquer direito fundamental, ou na recusa ou condicionamento do exercício de qualquer direito económico, social, cultural ou outro.

É dever de todas as pessoas e entidades não discriminar qualquer pessoa.

A discriminação pode ocorrer por uma ação ou por uma omissão. A discriminação também pode ser direta ou indireta.

A discriminação direta ocorre quando uma pessoa seja objeto de tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável. Um exemplo: um empregador recusa contratar uma determinada pessoa em virtude de esta ser mulher solteira.

Já a discriminação indireta ocorre quando uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja suscetível de colocar pessoas numa posição de desvantagem comparativamente com outras pessoas.

*A discriminação é o ato de considerar que certas características que uma pessoa tem são motivos para que sejam vedados direitos que os outros têm. Numa palavra, é considerar que a diferença implica diferentes direitos. (RODRIGUES, 2008, p. 01)*

Para facilitar a explicação tomemos um exemplo de discriminação: o racismo. Este é a perspectiva que afirma que uma pessoa por ser de determinada cor, preto, branco, etc., deve ter direitos diferentes daqueles que são de outra cor. Quando Mugabe incentivou a invasão de fazendas de brancos, por serem brancos, foi um exemplo de racismo. Ou para referir o exemplo *clássico*, a perseguição nazi aos judeus. (RODRIGUES, 2008, p. 02)

A discriminação consiste em considerar que a diferença implica diferentes direitos e não em afirmar que existem características que certos indivíduos possuem, pois isso é ser realista e científico. É discriminação considerar que certas características, físicas ou mentais, são motivo para que essa pessoa seja considerada de modo diferente. (RODRIGUES, 2008, p. 02)

Acrescente-se ainda que pelo facto de um certo grupo ter comumente certas características (o que é algo inegável) isso não implica que uma avaliação inteligente dos indivíduos deva ser feita de uma forma estereotipada ou generalista. A título de exemplo, os elementos do sexo masculino costumam ter mais força que os do sexo feminino, mas uma alterofilista certamente é mais forte do que um homem que não faz desporto. (RODRIGUES, 2008, p. 02)

Nesse diapasão, segundo Luís Rodrigues, há três pontos a serem considerados:

1) a discriminação consiste na ideia de que certas propriedades possuídas por certas pessoas são razões suficientes para que os interesses dessas pessoas não sejam considerados do mesmo modo, *i.e.*, que não tenham os mesmos direitos; 2) a discriminação não é o mesmo que admitir que as pessoas têm diferentes características e 3) a avaliação dos indivíduos deve ser personalizada, ou seja, as pessoas devem ser analisadas caso a caso porque cada um tem características diferentes. (RODRIGUES, 2008, p. 02)

## **2.2. Discriminação do Homoafetivo e do Trabalhador**

Atualmente as identidades não se constituem e não se dissipam da mesma forma que no passado. Os antigos padrões e o código de vida de cada indivíduo na estrutura social desmoronaram com a chegada da modernidade. Hoje, vivemos a

desconstrução das tradicionais formas da identidade e o advento de diversas frentes, que concorrem na formação de novos modelos de pertencimento. (LUCAS e SPENGLER, 2012, p. 54/57)

A igualdade moderna foi substancializada pelo direito à diferença e a humanidade liberal (burguesa ou proletária) foi dissecada em múltiplas manifestações da humanidade presente no mundo. O homem definitivamente já não é mais somente operário ou burguês, ainda que continue sendo isso também. Ganham extrema visibilidade e clamam por reconhecimento sua condição religiosa, sua escolha sexual, sua cor, seu gênero, etc. Enfim, o cenário social foi invadido por atores em desvelamento, por sujeitos que sempre estiveram onde estão, mas que agora se revelam e falam abertamente de sua condição; continuam os mesmos, porém diferentes e postulando sua diferença. (LUCAS e SPENGLER, 2012, p. 55)

O direito ao trabalho vem assentado na Constituição Federal como um direito social, sendo proibido qualquer tipo de discriminação que tenha por objetivo reduzir ou limitar as oportunidades de acesso e manutenção do emprego.

A Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho reputa discriminação toda diferenciação, exclusão ou preferência que tenha por objetivo modificar a igualdade de chance ou tratamento em matéria de trabalho. No entanto, a Convenção exclui aquelas diferenças ou preferências baseadas em qualificações exigidas para um determinado emprego.<sup>2</sup>

A discriminação pode acontecer por motivo de sexo, idade, cor, estado civil, religião do trabalhador, ou por ser o mesmo, portador de algum tipo de deficiência. Além disso, pode ocorrer, simplesmente porque o empregado propôs uma reclamatória trabalhista contra um ex-empregador, ou porque participou de uma greve. Também se discrimina por doença, orientação sexual, aparência, e por uma série de outros motivos, que nada têm a ver com as exigências necessárias à real execução da vaga oferecida. Ainda, a prática discriminatória pode estar relacionada com a exigência de apresentação de certidões pessoais ou de exames médicos dos candidatos a vaga de trabalho ofertada.

---

<sup>2</sup> Art. 1 — 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

A prática discriminatória é considerada crime pela legislação brasileira, como se deduz das leis 7.853/89 (pessoa portadora de deficiência), 9.029/95 (origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, idade e sexo) e 7.716/89 (raça ou cor).

O Ministério Público do Trabalho do Brasil, na execução de suas atribuições institucionais tem se prestado a coibir toda e qualquer forma de discriminação que reduza o acesso ou a manutenção a postos de trabalho. Essa considerável atividade é desempenhada preventiva e repressivamente, através de procedimentos investigatórios e inquéritos civis públicos, que podem gerar a assinatura de termos de compromisso de ajustamento de conduta, em que o denunciado se compromete a não mais praticar aquele ato tido como discriminatório, bem como a propositura de ações civis.

Além do mais, as demandas dos gays, mulheres, negros, índios, etc., refletem um novo estágio da constituição do sujeito, do seu ser, de sua identidade e suas relações com a sociedade e o Estado. Entretanto, até se formar uma nova zona de conforto que acolha e institucionalize essas novas demandas, será inevitável a sua proliferação cada vez mais assentada em temas de matiz identitário. (LUCAS e SPENGLER, 2012, p. 55)

Aqui, destacaremos o tema sob a perspectiva da orientação sexual, orientação essa que implica na identificação de pessoas pela preferência de parceiros ou parceiras: o heterossexual e o homossexual. Esse objeto de discriminação, pode ser o gay, a lésbica, o travesti e o bissexual. A distinção oriunda da orientação sexual pode causar a homofobia e a conseqüente discriminação. (GUGEL, 2000, p. 04)

A orientação sexual é o direito e garantia fundamental de liberdade de escolha do parceiro ou parceira, consolidados no princípio da preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem da pessoa (art. 5º, inciso X, da Constituição). (GUGEL, 2000, p. 04)

A discriminação está presente não só nas relações sociais quando, por exemplo, os homossexuais sofrem violências física, moral e psicológicas por parte de pessoas comuns e de policiais, mas também nas relações de trabalho. (GUGEL, 2000, p. 05)

Assim, se tratamentos autoritários violam direitos e inferiorizam os indivíduos, a discriminação do trabalhador homoafetivo ocorre muitos antes do

momento da promoção ou da concessão de benefícios, quando o homoafetivo já está no mercado de trabalho, inicia-se já quando se colocam barreiras no momento da contratação do trabalhador, simplesmente por ele ser homoafetivo. Essas práticas discriminatórias se tornam especialmente mais cruéis e desumanas no campo do trabalho, pois o emprego é essencial para uma vida decente e essencial para a sobrevivência da pessoa. Privar qualquer pessoa do emprego é privá-la de seu sustento. (GUGEL, 2000, p. 06)

Assim sendo, os homoafetivos acabam, para se protegerem contra a discriminação, escondendo sua própria identidade. Muitos homossexuais preferem não revelar sua sexualidade no ambiente de trabalho para evitarem possíveis atos discriminatórios. Assim, os homossexuais "gerenciam" a revelação de sua sexualidade no local de trabalho tentando coibir possíveis discriminações. (GARCIA; SOUZA, 2010, p. 04)

Porém, sufocar a própria identidade não é tarefa simples pois requer constantes cuidados nas conversas, implica em afastar eventuais companheiros/companheiras e amigos pessoais do local de trabalho, além de criar barreiras entre os colegas. Sabe-se que eventuais emoções contidas podem proporcionar ao trabalhador prejuízos psicológicos e emocionais que, por sua vez, poderão gerar ambiente de trabalho nocivo, comprometendo a eficácia do trabalho e o ambiente saudável, com riscos, inclusive, de acidentes de trabalho. (GUGEL, 2000, p. 07)

Uma grande parte dos candidatos a emprego que se apresentam como homoafetivos são estigmatizados, o que leva a não contratação. 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. (GARCIA; SOUZA, 2010, p. 05)

Dificultar ou até mesmo impedir um trabalhador homoafetivo a fazer parte do quadro funcional de uma determinada empresa é, na verdade, negar-lhes o direito a uma vida digna com trabalho que promova o seu sustento e o de sua família como em muitas realidades.

### **3. A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL**

Na etapa das negociações, entre o candidato a vaga de trabalho ofertada e o empregador, devem ser respeitados os deveres de procedimento de ambas as

partes envolvidas, pois no momento das tratativas as partes colocam suas vontades e estas estão respaldadas pelo princípio da boa-fé objetiva. (ANDRADE, p. 09)

O Ilustre Professor Doutor Eduardo Milléo Baracat, assim ensina:

O contato entre trabalhador e aquele que oferece o emprego resulta de um ato existencial, visto que advém da realidade social inequívoca, em que se busca o único meio lícito que a pessoa “despatrimonializada” possui para obter os meios necessários para a subsistência própria e de sua família. As negociações decorrentes deste contato quando suscita, pelo comportamento objetivo, a confiança de que o contrato vai ser celebrado, é fonte de deveres e, por consequência, de responsabilidade com a outra parte. (BARACAT, 2003, p. 224)

Logo, a relação jurídica entre empregado e empregador inicia-se com a vontade das mesmas em entabular um contrato, criando assim um vínculo, considerando assim uma relação respaldada pelo princípio da boa-fé. *O vínculo entre empregador e empregado é uma relação jurídica estabelecidas entre eles por meio do acordo de vontades regata pelos princípios do direito do trabalho, em especial pela boa-fé.* (ANDRADE, p. 07)

José Afonso Dallegrove Neto ensina que *o fundamento para a responsabilidade civil pré-contratual é a confiança negocial que tenciona harmonizar o comportamento das partes e solucionar eventual conflito entre a vontade real e a declaração manifestada.* (DALLEGRAVE NETO, p. 04)

A fase pré-contratual tem início desde os primeiros contatos entre as partes. Deste modo, considera-se que a responsabilidade pré-contratual começa com violação do dever de conduta, o qual deve estar presente já na fase anterior ao da formação da relação jurídica contratual. (ANDRADE, p. 07)

Entretanto, não são todas as condutas praticadas durante as negociações pré-contratuais que conceberão a responsabilidade civil. É necessária a ocorrência, do dano e do nexo de causalidade. *O dano verificável durante as preliminares que antecedem a existência do contrato de trabalho pode ser patrimonial e moral.* (BARACAT, 2003, p. 224)

Eduardo Milléo Baracat afirma que essa responsabilidade limita-se aos atos e omissões decorrentes das tratativas iniciais, que antecedem a celebração do contrato, independentemente desse contrato vir a ser celebrado ou não. (BARACAT, 2003, p. 225)

E continua:

Se se vinculasse a responsabilidade pré-contratual à existência de um contrato, esvaziaria a possibilidade de reparação de atos contrários à boa-fé

durante as tratativas, mormente porque o dano pode decorrer da não-contratação do trabalhador. (BARACAT, 2003, p. 225)

Deste modo, a responsabilidade civil pré-contratual se enquadra na responsabilidade contratual, pois decorre do ilícito rompimento injustificado praticado por uma das partes envolvida nas negociações antes da celebração do contrato. (ANDRADE, p. 08)

A reparação pela não efetivação do contrato de trabalho, pode resultar da não-celebração do contrato, das tratativas deixavam de prever, como de violações da sua intimidade, de sua honra, do seu direito à não-discriminação arbitrária, ect. (SILVA, 2004, p. 38). Ou seja, no campo há um dever determinado e aceito pelas partes e a quebra do contrato implica, por si só, na culpa presumida em virtude do inadimplemento (culpa *in contrahendo*), e isso está no código civil no artigo 422, supra-citado. (SILVA, p. 5194)

O Mestre Dr. Eduardo Milléo Baracat, em sua obra “A boa-fé no direito individual do trabalho”, exemplifica o que seria o dano material pré-contratual da seguinte forma: *O dano pessoal pode ser material, quando, por exemplo, durante uma entrevista no estabelecimento da empresa, o teto desabe sobre o candidato, causando-lhe ferimentos.* (BARACAT, 2003, p. 225)

Ainda, Baracat, citando Alice Monteiro de Barros, explica o que seria o dano moral: *Premido pela necessidade econômica e pela dificuldade de obtenção de trabalho, não raro aspirante a um emprego ‘abdica de aspectos de sua personalidade, em garantia da adesão de seu comportamento futuro à vontade ordenadora do empregador’.* (BARACAT, 2003, p. 226)

Portanto, ocorrendo dano material e/ou moral ao trabalhador homoafetivo decorrente das tratativas preliminares, confirmada estará a responsabilidade civil na fase pré-contratual.

### **3.1. A Constatação da Discriminação**

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. (SILVA, p. 5197)

Alice Monteiro de Barros, citada por Hebe Mara da Silva , leciona que:

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 aspectos pessoais, desde que a veracidade das informações não seja de fundamental importância para execução do serviço. (SILVA, p. 5196/5197)

O mestre Rodolfo Pamplona Filho, citado por Hebe Mara da Silva, leciona que se admite que o empregador, durante as tratativas preliminares, obtenha informações sobre ambiente de trabalho e suas expectativas anteriores, exame de currículo, diplomas e certificados, ou seja, documentos que avalie a capacidade profissional do futuro empregado. (SILVA, p. 5194)

Na prática, é muito comum ver candidato submetido ou coagido por assédio sexual ou a exames físicos vexatórios; discriminações a candidato homossexual, aidético, ect. Podendo, sem dúvidas, gerar indenização por danos morais já na fase pré-contratual. (SILVA, p. 5194)

Alice Monteiro de Barros, citada por Baracat, afirma que (2003, p. 232/233):

O empregador deverá em princípio, abster-se de fazer perguntas ao candidato a respeito de origens raciais, opções políticas, convicções religiosas, atividades sindicais, bem como sobre circunstâncias pessoais capazes de gerar discriminação, e, ainda, que é necessário, também, que se reconheça ao candidato ao emprego o direito de ocultar circunstâncias alheias à causa contratual não relacionadas diretamente com o cargo que irá ocupar, diante de situações de imposição coativa.

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, tai 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 correspondente.

#### **4. A REPARAÇÃO DO PREJUÍZO DECORRENTE DA DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHADOR HOMOAFETIVO NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO**

##### **4.1. Como Coibir a Discriminação**

É possível coibir a discriminação sofrida pelo homoafetivo no ambiente corporativo? Essa é uma questão que não é tão fácil de responder, pois nos leva à algumas reflexões.

Primeiramente, conforme ressalta o juiz do Trabalho Firmino Alves de Lima em sua dissertação de mestrado sobre o tema na Faculdade de Direito da USP, citado pela Rede Nordeste de Biotecnologia<sup>3</sup>:

A legislação brasileira não está atualizada de acordo com os novos conceitos de discriminação, que definem situações extremamente delicadas para vários trabalhadores. Além disso, os mecanismos de combate à discriminação no trabalho também deveriam ser reforçados e integrados, tanto os legais e administrativos bem como as políticas de ação afirmativa.

Lima destaca alguns problemas que dificultam a coibição da discriminação do trabalhador: O sistema jurídico é deficitário em determinar situações de discriminação. A justiça tem muita dificuldade para conhecer o que verdadeiramente norteou essa escolha.

---

<sup>3</sup> <http://www.renorbio.org.br/portal/noticias/faltam-politicas-para-coibir-a-discriminacao-e-leis-brasileiras-sobre-o-tema-sao-pouco-atuais.htm>. 2006

Outro problema, na opinião de Lima, é querer que o funcionário prove a existência de discriminação contra ele. Deveria ser o empregador que deveria provar que não houve discriminação.

Nosso país também não prevê medidas contra formas de discriminação indireta, que não são expressamente consideradas pela lei brasileira.

Lima aponta, ainda, que as políticas de ação afirmativa também são mecanismos importantes para prevenir e coibir a discriminação. Explica que não se trata apenas de cotas, muitas ações podem atuar de forma afirmativa, como as promoções em favor de grupos historicamente discriminados.

Por fim, destaca que outras medidas poderiam ser criadas nesse sentido, como acordos coletivos de trabalho e convênios do governo com entidades do terceiro setor. O objetivo dessas políticas, tanto públicas quanto empresariais, é proporcionar condições de ascensão social a parcelas mais discriminadas da população.

Lima ressalta ainda *a importância de que o combate à discriminação seja feito em vários níveis diferentes e que toda a sociedade reconheça a existência do preconceito e a necessidade de combatê-lo.*<sup>4</sup>

#### **4.2. A Possibilidade de Reparação do Dano**

Se o trabalhador for ofendido em sua honra, privacidade, nome, imagem, etc., haverá dano a um interesse extrapatrimonial que é protegido pelo direito, e a reparação desse dano moral estará emoldurada na responsabilidade civil contratual, isso porque agente e vítima evidenciam a figura jurídica de contratante (empregado e empregador) no momento da execução do dano. (DALLEGRAVE NETO, 2009, p. 120)

No caso das tratativas preliminares à celebração do contrato de trabalho não é diferente. Dallegrave Neto explica que (p. 06/07):

O critério decisivo para delimitar o tipo de responsabilidade civil é aquele que identifica se a indenização decorre de um direito relativo ou de um direito geral e absoluto.

---

<sup>4</sup> <<http://www.renorbio.org.br/portal/noticias/faltam-politicas-para-coibir-a-discriminacao-e-leis-brasileiras-sobre-o-tema-sao-pouco-atuais.htm>. 2006>

Vale dizer, quando se está diante de um *dever absoluto e geral de não lesar*, oriundo do ordenamento jurídico e extensivo a todos, geralmente correspondente a um direito real ou de personalidade, eventual lesão daí decorrente se enquadrará na responsabilidade civil extracontratual. Ao revés, quando o dever de não lesar é *relativo*, fazendo parte do conteúdo obrigacional ou mesmo de um dever especial dos sujeitos de um contrato findo ou das tratativas negociais, o dano resultante será reparado sob o fundamento de violação ao princípio da boa-fé.

Karl Larenz ao explicitar o dever de boa-fé, esclarece que ele se dirige tanto ao credor, quanto ao devedor e a todos os participantes da relação jurídica, ainda que em sua fase embrionária como ocorre nos pré-contratos.

No universo das negociações preliminares que têm por finalidade a constituição do contrato de trabalho, tal conclusão se evidencia, pois as partes, no momento da entrevista do candidato ao emprego, assim se portam na condição de pré-contratantes. Por consequência, eventual dano oriundo dessa etapa envolverá agente e vítima na condição jurídica de *trabalhador e empresa-empregadora*, violando-se o princípio da boa-fé não como direito geral e absoluto, mas como direito relativo aos pré-contratantes. (DALLEGRAVE NETO, p. 9)

A responsabilidade pré-contratual aparece como uma garantia à celebração do contrato, pois, a relação humana que acontece nos pré-contratos concebe uma relação jurídica e com isso uma obrigação a ser adimplida. Assim, há uma determinada natureza contratual, ou seja, a responsabilidade pré-contratual decorrente de tratativas preliminares confirmadas por manifestações de vontade juridicamente relevantes que integram a substância dos contratos. (ANDRADE, p. 07)

A seguir, trago um caso de responsabilidade na fase pré-contratual, com uma discriminação envolvendo exclusão de candidato por preconceito a sua religião:

INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA – PRECONCEITO RELIGIOSO RESPONSABILIDADE CIVIL – PRÉ-CONTRATAÇÃO.

O reclamante informa que, tendo ultrapassado a fase de seleção, com realização de entrevistas e exame escrito, além de juntada de documentação, foi encaminhado com carta de apresentação pelo departamento pessoal da empresa à filial do Bonocô, tendo se apresentado ao gerente, Sr. Osvaldino Bosque. Prossegue afirmando que, ao ser recebido foi apresentado à toda a equipe de trabalho e dirigido para reconhecimento do depósito e então fora submetido a entrevista .

Disse mais que, ao ser entrevistado, foi questionado a respeito da sua formação intelectual e credo religioso, informando ser estudante e evangélico, da facção batista, sendo surpreendido pela manifestação do gerente assim transcrita: “Infelizmente fica para outra oportunidade, porque não aceito trabalhar com estudante e crente, porque vendedor na minha loja tem que se dedicar totalmente e vender até a própria mãe”. Informa na inicial que a justificativa do gerente fora de que o vendedor tem que

permanecer muito tempo na empresa e que não aceitaria trabalhar com 'crente' porque não gosta de 'crente', além do que teria dito que "suas experiências com crente foram horríveis, e que só deram dor de cabeça". O acionante aduz ter sofrido um 'apedrejamento moral, emocional e psíquico' requerendo reconhecimento de dano moral, com a conseqüente punição, em forma de indenização, à empresa acionada, responsável pelos atos de seu preposto. Invocou, para tanto, o artigo 186 do Código Civil, além do 5º, inciso X, da Constituição Federal. [...] DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso do RECLAMANTE para fixar o valor da indenização em R\$10.000,00, custas processuais, devidas pela reclamada acrescidas de R\$140,00. [...] RECURSO ORDINÁRIO Nº 00254-2005-038-05-00-6. TRT 5ª REGIÃO. Recorrente(s): João de Deus Soares dos Santos e Lojas Insinuante Recorrido(s): OS MESMOS. Relatora: Juíza Convocada MARGARETH RODRIGUES COSTA. Publicado em: 12 de setembro de 2006.

Por conseguinte, denota-se que as indenizações estipuladas pelo judiciário podem ser um bom instrumento para coibir e reparar práticas discriminatórias e alguns abusos que acontecem durante o período das negociações preliminares.

## **5. CONCLUSÃO**

Algumas das conclusões alcançadas ao longo das páginas anteriores podem ser assim pontuadas:

1. A homoafetividade é o direito e garantia fundamental de liberdade de escolha da pessoa, consolidados no princípio da preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem da pessoa, e por consequência não pode ser motivo de distinção dos trabalhadores. Entretanto, ainda assim, os homoafetivos para se protegerem contra a discriminação no ambiente de trabalho, escondem sua própria identidade;
2. No momento das tratativas preliminares, entre o candidato homoafetivo e o empregador, devem ser observados os deveres de procedimento de ambas as partes envolvidas;
3. Dificultar ou impedir um trabalhador homoafetivo a fazer parte do quadro funcional de uma determinada empresa é, na verdade, negar-lhes o direito a uma vida digna;
4. A relação jurídica entre empregado e empregador inicia-se com a vontade das mesmas em entabular um contrato, criando assim um vínculo, embasado pelo princípio da boa-fé;
5. Embora possa ser praticado por ambas as partes no contrato de trabalho, o dano moral incide com mais freqüência sobre o trabalhador durante o contrato de

trabalho e na sua extinção, sendo possível também antes do contrato de trabalho se concretizar, apenas nas tratativas – fase pré-contratual; (SILVA, p. 5205)

6. O dano pré-contratual não decorre de violação do contrato de trabalho e sim da ofensa a um dever de conduta, ou seja, ao princípio da boa-fé objetiva; (SILVA, p. 5205)

7. Nas negociações preliminares pode ser evidenciada a discriminação contra o trabalhador homoafetivo, principalmente no momento da entrevista;

8. Caso o empregador deixe de celebrar o contrato simplesmente por levar em consideração a homoafetividade, evidente está o dano sofrido pelo trabalhador;

9. É possível coibir as práticas discriminatórias contra o homoafetivo no ambiente corporativo, primeiramente, modificando o ônus da prova da ocorrência da discriminação, passando a ser encargo do empregador, provar que não houve; a legislação brasileira prever medidas contra formas de discriminação indireta; a construção de políticas de ação afirmativa; estabelecer acordos coletivos de trabalho e convênios do governo com entidades do terceiro setor; entre tantas outras medidas possíveis;

10. Ocorrendo a discriminação do trabalhador homoafetivo na fase pré-contratual, haverá a responsabilidade civil do empregador, o qual poderá ser condenado, por via judicial, a reparar o dano moral sofrido pelo trabalhador;

11. Os tribunais do trabalho no Brasil, tem punido aqueles que praticam atos danosos na fase das tratativas com indenizações, a fim de manter a paz social; (SILVA, p. 5206)

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADRE, Lucimar Pedroso. **A Responsabilidade Pré-Contratual no Direito do Trabalho**. Disponível em: <[http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/lucimar\\_pedroso\\_andrade/lucimar\\_andrade\\_responsabilidade\\_pre\\_contratual.pdf](http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/lucimar_pedroso_andrade/lucimar_andrade_responsabilidade_pre_contratual.pdf)> Acesso em: 27 Jul. 2013.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. Responsabilidade Civil Pré e Pós-contratual no Direito do Trabalho. **Rev. TRT - 9ª R.** Curitiba a. 29 n.53, p.53-70 Jul./ Dez. 2004 Disponível em:

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. O Direito Geral de Personalidade e o Conceito de Dano Moral Trabalhista. *In*: GUNTHER, Luiz Eduardo. **Tutela dos Direitos da Personalidade na Atividade Empresarial.** Curitiba: Juruá, 2009.

DOGLAS, Lucas Cesar e SPENGLER, Fabiana Marion. Identidade, Alteridade e Mediação: por uma comunicação inclusiva das diferenças. *In*: **Direitos Culturais – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado- URI Santo Ângelo/Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – RS.** v.7, n.º 12 janeiro/junho 2012.

GARCIA, Agnaldo; SOUZA, Eloisio Moulin de. Sexualidade e trabalho: estudo sobre a discriminação de homossexuais masculinos no setor bancário. **Rev. Adm. Pública,** Rio de Janeiro, v. 44, n. 6, Dec. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122010000600005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122010000600005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 27 Jul 2013.

GUGEL, Maria Aparecida. **Discriminação do Homossexual nas Relações de Trabalho.** Texto apresentado durante o “Seminário Internacional sobre todas as formas de discriminação no Trabalho”. Brasília/DF, 15 e 16 de maio de 2000. Disponível em: < <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub23.html>>. Acesso em: 27 Jun 2013.

RODRIGUES, Luís. **O que é a discriminação?** Disponível em: <<http://agorasocial.wordpress.com/2008/03/18/o-que-e-a-discriminacao/>>. Acesso em 22 Jul. 2013.

SILVA, Hebe Maria Sá. **Danos Morais na Fase Pré-contratual das Relações Individuais Trabalhistas.** Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/hebe\\_mara\\_sa\\_silva.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/hebe_mara_sa_silva.pdf)> Acesso em: 27 Jul. 2013.

Site OIT. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>>.

Site TRTPR. Disponível em: <[https://www.trt9.jus.br/internet\\_base/arquivo\\_download.do?evento...](https://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento...)> Acesso em: 27 Jul. 2013.