

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O DEVER DE NÃO DISCRIMINAÇÃO COM  
BASE NA ORIENTAÇÃO SEXUAL E NA IDENTIDADE DE GÊNERO DOS  
TRABALHADORES

ANA CAROLINA REIS PINTO

MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO

CIENCIAS JURIDICO-LABORAIS

LISBOA

2018

ANA CAROLINA REIS PINTO

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O DEVER DE NÃO DISCRIMINAÇÃO COM  
BASE NA ORIENTAÇÃO SEXUAL E NA IDENTIDADE DE GÊNERO DOS  
TRABALHADORES

Dissertação apresentada como  
requisito de avaliação final do  
Mestrado Científico em  
Direito – Ciências Jurídico  
Laborais

Orientadora: Isabel Vieira  
Borges

LISBOA

2018

## Agradecimentos

Agradeço à minha orientadora Isabel Vieira Borges pelo apoio fornecido quanto à escolha do tema, sumário e bibliografia; e pelas críticas que me fizeram desenvolver um trabalho melhor.

Agradeço aos meus pais, irmãos e colegas do curso de mestrado que me auxiliaram na pesquisa de material em Lisboa e no Brasil, o que foi essencial para a conclusão desta dissertação.

## ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

CC – Código Civil

CE – Comunidades Europeias

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEE – Comunidades económicas Europeias

CJ – Coletânea de Jurisprudência

CP – Código Penal

CPT – Código de Processo de Trabalho

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

Dec. – Decreto

DR – Diário da República

LC – Lei Constitucional

LCT – Regime Jurídico do Contrato de Trabalho

LGBTI – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgéneros e Intersexuais

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TCE – Tratado da Comunidade Europeia

TCEE – Tratado das Comunidades Económicas Europeias

TFUE – Tratado que estabelece o Funcionamento da União Europeia

TJ – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

## RESUMO

Esta dissertação trata do princípio da igualdade e o dever de não discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero dos trabalhadores. Apresenta-se uma exposição do princípio da igualdade e do dever de não discriminação em geral; para tanto estuda-se os marcos mais significativos do desenvolvimento do princípio da igualdade no constitucionalismo ocidental e desenvolve-se temas como igualdade em seus sentidos jurídico-formal e jurídico-material. Analisa-se os institutos da discriminação positiva e da discriminação negativa e suas modalidades (discriminação direta ou intencional, discriminação indireta ou não intencional e discriminação associativa ou por associação). Estuda-se a legislação protetora sobre princípio da igualdade e dever de não discriminação, analisando-se a tutela constitucional, o direito internacional, a organização internacional do trabalho e a legislação ordinária. Quanto à tutela constitucional, estuda-se o princípio da igualdade na Constituição da República Portuguesa e, a título ilustrativo na Constituição Federal do Brasil. Quanto ao direito internacional verifica-se o instituto da igualdade nas principais declarações e pactos internacionais, ressaltando-se a importância do tema no Direito Social da União Europeia e, mais precisamente da importância da Directiva 2000/78/CE sobre igualdade no trabalho. Trata-se da análise da definição de orientação sexual e identidade de gênero; do reconhecimento jurídico no tempo e do reconhecimento jurídico-laboral e proibição de discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero. Quanto à orientação sexual e identidade de gênero, define-se os conceitos lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais, termo mundialmente conhecido por LGBTI. Faz-se a análise da discriminação na formação do contrato individual de trabalho, das intercorrências no decorrer do contrato e do despedimento do trabalhador por fator discriminatório em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Na formação do contrato de trabalho avalia-se os conceitos de liberdade contratual, do respeito à intimidade e vida privada do empregado e da proibição da discriminação quanto à orientação sexual e identidade de gênero na formação contratual de trabalho. No decorrer do contrato de trabalho verifica-se o assédio moral e sexual a que estão submetidos os indivíduos LGBTI e também se verifica a não concessão a estes trabalhadores de benefícios sociais e da empresa concedidos aos trabalhadores heterossexuais casados. Faz-se a análise do despedimento do trabalhador em decorrência da discriminação e das consequências jurídicas da ilicitude deste despedimento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito do Trabalho; Princípio da igualdade; Não discriminação; Orientação sexual; Identidade de gênero; LGBTI.

## **ABSTRACT**

This dissertation deals with the principle of equality and the duty of non-discrimination based on the sexual orientation and gender identity of the workers. An exposition of the principle of equality and of the duty of non-discrimination in general is presented; in order to do so, one studies the most significant milestones of the development of the principle of equality in Western constitutionalism and develops themes as equality in its legal-formal and legal-material senses. Institutes of positive discrimination and negative discrimination and their modalities (direct or intentional discrimination, indirect or unintentional discrimination, and associative or association discrimination) are analyzed. Protective legislation on the principle of equality and duty of non-discrimination is studied, examining constitutional protection, international law, international labor organization and ordinary legislation. With regard to constitutional protection, the principle of equality in the Constitution of the Portuguese Republic is studied and, as an example, in the Federal Constitution of Brazil. As regards international law, the equality institute is found in the main international declarations and covenants, highlighting the importance of the topic in European Union social law and, more specifically, the importance of Directive 2000/78 / EC on equality at work. It is the analysis of the definition of sexual orientation and gender identity; legal recognition over time and legal and labor recognition and prohibition of discrimination based on sexual orientation and gender identity. Regarding sexual orientation and gender identity, we define lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex concepts, a term known worldwide as LGBTI. The analysis of the discrimination in the formation of the individual work contract, of the interurrences during the contract and of the dismissal of the worker by discriminatory factor in relation to the sexual orientation and gender identity is analyzed. In the formation of the employment contract, the concepts of contractual freedom, respect for privacy and privacy of the employee, and prohibition of discrimination regarding sexual orientation and gender identity in contractual work training are evaluated. In the course of the employment contract, there is the moral and sexual harassment of LGBTI individuals and there is also a lack of social and business benefits granted to married heterosexual workers. The dismissal of the employee is analyzed as a result of the discrimination and the legal consequences of the unlawful dismissal.

**KEYWORDS:** Labor Law; Principle of equality; Non-discrimination; Sexual Orientation; Gender Identity; LGBTI.

## ÍNDICE:

Introdução .....	09
1. Princípio da igualdade e dever de não discriminação em geral.....	11
1.1. Discriminação positiva .....	21
1.2. Discriminação negativa – Modalidades:.....	27
1.2.1. Discriminação Direta (ou Intencional) .....	27
a) Discriminação Explícita.....	28
b) Discriminação da aplicação da legislação ou medida.....	29
c) Discriminação na elaboração da lei ou medida .....	30
1.2.2. Discriminação Indireta (ou Não Intencional) .....	31
1.2.3. Discriminação Associativa (ou por Associação).....	34
2. Legislação Protetora sobre Princípio da Igualdade e Dever de Não Discriminação .....	36
2.1. Tutela Constitucional.....	36
2.2. Direito Internacional e Organização Internacional do Trabalho .....	38
2.3. Legislação Ordinária.....	45
3. Discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero dos trabalhadores.....	52
3.1. Definição de identidade de gênero e orientação sexual.....	55
3.1.1. Gênero .....	55
I – Biologia de gênero (sexo) .....	56
a) Mulher .....	56
b) Homem .....	57
c) Intersexual .....	57
II – Identidade de gênero .....	58
a) Cisgênero .....	59
b) Transgênero .....	59
b.1) Transexual .....	59
b.2) Travestis .....	60
3.1.2. Orientação sexual .....	60
a) Heterossexual .....	61
b) Homossexual .....	62

c) Bissexual.....	62
d) Outros .....	62
3.1.3. O termo LGBTI .....	63
3.2. Reconhecimento jurídico da orientação sexual e identidade de gênero no tempo .....	64
3.3. Reconhecimento jurídico-laboral e proibição de discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero .....	75
3.3.1. Discriminação na fase de formação do contrato individual de trabalho .....	82
3.3.2. Discriminação no decorrer do contrato de trabalho.....	105
3.3.3. Despedimento em decorrência da discriminação .....	125
4. O porquê da importância do tema.....	133
4.1. Identificação da comunidade LGBTI como minoria.....	135
4.2. Diferenças entre a discriminação contra os LGBTI e outras minorias.....	137
4.3. Medidas a serem aplicadas para efetivação do princípio da igualdade e da não discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero dos trabalhadores.....	140
Conclusão .....	143
Bibliografia .....	147

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará do tema “O Princípio da Igualdade e o Dever de Não Discriminação com Base na Orientação Sexual e Identidade de Gênero dos Trabalhadores”. Primeiramente far-se-á uma análise do princípio da igualdade e do dever de não discriminação em geral. Será verificada a evolução histórica destes institutos e a importância dos mesmos na evolução do Direito, estudando-se os marcos mais significativos do desenvolvimento do princípio da igualdade e da não discriminação no constitucionalismo ocidental. Serão desenvolvidos temas como igualdade em seus sentidos jurídico-formal e jurídico-material e serão analisados os institutos discriminação positiva; discriminação negativa e suas modalidades, tais como: discriminação direta (ou intencional), discriminação indireta (ou não intencional) e discriminação associativa (ou por associação).

Posteriormente far-se-á uma análise da legislação protetora que trata do princípio da igualdade e do dever de não discriminação. Para tanto verificar-se-á o que ditam as Constituições sobre o tema, estudando-se o princípio da igualdade na Constituição portuguesa e, a título ilustrativo, na Constituição Federal brasileira. Será tratado da legislação de direito internacional, verificando-se os institutos da igualdade e da não discriminação nas principais declarações e pactos internacionais, ressaltando-se a importância do tema no Direito Social da União Europeia e mais precisamente da importância da Directiva 2000/78/CE sobre igualdade no trabalho. Também será analisado o que diz a legislação ordinária de alguns países sobre o tema, principalmente o que trata sobre o assunto o direito português.

Estudar-se-á a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero dos trabalhadores. Para tanto será tratada da definição de orientação sexual e identidade de gênero, definindo-se os conceitos de lésbica, gay, bissexual, transgênero e intersexual, termo mundialmente conhecido por LGBTI. Será avaliado como a ciência e a religião afetaram a imagem dos indivíduos LGBTI na sociedade contemporânea e, a partir de uma percepção histórica, como estes indivíduos eram tratados antigamente e como vêm sendo tratados nos dias hodiernos. Será estudado sobre o reconhecimento jurídico da orientação sexual e identidade de gênero no tempo e sobre a proibição de discriminação.

Verificar-se-á a transposição dos conceitos para o campo do direito do trabalho analisando-se os efeitos deste tipo de discriminação no âmbito das relações

trabalhistas em suas diversas fases, quais sejam: a formação do contrato individual de trabalho, intercorrências no decorrer do contrato e o despedimento do trabalhador em virtude de discriminação. Na formação do contrato de trabalho serão avaliados os conceitos de liberdade contratual, do respeito à intimidade e vida privada do empregado e da proibição da discriminação quanto à orientação sexual e identidade de gênero na formação contratual de trabalho. No decorrer do contrato de trabalho será verificada a constância do assédio moral e sexual a que estão submetidos os indivíduos LGBTI e, também será constatada a não concessão a estes trabalhadores de benefícios sociais e da empresa concedidos aos trabalhadores cisgênero e heterossexuais casados. Será feita, ainda, a análise do despedimento do trabalhador em decorrência da discriminação e das consequências jurídicas da ilicitude deste despedimento.

Esta dissertação, tem como tema “O Princípio da Igualdade e o Dever de Não Discriminação com Base na Orientação Sexual e Identidade de Gênero dos Trabalhadores” e tratará da discriminação num contexto geral englobando tanto a orientação sexual como a de gênero (em relação aos indivíduos transgêneros e intersexuais), utilizando-se do termo mundialmente conhecido LGBTI<sup>1</sup> para alcançar todos esses indivíduos que se verificam como minorias em virtude do enquadramento sexual ou de gênero.

No trabalho será exposta alguma jurisprudência estrangeira sobre o tema, principalmente a jurisprudência trabalhista brasileira, americana e a do Tribunal de Justiça da União Europeia. Não haverá exposição de jurisprudência dos tribunais portugueses porque não foi encontrada jurisprudência relativa ao tema exposto. Verifica-se que essa falta de jurisprudência portuguesa se deve ao fato de que o trabalhador português discriminado em decorrência de sua orientação sexual não promove a ação judicial correspondente para fazer valer os seus direitos.

O tema será tratado de forma a expor algumas ideias, mas não esgotando os estudos sobre o mesmo, posto que, tal tema ainda é pouco explorado nos estudos doutrinários e jurisprudenciais. A orientação sexual e a identidade de gênero dos indivíduos, quando diversa da convencional, ainda gera muito preconceito social e isso se reflete nas relações contratuais, inclusive quanto aos contratos individuais de trabalho. O preconceito é uma constante nestas relações contratuais e faz-se mister a análise do tema apresentado.

---

<sup>1</sup> LGBTI é o termo mundialmente conhecido para designar lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais.

## 1. Princípio da igualdade e dever de não discriminação em geral

Os marcos mais significativos do desenvolvimento do princípio da igualdade no constitucionalismo ocidental são os artigos 1º e 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; o art. 6º da Constituição Belga; o 14º Aditamento à Constituição dos Estados Unidos; o art. 4º da Constituição Mexicana de 1917; o art. 109 da Constituição de Weimar; e o art. 3º da Constituição Italiana<sup>2</sup>.

A experiência histórica demonstra que a proclamação do princípio da igualdade não significa a sua aceitação e aplicação prática por parte da sociedade. Tal princípio comporta manifestações diversas consoante os sectores e os interesses em presença e sofre as refrações decorrentes do ambiente de cada país e de cada época.

A conquista da igualdade somente tem sido conseguida através de lutas travadas por aqueles que se encontram em situações de inferioridade, por vezes subjugados. Tais lutas sociais compreendem a divulgação de ideias que pretendam o extermínio ou a minoração de desigualdades, como meio de efetivação de maior justiça social, aqui alicerçada no princípio da igualdade.

O tema igualdade, segundo Jorge Miranda, aparece imbrincado com os grandes temas da Ciência e da Filosofia do Direito e do Estado. Para o referido autor, pensar em igualdade é pensar em justiça na linha da análise aristotélica, retomada pela Escolástica e por todas as correntes posteriores, de Hobbes e Rousseau a Marx e Rawls; trata-se de redefinir as relações entre pessoas e entre normas jurídicas e de indagar da lei e da generalidade da lei<sup>3</sup>.

Segundo o supracitado autor, existe uma tensão inelutável entre liberdade e igualdade que, se levado às últimas consequências, em um sentido radical do princípio da liberdade pode impedir o da igualdade, assim como, um radicalismo do princípio igualitário pode impedir a autonomia pessoal<sup>4</sup>.

Segundo os ensinamentos de José Afonso da Silva, Humberto Ávila, e Wilson Steinmetz, o princípio da igualdade é uma norma de direito fundamental: confere aos indivíduos o direito fundamental à igualdade de tratamento, o direito fundamental ao tratamento isonômico. Em sentido contrário posiciona-se João Caupers que entende que

---

<sup>2</sup> MIRANDA, Jorge; *Manual de Direito Constitucional – tomo IV – Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 244.

<sup>3</sup> MIRANDA, Jorge; *Manual de Direito Constitucional... cit*, p. 237.

<sup>4</sup> MIRANDA, Jorge; *Manual de Direito Constitucional... cit*, p. 237.

o princípio da igualdade não é um direito fundamental, mas um critério orientador na aplicação dos direitos fundamentais. Segundo os autores anteriores, a Constituição Federal da República brasileira atribui, de imediato, um direito fundamental em sentido formal. E se é norma de direito fundamental, então confere um direito subjetivo (dimensão subjetiva), é um princípio objetivo que se projeta sobre todo o ordenamento jurídico (dimensão objetiva dos direitos fundamentais como princípios objetivos), tem aplicabilidade imediata, está imune ao poder constituinte reformador e, portanto, ocupa uma posição preferente na ordem jurídica.<sup>5</sup>

Celso Antônio Bandeira de Melo, em seu livro *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, assevera que a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas sim, um instrumento regulador da vida social que necessita tratar de forma equitativa todos os seus cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e que é assimilado pelos sistemas normativos vigentes e juridicizado pelos textos constitucionais em geral<sup>6</sup>.

Ainda segundo o autor, é insuficiente recorrer-se à notória afirmação de Aristóteles, de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais; sem contestar a inteira procedência do que nela se contém e reconhecendo, muito ao de ministro, sua validade como ponto de partida. Deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta: Quem são os iguais e quem são os desiguais?<sup>7</sup>

Em suma, qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia que autoriza distinguir pessoas ou situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia<sup>8</sup>?

Entende o autor já citado e também o autor Humberto Ávila, no seu livro *Teoria dos Princípios* que, as discriminações são entendidas como compatíveis com o princípio isonômico, apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade

---

<sup>5</sup> STEINMETZ, Wilson; *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*; São Paulo: Malheiros, 2004, p.232

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira; *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*; São Paulo: Malheiros, 2003, p. 10.

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira; *Conteúdo jurídico... cit*, p. 10.

<sup>8</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira; *Conteúdo jurídico ... cit*, p. 10.

de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. Vale dizer que a aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado e que ambos devem ser compatíveis com os valores constitucionais<sup>9</sup>.

A jurisprudência constitucional portuguesa traz inúmeras decisões relacionadas ao princípio da igualdade. O Tribunal Constitucional português já decidiu que os fatores materiais que determinem um tratamento normativo desigual somente devem ser justificados quando houver suporte na “consonância entre os critérios adaptados pelo legislador e os objetivos da lei”, por um lado, e entre estes e “os fins cuja prossecução o texto constitucional comete ao Estado, por outro”. O tratamento desigual será permitido depois de confirmado que há compatibilidade entre os critérios de distinção exigidos pelo legislador e os objetivos da lei. Verifica-se que a Constituição, à luz de seus princípios, autoriza o tratamento diferenciado das situações delimitadas na lei ordinária”.<sup>10</sup>

O Tribunal Constitucional português também decidiu que “dentro do princípio da igualdade cabem diferenças de tratamento”. Verifica-se que a prevalência da igualdade como valor supremo do ordenamento tem de ser caso a caso compaginada com a liberdade que assiste ao legislador de ponderar os diversos interesses em jogo e diferenciar o seu tratamento no caso de entender que tal se justifica. Significa dizer que a essência da aplicação do princípio da igualdade encontra o seu ponto de apoio na determinação dos fundamentos fácticos e valorativos da diferenciação jurídica consagrada no ordenamento.<sup>11</sup>

Conforme ensina Jorge Miranda, a análise do princípio da igualdade tem de assentar em três pontos firmes, acolhidos quase unanimemente pela doutrina e pela jurisprudência: I – Que igualdade não é identidade e igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística; II - Que igualdade significa intenção de racionalidade e, em último termo, intenção de justiça; III – Que igualdade não é uma “ilha”, encontra-se conexas com outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira; *Conteúdo jurídico ... cit*, p. 39. e ÁVILA, Humberto; *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*; São Paulo, 2009, p. 150.

<sup>10</sup> Acórdão n° 76/85, de 6 de Maio, in *Diário da República*, 2ª série, de 8 de Junho de 1985, p. 5365.

<sup>11</sup> Acórdão n° 231/94, de 30 de Novembro, in *Diário da República*, 2ª série, de 28 de Abril de 1994, p. 2056-2057.

<sup>12</sup> MIRANDA, Jorge; *Manual de Direito Constitucional ... cit*, p. 252.

Tem-se que o sentido primário do princípio é negativo, consistindo em vedar discriminações e privilégios. Mas não se trata de apenas proibir discriminações, trata-se também de proteger as pessoas contra discriminações (como diz o art. 26º, nº 1, *in fine*, da Constituição portuguesa, que reproduz quase *ipsis verbis* o art. 7º, 2ª parte da Declaração Universal), de as proteger, se necessário por via penal e, eventualmente, com direito a reparação à face dos princípios gerais de responsabilidade<sup>13</sup>.

Quanto ao sentido positivo, o princípio da igualdade consiste no tratamento igual de situações iguais; tratamento desigual de situações desiguais, impostas pela diversidade das circunstâncias ou pela natureza das coisas; tratamento em moldes de proporcionalidade das situações relativamente iguais ou desiguais e que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação; e, tratamento das situações não apenas como existem, mas também como devem existir, de harmonia com os padrões da Constituição material<sup>14</sup>.

Quanto aos interessados no princípio da igualdade, estes são todos os portadores de interesses próprios em relação, projetando-se também sobre as pessoas coletivas e sobre os grupos não personalizados, assim como nas relações entre entidades públicas e privadas. O princípio também rege as relações das pessoas singulares no interior de quaisquer instituições, associações ou grupos.

Quanto à aplicação do princípio da igualdade, segue ensinando Jorge Miranda<sup>15</sup> que se compreende que as normas que vedam discriminações são de aplicabilidade imediata não sendo necessária a interposição de outra lei, visto que ninguém pode ser desconsiderado por outrem, nem tratado arbitrariamente ou afetado nos seus direitos e deveres em virtude de fatores injustificáveis.

Da mesma forma, dentro de entidades, sejam personalizadas ou não-personalizadas, ninguém pode ser titular de mais ou menos direitos por motivo de raça, sexo, religião ou ideologia. Desta forma, quaisquer estatutos, pactos ou atos constitutivos que disponham desta forma serão inválidos.

Ainda, quanto às relações contratuais, sempre que se identifique, nestas relações, desigualdades de fato, é necessária e legítima a intervenção do legislador para proteção dos contraentes mais fracos contra abusos de poder.

---

<sup>13</sup> MIRANDA, Jorge; *Manual de Direito Constitucional ... cit*, p. 253-255.

<sup>14</sup> MIRANDA, Jorge; *Manual de Direito Constitucional ... cit*, p. 255-256.

<sup>15</sup> MIRANDA, Jorge; *Manual de Direito Constitucional ... cit*, p. 264 – 266.

Quando se analisa a igualdade em seus sentidos jurídico-formal e jurídico-material, verifica-se que:

A igualdade formal é a que decorre da afirmação de que todos são iguais perante a lei, ou seja, todos deverão ser considerados iguais, em termos de aplicação da lei, mesmo que as situações se mantenham diferentes. Herança maior do Estado Liberal, a ideia de igualdade formal se conformava bem ao estágio econômico liberal, na medida em que, pouca intervenção estatal havia no sentido de buscar reduzir as desigualdades sociais<sup>16</sup>.

Esta ideia, segundo, Maria da Glória F. P. D. Garcia, se funda em duas linhas de pensamento, a aristotélica (Idade Média) e a do racionalismo e individualismo (séc. XVII e XVIII). De acordo com a primeira linha de pensamento, a igualdade aparece, não como exigência política fundamental do homem, mas como ideia eminentemente ligada à justiça, ao direito justo, com a qual aparece frequentes vezes identificada. De acordo com a segunda linha de pensamento, a igualdade não coincide com a justiça em sentido amplo. É uma igualdade com um conteúdo mais delimitado, uma igualdade de tratamento dos cidadãos pelo poder público, ou seja, uma igualdade como um aspecto particular da justiça e não como sua total identificação<sup>17</sup>.

Em contrapartida, a igualdade material busca a concretizações de ações positivas que altere o mundo dos fatos no que toca a redução das desigualdades sociais. Com a transição de um modelo de Estado Liberal para um modelo de Estado Social verificam-se acentuadas mudanças no que se refere à postura do Estado frente ao quadro de desigualdades sociais que se acumulou ao longo de séculos de regulação pela “mão invisível” do mercado (segundo a tradição liberal). Constatou-se, neste outro momento, que a ausência de intervenção estatal ajudou a aumentar cada vez mais as desigualdades sociais<sup>18</sup>. Diante desse quadro de profundas desigualdades sociais, alguns Estados optaram por uma atuação mais intervencionista frente às atividades econômicas dos particulares, com vistas à repartição dos benefícios da produção de riquezas entre as classes menos favorecidas com tais processos produtivos, e ainda, optaram pela

---

<sup>16</sup> SILVA, Carlos Sérgio Gurgel; *Os princípios da Igualdade e da Proporcionalidade e suas relações nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português*; Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 40.

<sup>17</sup> GARCIA, Maria da Glória F. P. D.; *Estudos sobre o princípio da igualdade*; Coimbra: Almedina, 2005, p.35.

<sup>18</sup> SILVA, Carlos Sérgio Gurgel; *Os princípios da Igualdade... cit*, p. 41.

implementação de uma série de programas e planos com vista à redução das desigualdades sociais<sup>19</sup>.

Desta forma, a igualdade material vem, assim, admitir o tratamento diferenciado de situações factualmente desiguais, tendo em vista, no essencial, a proteção e a defesa dos interesses dos indivíduos social e economicamente desfavorecidos, como forma de prossecução de um equilíbrio social e econômico. Esta ideia de igualdade material, enquanto imperativo de justiça e proibição do arbítrio desenvolve-se no sentido da prossecução de uma efetiva igualdade de oportunidades em sentido real, que pressupõe a promoção de medidas corretivas das desigualdades através da implementação de discriminações positivas que inculcam uma ideia de obrigatoriedade de diferenciação. Trata-se, segundo Guilherme Machado Dray, de conceber o princípio da igualdade como a concretização da ideia de justiça social, como um ponto de chegada e não como um ponto de partida, como uma forma de igualdade real assente na eliminação das desigualdades econômicas, sociais e culturais<sup>20</sup>.

A igualdade pode ser algo simples de compreender ou algo de teor extremamente complexo, a depender do nível de exigência e dos aspectos materiais postos à análise. A criança que pede um chocolate à mãe “igual” ao que vê na mão de uma criança sabe bem o que é a igualdade e chora quando vê que o que lhe é dado não tem as mesmas características que vê existirem na do seu amigo. Quem analisar, em pormenor, as situações ou objectos, a fim de determinar a sua completa igualdade logo será de concluir que é muito difícil que os mesmos sejam absolutamente iguais, isto é, que se equiparem em todos os aspectos<sup>21</sup>.

Jorge Miranda define a igualdade jurídica considerando-a em dois sentidos: sentido primário e sentido secundário. Como sentido primário do princípio da igualdade, entende-se que não deve haver privilégios de tratamento nem discriminações. Em termos positivos, o princípio da igualdade visa tratar igualmente os que se encontram em situações iguais e tratar desigualmente os que se encontram em situações desiguais, mas de maneira a não serem criadas diferenciações arbitrárias. Como sentido secundário, entende-se que se faz necessária a atribuição a todos da personalidade jurídica, que se deve atribuir a todos certos número de direitos, consequência da própria atribuição de

---

<sup>19</sup> SILVA, Carlos Sérgio Gurgel; *Os princípios da Igualdade ... cit*, p. 41.

<sup>20</sup> DRAY, Guilherme Machado; *O sentido jurídico do princípio da igualdade: perspectiva luso-brasileira*; Revista Brasileira de Direito Constitucional (nº 2, jul./dez.), 2003, p. 116-117.

<sup>21</sup> SILVA, Carlos Sérgio Gurgel; *Os princípios da Igualdade ... cit*, p. 38.

personalidade e base de aquisição de todos os outros – os direitos fundamentais ou de personalidade e que se deve atribuir a todos uma mesma capacidade de direitos e deveres em função de situações idênticas, ou seja, o mesmo estatuto deve corresponder ao mesmo *status* ou estado (de pai, de solteiro, de funcionário, etc.)<sup>22</sup>.

Ainda, Jorge Miranda, ao indicar os destinatários do princípio da igualdade, aponta tanto os órgãos de aplicação do direito, como os órgãos de criação. Para este autor, igualdade não significa simplesmente aplicação igual da lei, mas, logo, criação de lei igual para todos. O legislador deve integrar-se no pensamento constitucional e ater-se aos valores por ele perfilhados. Sendo o princípio da igualdade e não da desigualdade, deve executar as próprias normas constitucionais no sentido mais afastado do privilégio e da discriminação<sup>23</sup>.

Sobre a questão da igualdade social, Jorge Miranda destaca que por envolver uma posição petítoria do indivíduo perante o Estado, torna-se logo indissociável de certos direitos, os chamados direitos sociais (direito à educação, ao trabalho, à saúde, etc.), direitos a prestações positivas do Estado; e, em particular, traduz-se em direitos atribuídos aos indivíduos, em função de sua situação singular (direito a receber bolsa de estudo de montante X, direito a um abono de família, etc.)<sup>24</sup>

Seguindo essa idéia, Guilherme Machado Dray destaca que o princípio da igualdade, enquanto elemento concretizador do ideal de justiça social, também assume relevância enquanto princípio orientador de políticas de inclusão social, que apelam à erradicação da pobreza, da fome e da miséria. Neste caso está em causa mais do que uma vertente jurídica, mas uma faceta social do princípio da igualdade<sup>25</sup>.

Jorge Miranda também entende que, nas sociedades contemporâneas, que são cada vez mais heterogêneas e multiculturais, está se tornando cada vez mais recorrente tanto a procura de um equilíbrio entre bem comum e interesse de grupo como também entre igualdade e aquilo que se vem denominando de direito à diferença<sup>26</sup>.

O autor suscita a dicotomia igualdade jurídica – igualdade social ou igualdade perante a lei (como é mais frequente dizer) – igualdade na sociedade. Toma-se a primeira como mera igualdade jurídico-formal ou como igualdade liberal, inspirada numa concepção jusracionalista, e a segunda como igualdade jurídico-material, ligada a

---

<sup>22</sup> SILVA, Carlos Sérgio Gurgel; *Os princípios da Igualdade ... cit*, p. 38-39.

<sup>23</sup> SILVA, Carlos Sérgio Gurgel; *Os princípios da Igualdade ... cit*, p. 39.

<sup>24</sup> SILVA, Carlos Sérgio Gurgel; *Os princípios da Igualdade ... cit*, p. 40.

<sup>25</sup> DRAY, Guilherme Machado; *O sentido jurídico do princípio ... cit.*, p. 114.

<sup>26</sup> MIRANDA, Jorge; *Manual de Direito Constitucional ... cit*, p. 238.

uma atitude crítica sobre a ordem social e econômica existente e à consciência da necessidade e da possibilidade de a modificar<sup>27</sup>.

Há que ser observada tal concepção segundo dois momentos ou planos: o da atribuição dos direitos em igualdade e o da fixação das incumbências do Estado e da sociedade organizada perante as situações concretas das pessoas. Os direitos são os mesmos para todos; mas como nem todos se acham em igualdade de condições de os exercer, é preciso que haja a criação ou recriação dessas condições, transformando-se as estruturas sociais e a vida das pessoas<sup>28</sup>.

Gomes Canotilho, em Parecer Jurídico, quando da análise da vinculação do legislador orçamental ao princípio da igualdade, afirma que: “O legislador não está impedido de introduzir diferenciações e tipicizações mesmo quando estas se traduzem em “cláusulas de rigor”. O que ele não pode é tratar, sem qualquer justificação material, de forma desigual, o que é essencialmente igual, ou, de forma igual, o que é basicamente desigual. É precisamente o que acontece quando um grupo de destinatários da norma é tratado de forma desigual em relação a outro grupo, sem que a desigualdade de tratamento se possa considerar materialmente justificada ou justificável. Cabe ao legislador decidir quais os critérios a adotar na comparação dos vários grupos de modo a tratar de forma igual ou desigual consoante os fundamentos materiais convocados para esse tratamento<sup>29</sup>”.

Considera-se imposta a igualdade material, pela própria noção de igualdade jurídica, no sentido de se buscar um conteúdo pleno da mesma, posto que, mesmo quando a igualdade social possa se traduzir na concessão de certos direitos ou até de certas vantagens específicas a determinadas pessoas que se encontrem em situação de inferioridade aos demais, tal diferenciação ou discriminação positiva reveste-se de uma tentativa de se alcançar a igualdade, configurando-se tais direitos ou vantagens em instrumentos de realização da isonomia<sup>30</sup>.

Sendo assim, igualdade formal e igualdade material não são institutos estanques e contrapostos. Pelo contrário, a igualdade formal ou jurídica é condição preliminar para que a igualdade material ou social aconteça. Para que se proporcione a criação de novas condições confirmadoras de uma igualdade social é necessário antes que

---

<sup>27</sup> MIRANDA, Jorge; *Manual de Direito Constitucional ... cit*, p. 239-241.

<sup>28</sup> MIRANDA, Jorge; *Manual de Direito Constitucional ... cit*, p. 241.

<sup>29</sup> CANOTILHO, José J. Gomes; *Parecer Jurídico*; Coimbra, 2012. Disponível na internet: [http://www.aofa.pt/rimp/Parecer\\_Gomes\\_Canotilho.pdf](http://www.aofa.pt/rimp/Parecer_Gomes_Canotilho.pdf), p. 9.

<sup>30</sup> MIRANDA, Jorge; *Manual de Direito Constitucional ... cit*, p. 242.

haja estabelecida a garantia do direito à igualdade, o que se dá pela concretização de uma igualdade jurídica. Concretizada a igualdade jurídica, esta não é um instituto rígido e acabado, mas sim um instrumento, um alicerce, de que se valerão as instituições sociais, para se edificar, através do tempo, uma construção histórica, cheia de conquistas políticos-sociais, onde se materializará a igualdade social.

Jorge Miranda, ao analisar a Constituição portuguesa, esclarece que esta Carta Magna não se circunscreve a declarar o princípio da igualdade. Revela-se um sistema bastante complexo e talvez demasiado ambicioso em que se deparam decorrências puras e simples da igualdade jurídica, preceitos de diferenciação em função de diferenças de circunstâncias, imposições derivadas da igualdade social e discriminações positivas<sup>31</sup>.

Tem-se na Constituição portuguesa, como corolários imediatos do princípio da igualdade, por exemplo, a regra do sufrágio universal (art. 10º, nº 1) e a proibição de privação de direitos por motivos políticos (arts. 26º, nº 4 e 53º). Concomitantemente, a mesma Constituição traz distinções correspondentes a diferenças de situações, as quais levam a configurar a igualdade como proporcionalidade, assim vejamos: a especial proteção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto, bem como dos menores e dos diminuídos e das atividades particularmente violentas ou em condições insalubres, tóxicas e perigosas [arts. 59º, nº 2, alínea c) e 68º, nº 3]. Ainda, temos imposições de igualdade social, como por exemplo, não poder a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos (art. 20º, nº 1, 2ª parte). Por fim, também temos discriminações positivas na Constituição portuguesa, como por exemplo, a especial proteção das crianças órfãs, abandonadas ou privadas de ambiente familiar normal (art.69º, nº 2); a política de reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias (art. 71º, nº 2); e a política de terceira idade (art. 72º, nº 2)<sup>32</sup>.

No Brasil, a Constituição de 1988 também traz em seu bojo corolários do princípio da igualdade, assim vejamos: a igualdade ente homens e mulheres (art. 5º, I); a não privação de direitos por motivo de crença ou de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII). Também tem-se artigos com a configuração da igualdade como proporcionalidade, tais como: a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre ao menor de 18 anos e de qualquer trabalho ao menor de 16 anos, salvo na condição de

---

<sup>31</sup> MIRANDA, Jorge; *Manual de Direito Constitucional ... cit*, p. 248.

<sup>32</sup> MIRANDA, Jorge; *Manual de Direito Constitucional ... cit*, p. 248-250.

aprendiz a partir de 14 (art. 6º, XXXIII); e a vedação da dispensa do empregado sindicalizado (art.8º, VIII). Também existem imposições de igualdade social, a exemplo do direito de petição e de obtenção de certidões aos Poderes Públicos, independente de taxas (art. 5º, XXXIV, alíneas “a” e “b”); e da universalidade do direito à saúde (art. 196). E, ainda existem na CF/88 as discriminações positivas, a exemplo da especial proteção à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso (art. 227).

Por fim, há que se analisar o estudo de Flávia Piovesan e Roberto B. Dias da Silva que intentam revisitar a concepção da igualdade à luz do direito à diferença e do direito ao reconhecimento de identidades. Segundo os autores, destacam-se três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio econômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios). Segundo os autores, ao lado do direito à igualdade, surge também, como direito fundamental, o direito à diferença e à diversidade, o que lhes se assegura um tratamento especial.<sup>33</sup>

Fazendo-se uma análise histórica, podemos verificar que as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do “eu *versus* o outro”, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. Desta forma, a diferença se tornava visível para conceber o “outro” como um ser inferior, esvaziado de dignidade, descartável, um ser supérfluo que poderia ser considerado *res*, coisa (como na escravidão) ou ser submetido a campos de extermínio (como no nazismo). Nessa mesma direção também se verificam as violações do sexismo, do racismo, da xenofobia, da homofobia e de outras práticas de intolerância.<sup>34</sup>

De maneira diversa, a ética dos direitos humanos vê no outro um ser merecedor de igual respeito e consideração. É um ser dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas de forma livre, autônoma e plena.<sup>35</sup> Tal ética orienta a afirmação

---

<sup>33</sup> PIOVESAN, Flávia, SILVA, Roberto B. Dias da; *Igualdade e diferença: O direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro*. In: VIEIRA, José Ribas (org.); *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?*; Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 343.

<sup>34</sup> PIOVESAN, Flávia, SILVA, Roberto B. Dias da; *Igualdade e diferença...* cit, p. 342.

<sup>35</sup> PIOVESAN, Flávia, SILVA, Roberto B. Dias da; *Igualdade e diferença...* cit, p. 342.

da dignidade e a prevenção ao sofrimento humano. Nesse sentido e adotando a concepção do direito à diferença, Boaventura de Sousa Santos acrescenta que “*temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades*”<sup>36</sup>.

### 1.1. Discriminação positiva

É essencial que se erradiquem todas as formas de discriminação, baseadas em raça, cor, descendência, orientação sexual, entre outros. Por tal razão é que as legislações nacionais e internacionais vedam a discriminação, no intuito de se garantir o pleno exercício dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

Contudo, a prática da legislação proibitiva, por si só, é medida insuficiente para a implementação do direito à igualdade. É importante que se combine a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade como processo. É vital que se os governos se utilizem de estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais.<sup>37</sup>

As ações afirmativas (denominação derivada da expressão inglesa *affirmative actions*), também conhecidas como discriminações positivas, são a tônica do momento, em todo mundo, no que se refere ao combate da discriminação e promoção da igualdade.

As ações afirmativas foram primeiramente observadas nos Estados Unidos da América, onde foram implantadas como mecanismos tendentes a solucionar a marginalização social e econômica do negro, tendo em seguida se estendido às mulheres, à outras minorias étnicas e nacionais, aos índios e aos deficientes físicos<sup>38</sup>.

Tais ações surgiram como resposta necessária a uma nação que se valeu de políticas jurídico-sociais de segregação racial, que causaram danos irreparáveis aos

---

<sup>36</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; *Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.); *Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

<sup>37</sup> PIOVESAN, Flávia, SILVA, Roberto B. Dias da; *Igualdade e diferença...* cit, p. 349.

<sup>38</sup> BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; *Ações afirmativas e inserção de pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho*, São Paulo, 2005, p. 508.

cidadãos afrodescendentes nos Estados Unidos. Pierre Rosanvallon, em seu livro “*The Society of Equals*” revela que “*Medidas segregacionistas foram postas em prática a partir de 1890, um quarto de século depois do fim da Guerra Civil. A partir de então, mudou-se completamente o cotidiano no Sul. Brancos e negros foram separados em todos os lugares: em habitações, escolas, eventos esportivos, teatros, restaurantes, transportes públicos, prisões, orfanatos, hospitais, cemitérios e funerárias. Nenhum lugar ou instituição escapou do processo. A imaginação segregacionista não conhecia limites.*”<sup>39</sup>

A expressão *affirmative action* foi utilizada pela primeira vez em 1961, pelo então presidente dos Estados Unidos, John F. Kennedy, que através da *Executive Order n. 10.952* criou a *Equal Employment Opportunity Commission – EEOC*, com o objetivo de igualar as oportunidades de emprego para aqueles que sofriam alguma limitação decorrente de discriminação.<sup>40</sup>

Em seus primórdios, as ações afirmativas nos EUA se desenhavam como um mero encorajamento por parte do Estado a que as pessoas com poder decisório nas áreas pública e privada, levassem em consideração, nas suas decisões relativas a temas socialmente relevantes como acesso à educação e ao mercado de trabalho, fatores até então tidos como formalmente irrelevantes pela grande maioria dos responsáveis políticos e empresariais, tais como a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas. O escopo dessa atuação estatal era fazer com que escolas e empresas refletissem em sua composição a representação de cada grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho<sup>41</sup>.

Muito embora os EUA sejam, inquestionavelmente os grandes expoentes internacionais no que se refere às ações afirmativas, a ideia de igualação pela desigualação também encontrou abrigo no Direito europeu, sob a designação de discriminação positiva. A Corte Constitucional Alemã chegou a admitir a discriminação positiva como forma de realização prática da igualdade jurídica. Tem-se as ações afirmativas como um conjunto de medidas estatais e privadas que adotam mecanismos de inclusão com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente

---

<sup>39</sup> *Segregationist measures were put in place starting in the 1890s, a quarter of a century after the end of the Civil War. This completely transformed daily life in the South. Whites and blacks were separated everywhere: in housing, schools, sporting events, theaters, restaurants, public transportation, prisons, orphanages, hospitals, cemeteries, and funeral homes. No place or institution escaped the process. The segregationist imagination knew no limits*, p.152.

<sup>40</sup> BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; *Ações afirmativas ... cit*, p. 508.

<sup>41</sup> BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; *Ações afirmativas ... cit*, p.509.

reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito<sup>42</sup>.

Maria Vittoria Ballestrero, em seu texto *Igualdad y acciones positivas: Problemas y argumentos de una discusión infinita*, afirma que o princípio da igualdade substantiva, tem, ao mesmo tempo, a função de reparar discriminações anteriores e de promover oportunidades iguais, e constitui-se, por tal razão, no fundamento de legitimidade das ações positivas.<sup>43</sup>

A referida autora realizou, uma análise jurisprudencial de ações referentes às ações afirmativas nos tribunais americanos e também nos tribunais europeus. Revela a autora que, desde a década de 70, houve posicionamentos díspares nos tribunais americanos, ora favorecendo e ora se recusando a beneficiar determinadas minorias em razão de sua raça ou gênero.

Em dois casos julgados pelo Tribunal Supremo norteamericano (*Grutter v. Bollinger* e *Gratz v. Bollinger*), ambos com decisões datadas de 23 de junho de 2003, houve decisões diferentes quanto à admissão de estudantes em universidades levando-se em consideração a raça e a etnia.

No primeiro caso (*Grutter v. Bollinger*) o Tribunal americano entendeu que pode-se estabelecer ações positivas baseadas na raça ou etnia quando estas tem por finalidade não só remediar discriminações passadas, mas também satisfazer a um interesse Estatal, qual seja o de realizar a diversidade na educação, promovendo-se a representação estudantil de minorias raciais e étnicas. Já no segundo caso (*Gratz v. Bollinger*), o Tribunal americano entendeu de maneira diversa, pois percebe que, o sistema de cotas eleito pela universidade viola o princípio da igualdade quando concede uma vantagem muito superior às minorias étnicas e raciais, sendo esse um fator decisivo para a admissão do candidato.

Segundo Ballestrero<sup>44</sup>, o Tribunal Supremo norteamericano vem evoluindo a sua interpretação originária da *Equal Protection Clause*, contudo, permanece fiel a uma interpretação individualista (ou formal) do princípio da igualdade. A autora

---

<sup>42</sup> BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Ações afirmativas ... cit.*, p. 510.

<sup>43</sup> ... *el principio del igualdad sustantiva tiene, al mismo tiempo, una función de reparación de discriminaciones anteriores y de promoción de iguales oportunidades, y por eso constituye el fundamento de la legitimidad de las acciones positivas.* BALLESTRERO, Maria Vittoria. *Igualdad y acciones positivas. Problemas y argumentos de una discusión infinita*. Madrid: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2007. Disponível na internet <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcgq7d3>> p. 60.

<sup>44</sup> BALLESTRERO, Maria Vittoria; *Igualdad y acciones positivas... cit.*, p. 61 e 64.

entende que a Constituição norteamericana é ao mesmo tempo *colour blind x colour conscious*. O princípio da igualdade tem duas caras, e a igualdade consciente dos fatores de diferenciação (ou de discriminação) justifica as ações positivas. A igualdade substantiva é consciente desses fatores e seu conteúdo não pode ser reduzido a mera igualdade de oportunidades, entendida como garantia da liberdade do indivíduo de competir no mercado. O sentido do princípio da igualdade, em verdade, é muito mais amplo e complexo.

Já no que diz respeito aos Tribunais europeus, a referida autora traz a lume situações em que o Tribunal Europeu se defrontou com questões de legitimidade das ações positivas. Tais questões dizem respeito a determinadas leis (três alemãs e uma sueca) que garantiam trato preferencial às mulheres, enquanto sexo infrarrepresentado no âmbito profissional e em determinados setores.

Nos casos (Kalanke, Marschall, Badeck e Abrahamsson), todos descritos pela autora e julgados pelo Tribunal Europeu, avaliou-se a legitimidades de leis que versavam sobre a inserção de mulheres no mercado de trabalho e sobre a percepção da ação afirmativa como um efetivador da igualdade material.

Hodiernamente, a orientação interpretativa do Tribunal Europeu está conformada pelas fontes de Direito Comunitário. As Directivas 2000/43 e 2000/78 revelam o direito comunitário antidiscriminatório de segunda geração, que tem em conta diversos fatores de discriminação: tanto fatores estritamente individuais como fatores individuais e coletivos ao mesmo tempo. Leva-se em consideração fatores relevantes em sua dimensão coletiva, como o sexo, a raça, o idioma e a religião.

No que se refere ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece que o princípio de paridade não impede a promulgação de disposições que estabeleçam vantagens especificassem favor do sexo infrarrepresentado. Uma formulação análoga encontra-se prescrita no art. 141.4 do Tratado da Comunidade Europeia.

No Brasil, como bem observa Joaquim Benedito Barbosa Gomes, a desinformação fez com que o debate sobre as ações afirmativas tenha se iniciado ali de forma equivocada. Confunde-se ações afirmativas com o sistema de cotas. Em realidade, as cotas constituem apenas um dos modos de implementação de políticas de ação afirmativa<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; *Ações afirmativas ... cit*, p. 513.

E mesmo em relação às cotas, em que pese a imensidão das críticas sobre a forma de implementação das mesmas, há que se observar que os planos e programas de entidades públicas e privadas primam sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias, não se configurando a discriminação da maioria, pois a estes está garantida a maior parcela de vagas em escolas, empregos, locais de lazer, entre outros. Concordamos com as críticas em relação, por exemplo, da implementação de cotas para o ingresso nas universidades públicas brasileiras, de que o ideal seria que o ensino público fundamental e médio fossem de qualidade a ponto de igualar as oportunidades entre classes mais e menos abastadas. Contudo, não é essa a realidade que vivemos no Brasil. Enquanto há escolas públicas de qualidade que se destacam com alunos vencendo maratonas de física e matemática, há escolas públicas em que há falta de professores, insuficiência da merenda escolar e diversos outros fatores que prejudicam o ensino de crianças e adolescentes brasileiros. Em face dessa realidade atual, entendemos serem necessárias a adoção das ações afirmativas para minorar as desigualdades dos menos favorecidos, através da inserção dos mesmos, por meio de cotas, nas universidades brasileiras.

Segundo Carmem Lúcia Rocha<sup>46</sup>, a ação afirmativa, é uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias. Para esta autora, através da “desigualação positiva” será promovida a igualdade jurídica efetiva: trata-se de uma fórmula jurídica para se assegurar uma efetiva igualação social, política, econômica, no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente, no sistema constitucional democrático.

Analisando-se a Constituição Brasileira de 1988, verifica-se em seu art. 3º que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, sexo, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover - são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da

---

<sup>46</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes; *Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*; Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. A. 33. N. 131. (Julho – Setembro) Brasília, 1996. Disponível em: <http://livraria.senado.leg.br/revista-de-informacao-legislativa>, p. 284.

Constituições brasileiras são definidas em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo Constituinte quando da elaboração do texto constitucional<sup>47</sup>.

A expressão normativa constitucional brasileira determina uma mudança do que se tem em termos de condições sociais, políticas, econômicas e regionais, exatamente para se alcançar a realização do valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído<sup>48</sup>. Ulysses Guimarães, no introito dos primeiros exemplares da Constituição de 1988, promulgada pela Assembleia Constituinte por ele presidido, salientava que: “*o homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto, sem cidadania*”. Entende-se que cidadania não combina com desigualdade; que República não combina com preconceito; e que democracia não combina com discriminação<sup>49</sup>.

A partir do que foi exposto, no contexto atual, compreendemos que as ações afirmativas podem, sim, constituir-se em ação transformadora e igualadora das minorias, constituindo-se um instrumento possibilitador da superação do problema do não-cidadão, daquele que não participa política e democraticamente, como lhe é, na letra da lei fundamental, assegurado.

Há que ser concretizado o ideal de igualdade material, mas não só o correspondente ao ideal de justiça social e distributiva; como também o ideal de igualdade material correspondente ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades. Como nos ensina Piovesan e Silva: “*No marco do multiculturalismo, há que se assegurar o direito à unicidade e a diversidade existencial*”, não podendo haver discriminação, hostilidade e intolerância, para que se componha uma sociedade revitalizada e enriquecida pelo respeito à pluralidade e diversidade, em que se respeite o direito à diferença, e onde se busque uma construção igualitária e emancipatória de direitos<sup>50</sup>”.

---

<sup>47</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes; *Ações afirmativas... cit*, p. 289.

<sup>48</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes; *Ações afirmativas... cit*, p. 289.

<sup>49</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes; *Ações afirmativas... cit*, p. 295.

<sup>50</sup> PIOVESAN, Flávia, SILVA, Roberto B. Dias da; *Igualdade e diferença... cit*, p. 367.

## 1.2. Discriminação negativa – Modalidades

Em geral, a prática da discriminação em sua concepção negativa compreende as condutas proibitivas das legislações nacionais e internacionais que vedam a adoção de medidas discriminatórias, por quaisquer formas, seja gênero, nacionalidade, raça, entre outros, que gerem limitações desarrazoadas de direitos aos indivíduos que se encontram em situação de diferença aos demais membros de determinada comunidade.

O Título VII do *Civil Rights Act*, de 1964, nos Estados Unidos, legislou, sobretudo, sobre a discriminação no emprego, criando a base para a lei atual de igualdade de oportunidades no emprego. Criou-se a doutrina proibitiva de práticas discriminatórias tais como o *disparate treatment*, e o *disparate impact*, assim como autorizadora de práticas diferenciadoras em função da boa fé do empregador (*bona fide occupational qualification*) e as ações afirmativas (*affirmative actions*). Importante a análise destes dispositivos, posto que influenciou a doutrina moderna<sup>51</sup>.

Doutrina e jurisprudência apontam modalidades da prática discriminatória, quais sejam: discriminação direta (ou intencional); discriminação indireta (ou não intencional); e discriminação associativa ou por associação. O Direito Europeu reconheceu e distinguiu as modalidades de discriminação (Diretivas nº 2000/43/CE e 2000/78/CE). Os Estados Unidos influenciaram a doutrina nesse sentido.<sup>52</sup> Serão analisados os dispositivos jurídicos das referidas Diretivas, à luz da doutrina dos Estados Unidos que influenciou os demais ordenamentos jurídicos vigentes.

### 1.2.1. Discriminação Direta (ou Intencional)

A Diretiva nº 2000/43/CE aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas sem distinção de origem racial ou étnica. O art 2º, nº 1 dita que se entende por princípio da igualdade de tratamento a ausência de qualquer discriminação direta ou indireta em razão da origem racial ou étnica. Já o nº 2, a), dita que se considera existir discriminação direta sempre que em razão da origem racial ou étnica uma pessoa seja

---

<sup>51</sup> DRAY, Guilherme Machado; *A influência dos Estados Unidos da América na afirmação do princípio da igualdade de emprego nos Países da Lusofonia: a propósito dos 50 anos do Civil Rights Act of 1964*; Coimbra: Almedina, 2016, p. 40-41.

<sup>52</sup> PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação nas relações de trabalho*, São Paulo: LTr, 2014, p. 187.

objeto de tratamento menos favorável que aquele que é tenha sido ou possa vir a ser dado à outra pessoa em situação comparável.

Roger Raupp Rios entende que ocorre discriminação direta quando qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, quer seja fundado em origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação proibidas, têm o propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública. Os indivíduos são diretamente afetados por discriminação, não competindo em pé de igualdade com as outras pessoas<sup>53</sup>.

A Diretiva nº 2000/78/CE estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional. Para esta Diretiva [arts. 1º; 2º, nº 2, a)], considera-se que existe discriminação direta sempre que, por motivo discriminatório em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à atividade profissional, uma pessoa seja objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável.

Segundo PERES, a discriminação direta se caracteriza pelo traço de intencionalidade da conduta, atuando por meio de uma diferenciação que se abate sobre a vítima, com o propósito de prejudicá-la. Este tipo de discriminação foi a primeira modalidade discriminatória aceita pela sociedade. Nos Estados Unidos, com o desenvolvimento da teoria denominada *disparate treatment*, subdivide-se nas modalidades: *facial discrimination*, ou discriminação explícita; *discriminatory application*, ou discriminação na aplicação da legislação ou da medida; e *discriminatory by design*, ou discriminação na elaboração da lei ou da medida.<sup>54</sup>

#### **a) Discriminação Explícita**

Na doutrina norte-americana, a discriminação explícita é a hipótese mais clara de discriminação direta, pois a conduta discriminatória se estampa diretamente nos atos praticados pelo agente, que exclui o discriminado, de maneira injustificada, de um certo regime favorável. Como exemplo de discriminação explícita nas relações de

---

<sup>53</sup> RIOS, Roger Raupp; *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 89.

<sup>54</sup> PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação... cit*, p. 188.

trabalho temos o anúncio de emprego com oferta de vaga exclusiva para os indivíduos do sexo masculino.<sup>55</sup>

Na discriminação explícita (*facial discrimination*) manifesta-se de forma mais clara a hipótese de discriminação direta contra indivíduo ou grupo específico. A discriminação pode estar diretamente estampada no texto instituidor da medida (por exemplo, homens não podem ascender ao generalato nas forças armadas – discriminação em razão do sexo); ou pode decorrer de um resultado imediatamente inferido do texto da medida, ainda que não haja a literalidade do critério diferenciador proibido (hipoteticamente, a proibição da aquisição de imóveis em determinada área aos descendentes de escravos – discriminação em virtude da raça). Portanto, ocorre a discriminação direta, praticada de modo explícito, toda vez que a legislação ou a atividade administrativa explicitamente excluem de um determinado regime favorável, indivíduo ou grupo de pessoas, fundado num critério constitucionalmente proibido de discriminação<sup>56</sup>.

#### **b) Discriminação da aplicação da legislação ou medida**

Quanto à discriminação da aplicação da legislação ou medida, esta ocorre quando o agente discriminatório é o executor da lei ou medida (agentes administrativos ou judiciais), e este age com o propósito de diferenciar. Como exemplo destacamos determinada lei de trânsito, concebida de modo neutro e sem o intuito discriminatório, mas que no ato de sua aplicação pode ser usada com o intuito de prejudicar motoristas negros, quando a autoridade responsável pela aplicação da lei aplica de forma deliberada e exclusiva ao condutor negro.<sup>57</sup>

Roger Raupp Rios traz como exemplo de discriminação quanto à aplicação de legislação ou medida um caso clássico no direito constitucional americano, qual seja o caso *Yick Wo v. Hopkins*. Cuidava-se de uma regulação neutra e genérica da cidade de San Francisco (Califórnia), proibindo o funcionamento de lavanderias senão em estabelecimentos de alvenaria, a não ser com o consentimento da atividade administrativa. Todavia, a prática administrativa municipal deferia sistematicamente permissão para funcionamento em estabelecimentos de madeira a todos menos para os membros da comunidade chinesa, que até então detinha a maior parte de serviços de

---

<sup>55</sup> PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação... cit.*, p. 188.

<sup>56</sup> RIOS, Roger Raupp; *Direito da antidiscriminação... cit.* p. 91-92.

<sup>57</sup> PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação... cit.*, p. 188-189.

lavanderia. A recusa a Yick Wo desta permissão desencadeou o litígio, resolvido pela Suprema Corte como hipótese de discriminação na aplicação da lei<sup>58</sup>.

### c) Discriminação na elaboração da lei ou medida

Ocorre a discriminação quanta à criação da lei ou medida quando o legislador ou o criador da medida adota medidas aparentemente neutras, mas que na verdade procuraram, de maneira intencional, prejudicar um determinado grupo de pessoas. Em regra, não se consegue inferir da lei ou da medida a discriminação injusta; contudo, tal lei ou medida, apesar de aparentemente neutra, pode visar a excluir determinado grupo de indivíduos. Vejamos como exemplo o anúncio de emprego que veicula como requisito a “boa aparência” – apesar de tal medida ser aparentemente neutra, pode visar excluir do processo de seleção determinados grupos de pessoas, como aquelas que tem manchas ou cicatrizes na pele.<sup>59</sup>

Roger Raupp Rios traz como exemplo de discriminação na concepção da lei ou da medida (*discrimination by design*) o caso Griffin v. County School, que foi analisado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Tratava-se de legislação do condado de Prince Edward (Virginia) que, após ordem judicial federal de desegregação do sistema escolar, determinou o fechamento de todo o sistema público de educação e instituiu benefícios fiscais e sociais para os cidadãos matricularem seus filhos nas escolas privadas da região, que, quase na sua totalidade, incorriam em práticas segregacionistas raciais. Analisando a motivação do ato legislativo estadual que autorizara o aludido condado a fechar as escolas públicas, o tribunal vislumbrou discriminação direta, consubstanciada na manutenção da segregação escolar.

No caso mencionado, o voto condutor, proferido pelo Justice Black, entendeu que, um Estado pode ter ampla discricção ao decidir se as leis deverão atingir todo seu território ou somente certos condados, tendo a legislatura em mente as necessidades e desejos de cada um; e que um Estado pode desejar, para sugerir como Maryland fez no caso Salsburg, que há razões para que um condado não seja tratado como outro. Mas ou autos do mencionado caso não poderiam ser mais claros no sentido de que as escolas públicas de Prince Edward foram fechadas e as escolas privadas operadas em seu lugar com assistência pública por uma razão, e somente uma: para assegurar, através de medidas tomadas pelo condado e pelo Estado, que crianças brancas e negras em Prince

---

<sup>58</sup> RIOS, Roger Raupp; *Direito da antidiscriminação... cit.* p. 92-93.

<sup>59</sup> PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação... cit.* p. 189.

Edward não iriam, sob qualquer circunstância, à mesma escola. A Suprema Corte entendeu que quaisquer que fossem os fundamentos não-raciais que pudessem suportar uma permissão estadual para o condado abandonar as escolas públicas, seu objeto deveria ser constitucional, e fundamentos raciais e oposição à desegregação não se qualificam como constitucionais<sup>60</sup>.

De qualquer forma, não haverá a configuração da discriminação direta se, na medida ou na lei aplicadas, houver uma justificativa maior que autorize tais práticas. Quanto ao direito norte-americano, tal causa justificadora da medida, na seara trabalhista é denominada de *bona fide occupational qualification* (BFOQ's), prevista no título VII do *Civil Rights Act*. Tal disposição dita que não serão ilícitas a contratação e a manutenção de empregados, de acordo com a sua religião, sexo ou origem nacional, quando se tratar de uma qualificação fidedigna, razoável e necessária para a normal operação de um negócio ou empresa específicos. Mesmo quando não haja legislação que preveja razão justificadora de determinada medida ou lei, há que ser considerado o critério da ponderação. Em cada caso em que houver a discussão determinada prática de discriminação, para que se possa excluir a conduta discriminatória, há que se verificar a existência de necessidade, adequação e proporcionalidade do ato.<sup>61</sup> Como exemplo podemos citar o anúncio de emprego que veicula como exigência que o profissional seja da religião católica para trabalhar como professor ministrando aulas de religião em determinada escola católica; ora, utilizando-se o critério da ponderação, verificamos que a exigência de tal especificidade do trabalhador se justifica.

### 1.2.2. Discriminação Indireta (ou não Intencional)

Além do termo discriminação indireta, também verificamos a existência dos termos discriminação por impacto ou efeito adverso e discriminação reflexiva. Nos Estados Unidos assumiu-se a nomenclatura de *disparate impact*. No Direito Comunitário Europeu também se adotou a referida expressão, por conta, especialmente, das decisões proferidas no Reino Unido<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> RIOS, Roger Raupp; *Direito da antidiscriminação... cit.* p. 97.

<sup>61</sup> PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação... cit.* p. 189.

<sup>62</sup> PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação... cit.* p. 190.

Lembra-nos Roger Raupp Rios que a discriminação é um fenômeno objetivo e difuso e que, seu enfrentamento exige, além da censura às suas manifestações intencionais (explícitas ou encobertas), o cuidado diante de sua reprodução involuntária. Mesmo onde e quando não há a intenção de discriminar, nascem, crescem e se reproduzem distinções ilegítimas, insuflando força e vigor em estruturas sociais perpetuadoras de realidades discriminatórias. Diante dessa realidade, a formulação do conceito de discriminação indireta ganha especial relevo e importância. De fato, muitas vezes a discriminação é fruto de medidas, decisões e práticas aparentemente neutras, desprovidas de maior justificação, cujos resultados, no entanto, têm impacto diferenciado perante diversos indivíduos e grupos, gerando e fomentando preconceitos e estereótipos inadmissíveis do ponto de vista constitucional<sup>63</sup>.

A Suprema Corte dos Estados Unidos faz a diferenciação entre os termos *disparate treatment* e o *disparate impact* e revela que o que os distingue é a intencionalidade. Para este tribunal não será preciso comprovar, no caso do *disparate impact*, qualquer motivação discriminatória para censurar judicialmente uma medida que, apesar de se demonstrar aparentemente neutra, cause impacto diferenciado sobre indivíduos ou grupos específicos. Tal impacto diferenciado, por si só, configura violação injustificada do critério constitucionalmente proibido de diferenciação<sup>64</sup>.

A Diretiva nº 2000/43/CE, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas sem distinção de origem racial ou étnica, dita em seu art 2º, nº 2 que se considera existir discriminação indirecta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque pessoas de uma dada origem racial ou étnica numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas.

A Diretiva nº 2000/78/CE estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional. Para esta Diretiva (art. 2º, nº 2), considera-se que existe discriminação indirecta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções, com uma determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual, comparativamente com outras pessoas.

Ambas diretivas trazem como exceções à regra as hipóteses em que a disposição, critério ou prática seja objetivamente justificada por um objetivo legítimo e

---

<sup>63</sup> RIOS, Roger Raupp; *Direito da antidiscriminação... cit.* p. 97.

<sup>64</sup> PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação... cit.* p. 190.

que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários. Ainda, a Diretiva nº 2000/78/CE não considera discriminação negativa, relativamente às pessoas com uma determinada deficiência, quando a entidade patronal, ou qualquer pessoa ou organização a que se aplique a presente directiva, seja obrigada, por força da legislação nacional, a tomar medidas adequadas, de acordo com os princípios previstos no artigo 5.o, a fim de eliminar as desvantagens decorrentes dessa disposição, critério ou prática.

Roger Raupp Rios menciona um exemplo que explica a ocorrência da discriminação indireta - trata-se da explicação do caso Griggs, onde se discutiu a legitimidade de exigência de requisito escolar ou alternativamente obtenção de certa pontuação em teste de inteligência para a contratação ou para a promoção para certos cargos dentro da estrutura da empresa. No referido caso os autores sustentaram que a exigência de tais requerimentos ainda que neutros em face do critério racial resultava em discriminação proibida uma vez que uma porcentagem muito mais elevada de negros era reprovada; já a defesa, por sua vez, invocou a neutralidade racial dos requerimentos bem como a liberdade do empregador em aplicar tais testes. Interpretando o Título VII do *Civil Rights Act* o tribunal concluiu pela ilegitimidade dos testes dado seu caráter discriminatório quanto aos resultados obtidos, isto é, em face do impacto racial diferenciado. A constatação de tal impacto expressou-se nos números considerados pela Suprema Corte - enquanto 34% dos brancos possuíam diploma secundário, apenas 12% dos negros alcançaram a exigência; 58% dos brancos eram bem-sucedidos nos testes de inteligência contra 6% dos negros. A decisão tomada por unanimidade considerou que práticas, procedimentos ou testes facilmente neutros e mesmo neutros em termos de intencionalidade não podem ser mantidos se eles operam para congelar o *status quo* anterior de práticas empregatícias discriminatórias<sup>65</sup>.

A decisão, considerada como um todo, teve importância histórica para a compreensão do princípio da igualdade no direito norte-americano. Como referido, a partir de uma interpretação ampla do conceito de discriminação, alcançando não só a intenção subjacente às medidas vocacionadas a discriminar, mas os resultados de quaisquer medidas, a Suprema Corte americana abriu caminho para o desenvolvimento do conceito de discriminação indireta em diversos ordenamentos jurídicos, sejam nacionais ou supranacionais<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> RIOS, Roger Raupp; *Direito da antidiscriminação... cit.* p. 121.

<sup>66</sup> RIOS, Roger Raupp; *Direito da antidiscriminação... cit.* p. 122.

### 1.2.3. Discriminação Associativa ou por Associação

Nova modalidade de prática discriminatória tem sido considerada pelo Direito Comunitário Europeu. Denomina-se discriminação associativa ou por associação. Nessa modalidade, o fato que leva à discriminação não está ligado à pessoa que sofre a discriminação, mas a uma terceira pessoa. Ocorre quando um indivíduo sofre tratamento diferenciado, excludente, distinto ou restrito por conta de se encontrar associado com um fato ou estado relacionado à outra pessoa<sup>67</sup>.

No Reino Unido, o denominado caso *Coleman* (Processo C-303/06) foi o que originou o reconhecimento desta modalidade de discriminação. Tal caso teve como fundamentação de pedido a Diretiva nº 2000/78 da Comunidade Europeia e a *Disability Discrimination Act*, de 1995, ocasião em que o Tribunal de Trabalho encaminhou o conflito para apreciação do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia.

Em síntese, trata-se de caso em que uma trabalhadora que tinha um filho portador de deficiência postulou judicialmente o reconhecimento de prática discriminatória por parte do empregador por ter lhe sido negada a flexibilidade nas condições de trabalho, necessárias para que a empregada pudesse acompanhar seu filho ao tratamento médico. A empregada também alegou ter sido criticada pelo empregador por utilizar seu tempo em benefício do filho e ser acusada de utilizar a doença do filho para auferir vantagem e que tais acusações levaram a um ambiente de trabalho hostil, que culminou em sua dispensa. Requereu tratamento diferenciado por se encontrar em situação desigual aos demais trabalhadores que não possuíam filhos portadores de deficiência.

Em 17 de julho de 2008, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia reconheceu na conduta do empregador a discriminação e a perseguição no emprego com base na deficiência. Este Tribunal entendeu que a interpretação da Diretiva nº 2000/78/CE que limita a sua aplicação apenas às pessoas portadoras de deficiência, diminui a eficácia da mesma e reduz a proteção que ela se destina a atingir. Assim, entende este Tribunal que a discriminação direta e o assédio são proibidos não só quando direcionados ao próprio empregado, mas também se estiverem relacionados a fato ou pessoa externa ao contrato, mas que se relaciona ao empregado, caracterizando assim a discriminação por associação<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação... cit*, p. 191.

<sup>68</sup> PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação... cit*, p. 192.

PERES vêm ilustrar algumas hipóteses de casos de discriminação por associação, quais sejam: Imagina-se que marido e mulher são empregados de uma mesma empresa e a mulher engravida. Se o empregador efetua a dispensa sem justa causa do marido objetivando discriminar a trabalhadora grávida em razão da impossibilidade legal de dispensa-la, este pode incorrer em condenação judicial por discriminação do empregado (marido) por associação à empregadora grávida (esposa). Outro caso seria a do empregado que descobre que a sua esposa está com cancro. Tal caso demandará ao empregado maiores cuidados, como o auxílio à esposa em consultas e sessões de quimioterapia. Em tal caso, se a empregadora dispensa o empregado sem justa causa, poderá ser condenada judicialmente por discriminação por associação, ou seja, discriminação em razão da doença da esposa, não empregada. Neste caso o empregador deveria conceder tratamento diferenciado ao empregado, como por exemplo a implantação de jornada flexível, por estar o empregado em situação desigual em relação aos demais trabalhadores, que não tem uma esposa doente<sup>69</sup>.

Diante das primeiras análises sobre o princípio da igualdade e o dever da não discriminação em geral; da discriminação positiva e sua necessidade para a efetivação da igualdade em determinados casos; da discriminação negativa e de suas modalidades, quais sejam: discriminação direta (ou intencional), discriminação indireta ou (não intencional) e discriminação associativa (ou por associação); segue-se adiante o estudo para estudar-se a legislação existente em Portugal e no mundo sobre o princípio da igualdade e sobre o dever da não discriminação e para compreender-se a tutela constitucional, as normas internacionais e a legislação ordinária que rege o tema.

---

<sup>69</sup> PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação... cit*, p. 199-200.

## 2. Legislação Protetora sobre Princípio da Igualdade e Dever de Não Discriminação

### 2.1. Tutela Constitucional

A Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 13, n° 1° trata do princípio da igualdade e dita que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. A Constituição vai mais além ao afirmar no n° 2° que ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

Verifica-se que a Constituição portuguesa, já no seu texto originário consagrou as dimensões fundamentais do princípio da igualdade e que, ao longo das várias revisões foram se introduzindo dimensões densificadoras do referido princípio, tudo em conformidade com documentos e convenções internacionais e com regulamentos e directivas da União Europeia. Como exemplo tem-se a promoção da igualdade entre homens e mulheres (introduzida pela LC n° 1/97, art. 9°/h) e a proibição de discriminação em virtude da orientação sexual (aditada pela LC n° 1/2004 ao art. 13° - 2)<sup>70</sup>.

Gomes Canotilho e Vital Moreira, em anotação aos artigos supramencionados, entendem que as medidas de diferenciação deverão ser materialmente fundadas sob o ponto de vista da segurança jurídica, da proporcionalidade, da justiça e da solidariedade e não se baseiam em qualquer motivo constitucionalmente impróprio<sup>71</sup>.

Ainda, a Constituição da República Portuguesa, quando trata especificamente do direito ao trabalho, em seu artigo 58° dita que todos tem direito ao trabalho e que cabe ao Estado assegurar este direito e promover, dentre outros, a igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais (art, 58°, n° 1 e n° 2 b).

Já o artigo 59° da Constituição, ao tratar dos direitos dos trabalhadores, dita que tais direitos são aplicáveis a todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo,

---

<sup>70</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital; *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 49.

<sup>71</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital; *Constituição da República... cit.*, p.128.

raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas e ideológicas (art. 59º, nº 1). Ainda, esta Constituição, ao assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito, assegura a especial proteção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto, bem como do trabalho dos menores, dos diminuídos e dos que desempenhem atividades particularmente violentas ou em condições insalubres, tóxicas ou perigosas (art. 59º, nº 2, c); a proteção das condições de trabalho e a garantia dos benefícios sociais dos trabalhadores emigrantes (art. 59º, nº 2, e); e a proteção das condições de trabalho dos trabalhadores estudantes (art. 59º, nº 2, f). Trata-se de uma discriminação positiva, que leva em consideração as especiais condições destes trabalhadores, e que, ao proteger tais especiais condições, promove a igualdade material tratando desigualmente aqueles que se encontram em situações que merecem especial proteção social.

A título ilustrativo, verifica-se a Constituição Federal do Brasil, de 05 de Outubro de 1988, e observa-se que, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estão o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV da CF/88). No título que trata dos direitos e garantias fundamentais, e mais precisamente no capítulo que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, o art. 5º da CF dita que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Trata-se da aplicação do princípio da igualdade formal.

Ainda na Constituição brasileira, no capítulo que trata dos direitos sociais, no artigo 7º que trata dos direitos dos trabalhadores, identifica-se no inciso XX norma referente a proteção do trabalho da mulher; no inciso XXX a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; no inciso XXXI a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; no inciso XXXII a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; no inciso XXXIII a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; e no inciso XXXIV a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador

avulso. Tais incisos cuidam da concretização da igualdade material, que implica em tratar de maneira desigual os trabalhadores de forma a atender as suas especificidades.

## 2.2. Direito Internacional e Organização Internacional do Trabalho

Em termos internacionais, o princípio da igualdade e não discriminação foi acolhido em diversos textos jurídicos de suma importância, quais sejam: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979; diversas convenções da OIT; o Tratado da União Europeia; a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>72</sup>.

A Declaração Universal de Direitos do Homem, datada de 10 de Dezembro de 1948, informa em seu artigo 1º que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos e que, sendo seres dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade<sup>73</sup>.

Há que se observar também os artigos 2º e 7º da Declaração Universal de Direitos do Homem, assim vejamos: O artigo 2º dita que todos seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento, ou qualquer outra situação<sup>74</sup>. Já o artigo 7º dita que todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei, que todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação<sup>75</sup>.

Segundo Flávia Piovesan e Roberto B. Dias da Silva, o primeiro artigo da Declaração Universal de Direitos do Homem afirma o direito à igualdade, o segundo artigo adiciona a cláusula da proibição da discriminação de qualquer espécie como

---

<sup>72</sup> DRAY, Guilherme Machado; *A influência dos Estados Unidos da América na afirmação do princípio da igualdade de emprego nos Países da Lusofonia: a propósito dos 50 anos do Civil Rights Act of 1964*; Coimbra: Almedina, 2016, p. 5.

<sup>73</sup> ACNUDH – Alto Comissariado das Nações Unidas; *A carta internacional dos direitos humanos - Ficha informativa sobre direitos humanos*, nº 2, Lisboa, 2007, p. 3 e 26.

<sup>74</sup> ACNUDH – Alto Comissariado das Nações Unidas; *A carta internacional... cit*, p. 26.

<sup>75</sup> ACNUDH – Alto Comissariado das Nações Unidas; *A carta internacional... cit*, p. 27.

corolário do princípio da igualdade. O artigo 7º estabelece a concepção de igualdade formal. O binômio da igualdade e da não discriminação, assegurado pela Declaração, sob a inspiração da concepção formal de igualdade, impactará a feição de todo sistema normativo global de proteção dos direitos humanos<sup>76</sup>.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, em seu artigo 2º (1), consagra a cláusula da proibição da discriminação quando dita que os Estados-partes no Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação<sup>77</sup>. Ainda, o artigo 27º do referido Pacto protege as minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, preservando a liberdade de essas minorias terem sua própria vida cultural, professarem suas religiões e empregarem sua própria língua<sup>78</sup>.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, também consagra a cláusula da proibição da discriminação, quando estabelece em seu art. 2º, que os Estados-partes se comprometem a garantir que os direitos nele previstos serão exercidos sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação<sup>79</sup>.

Flávia Piovesan e Roberto B. Dias da Silva explicam que a Declaração Universal de Direitos do Homem e os Pactos invocam a primeira fase de proteção dos direitos humanos, caracterizada pela tônica da proteção geral, genérica e abstrata, sob o lema da igualdade formal e da proibição da discriminação. A segunda fase de proteção, reflexo do processo de especificação do sujeito de direito, será marcada pela proteção específica e especial, a partir de tratados que objetivam eliminar todas as formas de discriminação que afetam de forma desproporcional determinados grupos, como as minorias étnico-raciais, as mulheres, dentre outros. Neste contexto é que se inserem a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, e

---

<sup>76</sup> PIOVESAN, Flávia, SILVA, Roberto B. Dias da; *Igualdade e diferença...* cit, p. 346.

<sup>77</sup> Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Procuradoria Geral da República; *Direitos humanos – Compilação de instrumentos internacionais*; Vol. I; Lisboa, 2008, p. 81.

<sup>78</sup> Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Procuradoria Geral da República; *Direitos humanos – Compilação...* cit, p. 89.

<sup>79</sup> Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Procuradoria Geral da República; *Direitos humanos – Compilação...* cit, p. 70.

a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979<sup>80</sup>.

Ainda, segundo os autores supracitados, há que se destacar a atuação construtiva dos Comitês de Direitos Humanos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em transcender o limite das cláusulas da igualdade formal e da não-discriminação. A jurisprudência destes Comitês, por meio da adoção de recomendações gerais, tem permitido delinear a concepção material de igualdade, com a distinção da igualdade de direito e de fato (*de jure and de facto equality*). A partir desta distinção questiona-se a respeito do papel do Estado, que por vezes deve transitar de sua posição de neutralidade para um protagonismo (por exemplo, mediante a adoção de ações afirmativas), a fim de aliviar ou remediar o impacto não igualitário da legislação e de políticas públicas no exercício de direitos<sup>81</sup>.

Quanto ao Direito Social da União Europeia, há que se observar algumas directivas que tratam do princípio da igualdade em relação ao trabalho. A Directiva nº 76/207/CEE, de 14 de Outubro de 1976, modificada e refundida pela Directiva nº 2002/73, de 23 de Setembro de 2002 e, posteriormente substituída pela Directiva nº 2006/54/CE, de 05 de Julho de 2006, trata da aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no emprego e na atividade profissional (art. 1º da Dir. nº 2006/54/CE). Contém disposições de aplicação do princípio da igualdade de tratamento em matéria de acesso ao emprego, promoção e formação profissional; condições de trabalho, incluindo remuneração; e regimes profissionais de segurança social (art. 1º, *a*, *b* e *c* da Dir. nº 2006/54/CE).

A Directiva nº 2000/43/CE, de 29 de junho de 2000, aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica. Na consideração nº 12 da referida Directiva, entende-se que para assegurar o desenvolvimento de sociedades democráticas e tolerantes, que permitam a participação de todas as pessoas, independente de origem racial ou etnia, devem ir além do acesso ao emprego e ao trabalho independente, alcançando outros domínios, tais como a educação, a proteção social, os benefícios sociais, e o acesso e fornecimento de bens e serviços. Entende-se que a discriminação baseada na raça ou etnia prejudica o desenvolvimento social e a qualidade de vida dos Estados que compreendem a União Europeia,

---

<sup>80</sup> PIOVESAN, Flávia, SILVA, Roberto B. Dias da; *Igualdade e diferença...* cit, p. 348.

<sup>81</sup> PIOVESAN, Flávia, SILVA, Roberto B. Dias da; *Igualdade e diferença...* cit, p. 348.

prejudicando os ideais do desenvolvimento de um espaço de liberdade, segurança e justiça (consideração nº 9 da Dir. nº 2000/43/CE).

Já a Directiva nº 2000/78/CE, de 27 de Novembro de 2000, estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional. Segundo a supramencionada Directiva, em suas considerações iniciais (nº 11 e 12), a discriminação baseada na religião ou nas convicções, numa deficiência, na idade ou na orientação sexual pode comprometer a realização dos objectivos do Tratado Comunidades Europeias, nomeadamente a promoção de um elevado nível de emprego e de protecção social, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social, a solidariedade e a livre circulação das pessoas. Portanto, devem ser proibidas em toda a Comunidade Europeia quaisquer formas de discriminação directa ou indirecta baseadas na religião ou nas convicções, numa deficiência, na idade ou na orientação sexual.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que reforça e amplia as disposições sobre não discriminação da Directiva 2000/78/CE sobre igualdade no trabalho, constitui o primeiro instrumento internacional em matéria de direitos humanos que proíbe totalmente a discriminação com base na orientação sexual. Entrou em vigor com a ratificação do Tratado de Lisboa, em 2009<sup>82</sup>. O artigo 21 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que trata da não discriminação, dita no nº 1 que é proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.

O artigo 13 do Tratado que Institui a Comunidade Europeia habilita a União Europeia a adotar legislação contra a discriminação em razão da orientação sexual. Nos dias hodiernos, tal legislação elaborada pela União Europeia, objetivando combater a discriminação em razão da orientação sexual, somente abrangem as situações do âmbito laboral. A Directiva nº 2000/78/CE, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, proíbe a discriminação no acesso e nas condições do emprego e do trabalho independente, bem como na formação profissional, na orientação profissional e na filiação em organizações

---

<sup>82</sup> OIT – Organização Internacional do Trabalho; *Igualdade no trabalho: um desafio contínuo*, Conferência Internacional do Trabalho, 100ª Sessão, Genebra, 2011, p. xiv.

de trabalhadores ou organizações patronais, e abrange quer o sector público quer o privado.<sup>83</sup>

Dezoito Estados-Membros decidiram ir além do que é exigido pela legislação comunitária e resolveram alargar o âmbito da protecção para além dos locais de trabalho, garantindo à população LGBTI (lésbicas, gays, bissexuais, pessoas transgénero e intersexuais) protecção num conjunto mais vasto de domínios de acção social, designadamente ao nível da educação, da protecção social, da segurança social e dos cuidados de saúde, bem como do acesso a bens e serviços, incluindo a habitação. Os membros das minorias raciais e étnicas gozam já desta protecção mais alargada ao abrigo da Directiva 2000/43/CE, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica<sup>84</sup>.

Em oito Estados-Membros (Bélgica, Bulgária, Alemanha, Espanha, Áustria, Roménia, Eslovénia e Eslováquia), a legislação antidiscriminação em virtude da orientação sexual abrange tanto o emprego como todos os restantes domínios referidos na Directiva que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica. Em dez Estados-Membros (República Checa, Irlanda, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Hungria, Países Baixos, Finlândia, Suécia e Reino Unido), o âmbito da legislação antidiscriminação foi parcialmente alargado, de forma a abranger outras áreas para além do emprego. Em nove Estados-Membros (Dinamarca, Estónia, Grécia, França, Itália, Chipre, Malta, Polónia e Portugal) a legislação antidiscriminação abrange apenas as áreas referidas na Directiva que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional. Na Estónia, em França, na Grécia e na Polónia está actualmente em discussão o alargamento do âmbito dessa legislação<sup>85</sup>.

Nos termos da legislação comunitária, os Estados-Membros são obrigados a criar organismos especializados no domínio da igualdade apenas no que se refere à discriminação racial ou sexual. A Directiva 2000/43/CE não exige a criação de organismos deste tipo dedicados a outras formas de discriminação, nomeadamente a discriminação devido à orientação sexual. Não obstante, muitos Estados-Membros foram

---

<sup>83</sup> FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia; *A legislação comunitária e a protecção contra a discriminação em razão da orientação sexual*; Luxemburgo, 2009. Disponível na internet ([http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1227-Factsheet-homophobia-protection-law\\_PT.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1227-Factsheet-homophobia-protection-law_PT.pdf)); p.1

<sup>84</sup> FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia; *A legislação...* cit, p. 1.

<sup>85</sup> FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia; *A legislação...* cit, p. 1.

além do que a legislação comunitária exige, a fim de aumentar a protecção da população LGBTI. Dezoito Estados-Membros (Bélgica, Bulgária, Alemanha, Grécia, França, Irlanda, Chipre, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Hungria, Países Baixos, Áustria, Roménia, Eslovénia, Eslováquia, Suécia e Reino Unido) criaram organismos únicos especializados no domínio da igualdade com competência para o tratamento de todos os motivos de discriminação. Na Suécia havia uma Provedoria de Justiça (HomO) exclusivamente dedicada a questões relacionadas com a discriminação em razão da orientação sexual, que conseguiu ganhar a confiança das vítimas de homofobia. Actualmente, também a Suécia e a Dinamarca estão em vias de criar um organismo único especializado no domínio da igualdade dedicado a todas as formas de discriminação. Nove Estados-Membros (República Checa, Dinamarca, Estónia, Espanha, Itália, Malta, Polónia, Portugal e Finlândia) não possuem um organismo especializado no domínio da igualdade em cujo âmbito de actuação se inclua a discriminação por motivos de orientação sexual.<sup>86</sup>

A Organização Internacional do Trabalho – OIT tratou em diversas ocasiões a questão da igualdade e da não discriminação nas relações de trabalho. Em 1998 integrou a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais cujo texto confirma a necessidade de acabar com a pobreza e promover o desenvolvimento económico e social sustentável incentivando os Estados-Membros a respeitá-las. Na Declaração são inseridas oito Convenções, entre elas as Convenções nº 100 e 111 tratam especificamente da discriminação nas relações de trabalho ambas fundadas no princípio da igualdade e da não discriminação<sup>87</sup>.

A Convenção nº 100 aborda a igualdade de remuneração entre homens e mulheres. Em seu artigo 1º “b” ela dispõe que a expressão igualdade de remuneração entre a mão de obra masculina e a mão de obra feminina por um trabalho de igual valor refere-se às tabelas de remuneração fixadas sem discriminação fundada no sexo<sup>88</sup>.

Já a Convenção nº 111 trata da discriminação em matéria de emprego e profissão. O artigo 1º da referida Convenção trata da definição da palavra discriminação e entende que o termo ‘discriminação’ compreende 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 oportunidades ou de

---

<sup>86</sup> FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia; *A legislação... cit.*, p. 2.

<sup>87</sup> PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação... cit.* p. 73.

<sup>88</sup> PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação... cit.* p. 73.

tratamento em matéria de emprego ou profissão. Ainda, 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, poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. O artigo 2º assegura que a discriminação será caracterizada se for levada a efeito qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por consequência impedir a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão<sup>89</sup>.

A Convenção nº 122 versa sobre política de emprego e dita em seu artigo 1º que os países-membros devem adotar políticas de emprego com o fim de estimular o crescimento e o desenvolvimento econômico, resolver problemas de desemprego e subemprego, elevar os níveis de vida e atender as necessidades de mão de obra. Para tanto, devem garantir a todos, independentemente de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que seja possibilitada a livre escolha do emprego, além das possibilidades de adquirir as qualificações necessárias para isto<sup>90</sup>.

A Convenção nº 158 trata da proibição da rescisão contratual de trabalho sem justa causa (relativa a motivos técnicos, disciplinares, econômicos ou financeiros). A Convenção é instrumento de inibição da prática discriminatória e o artigo 5º revela quais motivos não podem ser considerados como causas justificadas, quais sejam: raça, cor, sexo, estado civil, responsabilidades familiares, gravidez, religião, opiniões políticas, ascendência nacional ou origem social, filiação a sindicatos, participação nas atividades sindicais, candidatura e atuação em favor dos trabalhadores.<sup>91</sup>

A Convenção nº 159 trata sobre reabilitação e emprego de pessoas deficientes. Obriga-se o Estado a adotar medidas adequadas que permitam a integração e a reabilitação de deficientes no mercado de trabalho, promovendo-se oportunidades de emprego, tendo como base o princípio da igualdade entre os portadores de deficiência e os trabalhadores em geral. Para tanto, os Estados podem fazer uso de medidas afirmativas para atingir ao fim da igualdade material entre trabalhadores deficientes e trabalhadores sem deficiência.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação... cit.* p. 74.

<sup>90</sup> PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação... cit.* p. 74-75.

<sup>91</sup> PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação... cit.* p. 75.

<sup>92</sup> PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação... cit.* p. 75.

Já a Convenção nº 98 trata dos princípios do direito de organização e de negociação coletiva e cuida da proibição quanto à discriminação nas relações coletivas de trabalho. O artigo 1º assegura que os trabalhadores recebam proteção adequada contra atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego. Aplica-se tal proteção aos atos que tenham como finalidade a subordinação do emprego do trabalhador à condição dele não estar filiado ou que deixe de fazer parte de um sindicato. Também se aplica a referida proteção aos atos que têm como finalidade despedir o trabalhador ou causar-lhe prejuízo por motivo de filiação sindical ou participação em atividades sindicais.<sup>93</sup>

E a Convenção nº 135 trata sobre a proteção dos representantes dos trabalhadores nas empresas. Garante o direito a não discriminação destes trabalhadores, que gozarão de efetiva proteção contra quaisquer atos que os prejudiquem, incluída a demissão, em virtude de suas funções ou atividades, desde que atuem em conformidade com as leis vigentes ou contratos coletivos ou outros acordos convencionais em vigor.<sup>94</sup>

### **2.3. Legislação Ordinária**

Em Portugal, anteriormente ao Código do Trabalho de 2003, a matéria do princípio da igualdade e da não discriminação foi desenvolvida por diversos diplomas legais, entre eles: o Decreto-Lei nº 392/79, de 20 de Setembro, que estabeleceu o quadro geral do regime jurídico da igualdade entre homens e mulheres; o Decreto-Lei nº 426/88, de 18 de Novembro, que estabeleceu regime protetivo idêntico aos trabalhadores da Administração Pública; e a Lei nº 105/97, de 13 de Setembro, que aumentou a operacionalidade das regras sobre a igualdade de gênero no acesso ao trabalho e emprego, estabelecendo o conceito de discriminação indireta, prevendo regras específicas de recrutamento para detectar situações de discriminação, atribuindo a legitimidade processual direta das associações sindicais para propor ações judiciais sobre discriminação de gênero e o estabelecimento da repartição do ônus da prova nessas ações<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação...* cit. p. 75-76.

<sup>94</sup> PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação...* cit. p. 76.

<sup>95</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma; *Tratado de direito do trabalho: Parte II – Situações laborais individuais*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 170-171.

Foram expressamente revogados o Decreto-Lei nº 392/79, de 20 de Setembro, e a Lei nº 105/97, de 13 de Setembro, quando da entrada em vigor da Regulamentação do Código do Trabalho de 2003. Já o Decreto-Lei nº 426/88, de 18 de Novembro, foi revogado tacitamente, uma vez que, em matéria de igualdade e não discriminação, o regime disposto pelo Código do Trabalho de 2003 e sua respectiva Regulamentação, são diretamente aplicáveis aos trabalhadores públicos (art. 5º, a, da Lei Preambular ao CT de 2003 e art. 1º e 2º da RCT de 2004). Atualmente, as referidas regras aplicáveis aos trabalhadores com funções públicas constam da Lei do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (arts. 13º ss. do Regime e arts. 4º ss. do Regulamento)<sup>96</sup>.

Maria do Rosário Palma Ramalho revela que a regulamentação da matéria supracitada no âmbito do Código do Trabalho de 2003 sujeitava-se a algumas críticas sistemáticas, pois além de passar por uma repartição das matérias entre o Código do Trabalho e a Regulamentação que não se compadecia da importância da matéria (que é concretizadora de um direito fundamental); também não eram compreensíveis os critérios de remissão para a RCT de 2004 – não constavam do Código do Trabalho, mas da Regulamentação ao Código do Trabalho, os conceitos essenciais à operacionalização do princípio da igualdade e parte das normas sobre as consequências da violação do princípio<sup>97</sup>.

Foram ainda aprovados dois diplomas relativos à transposição da Diretiva nº 2000/43/CE, que trata da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica: a Lei nº 18/2004, de 11 de Maio, que tem por objetivo estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica, e o Decreto-Lei nº 86/2005, de 2 de Maio, que trata sobre os conflitos de atribuições do artigo 12 da Lei nº 18/2004.

Após a revisão do Código de Trabalho de 2009, o tema da igualdade e da não discriminação é merecedor de especial atenção por parte do legislador nacional no que diz respeito à esfera laboral. O Código do Trabalho atual regula tais institutos nos artigos 23º a 32º. Seguem algumas definições importantes trazidas pelo art. 23º do Código de Trabalho, quais sejam:

---

<sup>96</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma; *Tratado de direito do trabalho: Parte II...* cit. p. 171.

<sup>97</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma; *Tratado de direito do trabalho: Parte II...* cit. p. 171.

Discriminação direta (nº1, alínea a)): devemos considerar a existência da discriminação direta sempre que, uma pessoa venha a ser submetida a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável, em virtude de um fator de discriminação. O raciocínio obrigatório, portanto, é o de comparação entre dois ou mais trabalhadores que se encontram em situações comparáveis (não obrigatoriamente iguais) e que se verifique um prejuízo manifesto de um dos trabalhadores, em razão de um fenómeno discriminatório<sup>98</sup>.

Discriminação indireta (nº 1, alínea b)): quando um trabalhador é colocado em situação de desvantagem frente a outros trabalhadores, por motivo de um fator de discriminação; contudo, tal fator discriminatório caracteriza-se por ser uma disposição, critério ou prática aparentemente neutros. Não se verifica tal discriminação quando tal disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários. Mais uma vez o raciocínio obrigatório, portanto, é o de comparação entre dois ou mais trabalhadores que se encontram em situações comparáveis e que se verifique um prejuízo manifesto de um dos trabalhadores, em razão de um fenómeno discriminatório aparentemente neutro<sup>99</sup>.

Entende-se que a discriminação direta corresponderá a uma diferenciação manifesta, que não resulta de critérios objetivos. Exemplificando, será o caso em que o empregador promove um anúncio de oferta de emprego dirigido apenas a mulheres. Já a discriminação indireta corresponde a uma situação em que sob uma capa aparentemente inócua se diferencia uma pessoa baseando-se em qualquer motivo inadmissível em termos legais. Será o caso em que uma instituição bancária exige que os candidatos a uma vaga de operador telefónico tenham carta de condução. Atendendo a que a carta de condução não constitui um requisito essencial para o exercício da função em causa, a empresa estará a discriminar indirectamente, porquanto o preenchimento daquela condição poderá afastar as pessoas com deficiência. Para que uma prática não possa ser qualificada como discriminação, exige-se que seja objectivamente justificada por um fim legítimo, ou seja, que exista um motivo legítimo e justificável<sup>100</sup>.

Guilherme Dray ensina que as alíneas a) e b) do nº 1 do artigo 23º do CT contêm os conceitos de discriminação direta e indireta, que se filiam nos conceitos de *disparate treatment* e de *disparate impact* resultantes do *Civil Rights Act of 1964* norte-

---

<sup>98</sup> FALCÃO, David; TOMÁS, Sérgio Tenreiro; *Lições de direito do trabalho... cit.* p. 90.

<sup>99</sup> FALCÃO, David, TOMÁS, Sérgio Tenreiro; *Lições de direito do trabalho... cit.* p. 90.

<sup>100</sup> MARECOS, Diogo Vaz; *Código do trabalho anotado*; Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 135.

americano (que já foi exposto no presente trabalho). O artigo 23º do CT deve ser articulado com os artigos 24º e 25º, pois estes últimos trazem os fatores de discriminação a que se refere o artigo 23º. Haverá discriminação direta sempre que, em razão de um dos fatores de discriminação descritos nos artigos 24º e 25º do CT, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que outra pessoa em situação comparável. E haverá discriminação indireta quando uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja suscetível de colocar pessoas (que se incluam num dos fatores característicos previstos nos artigos 24º e 25º do CT) numa posição de desvantagem comparativamente com outras<sup>101</sup>.

O artigo 23º do Código de Trabalho também traz a definição de trabalho igual (nº 1, alínea c)) e de trabalho de valor igual (nº 1, alínea d)). Dois ou mais trabalhadores desempenham trabalho igual se as respectivas funções forem iguais ou objetivamente semelhantes em termos de natureza, qualidade e quantidade; e sejam realizadas ao serviço do mesmo empregador. Já quanto ao trabalho de valor igual, este se verifica quando dois ou mais trabalhadores desempenham, para o mesmo empregador, funções equivalentes, atendendo nomeadamente à qualificação ou experiência exigida, às responsabilidades atribuídas, ao esforço físico ou psíquico e às condições em que o trabalho é efetuado<sup>102</sup>.

A definição de trabalho igual e a definição de trabalho de valor igual encontram-se em consonância com o consagrado na alínea a) do nº 1 do artigo 59º da Constituição da República Portuguesa dita que todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito a retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna<sup>103</sup>.

O artigo 24º do Código do Trabalho vem concretizar a previsão do direito à igualdade, prevendo dois fenômenos distintos no que diz respeito ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, quais sejam: o direito à igualdade de oportunidades; e o direito à igualdade de tratamento. O legislador declara que, para que o direito à igualdade de oportunidades e à igualdade

---

<sup>101</sup> DRAY, Guilherme Machado; *In*: MARTINEZ, Pedro Romano (coord.); *Código do Trabalho Anotado*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 164-165.

<sup>102</sup> FALCÃO, David, TOMÁS, Sérgio Tenreiro; *Lições de direito do trabalho... cit.* p. 91.

<sup>103</sup> MARECOS, Diogo Vaz; *Código do trabalho anotado*; Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 135.

de tratamento seja assegurado, ninguém poderá ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de fatores diversos (referidos no nº 1 do art. 24º de forma não taxativa). Cumpre ao Estado a promoção da igualdade de acesso a tais direitos, nomeadamente no que respeita a critérios de seleção, no acesso à formação, à retribuição e outras prestações patrimoniais, promoção, critérios para seleção de trabalhadores a despedir e a participação em estruturas de representação coletiva (art. 24º, nº 2)<sup>104</sup>.

O artigo 25º do Código de Trabalho dita que o empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta, em razão de fatores previstos no art. 24º, nº 1, tais como: ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar e econômica, instrução, origem ou condição social, patrimônio genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crônica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical. Contudo, são admitidas algumas exceções (art. 25º, nº 2), posto que não será considerado discriminatório o comportamento baseado em fator de discriminação desde que constitua um requisito proporcional, justificável e determinante para o exercício da atividade profissional. Tal se verificará em virtude da natureza da atividade e em virtude do contexto da sua execução.

Ainda, quanto ao ônus da prova, o art. 25º, nº 5 do Código de Trabalho refere que cabe a quem alega discriminação indicar o trabalhador ou trabalhadores em relação a quem se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer fator de discriminação. Tal regime é aplicável às situações relacionadas com qualquer prática discriminatória no acesso ao trabalho, formação profissional e acesso às condições de trabalho, nomeadamente pelos seguintes motivos: dispensa para consulta pré-natal; proteção da segurança e saúde de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante; licenças por parentalidade; e faltas para assistência a menores (art. 25º, nº 6).

O artigo 29º do Código de Trabalho trata da proibição do assédio e, para tanto, entende-se como tal o comportamento indesejado, nomeadamente o praticado com base em fator discriminatório, aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objetivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil,

---

<sup>104</sup> FALCÃO, David, TOMÁS, Sérgio Tenreiro; *Lições de direito do trabalho... cit.* p. 92.

degradante, humilhante ou desestabilizador. No âmbito do assédio surge o subtipo assédio sexual (art. 29º, nº 3), definido como o comportamento indesejado de carácter sexual que tenha o mesmo objetivo do assédio comum, podendo se concretizar de forma verbal, não-verbal ou física. A prática de assédio lesiva ao trabalhador ou a candidato a emprego confere-lhe o direito a indenização por danos patrimoniais e não patrimoniais (artigo 28º).

Por fim, não obstante a proibição de discriminação prevista no Código de Trabalho, considera-se fora desse conceito as medidas legislativas que visem beneficiar certo grupo desfavorecido em razão de qualquer fator de discriminação, as denominadas de medidas de ação positiva, desde que sejam de duração limitada e tenham como objetivo garantir o exercício em condições de igualdade dos direitos previstos na lei ou corrigir alguma situação de desigualdade que persista na vida social (art. 27º). Ainda, no que diz respeito à formação profissional, novas medidas de ação positiva encontram-se previstas, determinando-se que seja dada preferência, sempre que se justifique, a trabalhadores do sexo com menor representação, bem como, quando apropriado, a trabalhador com escolaridade reduzida, sem qualificação ou responsável por família monoparental ou no caso de licença parental ou adoção (art. 30º, nº 3).

A título ilustrativo, no Brasil, a Lei nº 9.029 de 13 de abril de 1995, trata da discriminação nas relações de trabalho e, em seu artigo 1º dita que é proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, bem como à manutenção da mesma, ressalvadas as hipóteses da proteção constitucional das crianças e dos adolescentes. Após capitular como crime algumas práticas discriminatórias vedadas aos empregadores, o artigo 4º da referida lei faculta ao empregado que sofreu a rescisão contratual por motivo discriminatório a opção de ser reintegrado no emprego ou receber em dobro a remuneração que lhe caberia durante todo o período de afastamento<sup>105</sup>.

O Tribunal Superior do Trabalho brasileiro já teve a oportunidade de fazer cumprir esse postulado da igualdade em favor de empregados que foram discriminados, por exemplo, em razão da idade (TST-RR-462.888/1998, DJ 26/09/2003) ou de serem portadores do vírus da SIDA (E-RR-439.041/98). Mais recentemente, o referido tribunal superior editou a Súmula 443, assim vejamos: “*DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT*

---

<sup>105</sup> CARVALHO, Augusto César Leite de; *Direito do trabalho: curso e discurso*; São Paulo: LTr, 2016, p.79.

*divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego<sup>106</sup>”.*

---

<sup>106</sup> Disponível em [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)

### 3. Discriminação com base na orientação sexual dos trabalhadores

A discriminação com base na orientação sexual dos LGBTI tem raízes em dogmas religiosos e também em conceitos científicos ultrapassados. Far-se-á a análise de forma resumida de algumas concepções sobre a homossexualidade para que se consiga entender o porquê de determinadas práticas discriminatórias na vida contemporânea.

Primeiramente identifica-se na história a concepção de homossexualidade como pecado. Até o final do século XVIII, três grandes códigos explícitos regiam as práticas sexuais: o direito canônico, a pastoral cristã e a lei civil. Todos esses códigos estavam centrados nas relações matrimoniais e, neste contexto, toda prática sexual não reprodutiva é qualificada negativamente, importando em transgressão do plano divino e afastamento da vida espiritual. A censura daqui decorrente a atos homossexuais é de todo lógica, pois esses carecem de finalidade reprodutiva e são havidos fora do espaço matrimonial. São tidos como ofensas ao Criador e à natureza, decorrentes da luxúria e da concupiscência. No universo judaico-cristão, a fonte primeira de condenação à homossexualidade é a Bíblia, cuja invocação de algumas passagens tem sido interpretada como condenatória dessas práticas. Independentemente da existência de períodos em que, apesar da reprovação teórica, práticas homossexuais eram toleradas, é inegável a influência da condenação cristã na formação da mentalidade sexual ocidental, sem se falar dos períodos de perseguição e condenação atroz pela Inquisição<sup>107</sup>.

O pensamento religioso predominante no ocidente acabou por impingir aos atos homossexuais a pecha de gravidade extrema, cujo grau pode ser aquilatado, por exemplo, nas Ordenações Filipinas, que ditava: *“Toda pessoa, de qualquer qualidade que seja, que pecado de sodomia por qualquer maneira cometer, seja queimado e feito por fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória, e todos seus bens sejam confiscados para a Coroa de nossos Reinos, posto que tenha descendentes; e pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inabilitados e infames, assim como os daqueles que comete o crime de Lesa Majestade. 1. E esta lei queremos, que também se estenda e haja lugar nas mulheres, que umas com as outras cometem pecado contra a natureza, e da maneira que temos ditos nos homens.”*<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> RIOS, Roger Raupp; *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002; p. 101 - 103.

<sup>108</sup> RIOS, Roger Raupp; *O princípio da igualdade... cit.* p. 104.

Já no século XIX, em virtude das consequências da urbanização e da industrialização, a medicina criou uma “ciência do sexo” onde saúde e moralidade confundiam-se no receituário das práticas médicas. Diante do temor de epidemias e da necessidade da imposição de disciplina às classes trabalhadoras, o comportamento sexual, a moralidade e a saúde pública eram unificadas no discurso médico pela advertência dos riscos e dos perigos, o que fazia sentido na cosmovisão capitalista então vigente e era possibilitado pela falta de objetividade científica<sup>109</sup>.

Já no final do século XIX, as pesquisas médicas formalmente se desinteressam pela valoração moral das condutas e se centram no sexo enquanto objeto de estudo. Aquilo que era visto como imoralidade passou a ser tratado como doença e o pecado da sodomia agora é sucedido pelo diagnóstico de perversão sexual. O discurso médico sobre a sexualidade irrompeu na chamada “medicina das perversões” pela obra do médico forense Richard Von Krafft-Ebing (*Psychopatia sexualis: with especial reference to antipathetic sexual instincts. A medico-forensic study*, de 1897). César Lombroso defendeu a inadequação funcional dos criminosos na sociedade, em face da etiologia biológica produtora da criminalidade; e tal raciocínio foi aplicado aos homossexuais, gerando políticas estatais de confinamento e castração compulsórias e tratamento de recondicionamento das preferências sexuais, valendo-se de estímulos adversos associados ao comportamento “desviante”, tais como choques elétricos<sup>110</sup>.

No século XX houve uma evolução no campo da psicanálise<sup>111</sup> que não guardava consonância com o discurso médico psiquiátrico do final do século XIX; contudo, ainda quase todo este século a psiquiatria manteve intocadas as categorias de doenças e desvios sexuais, tal como sistematizadas por Krafft-Ebing. As perversões foram classificadas, na psiquiatria moderna, ao lado das psicopatias e sociopatias – condições crônicas, intratáveis – e definidas como condições que se caracterizam por infligir, em primeiro lugar, sofrimento ao outro, e não ao próprio indivíduo<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> RIOS, Roger Raupp; *O princípio da igualdade... cit.* p. 106.

<sup>110</sup> RIOS, Roger Raupp; *O princípio da igualdade... cit.* p. 107 – 109.

<sup>111</sup> As obras do psicanalista Sigmund Freud, de Hirschfeld e de Havelock Elis, Ford e Beach e, por fim, a de Alfred Kinsey (*Sexual Behaviour in the Human Male*) contribuíram para a “desmedicalização” da homossexualidade e para, posteriormente, a sua aceitação como atividade sexual normal.

<sup>112</sup> CORRÊA, Marilena Villela; *Sexo, sexualidade e diferença sexual no discurso médico: algumas reflexões*; In: LOYOLA, Maria Andréa (org.), *A sexualidade nas ciências humanas*; Rio de Janeiro: EdUERJ, 1998; p. 81.

Atualmente a ciência já não compreende a homossexualidade como doença<sup>113</sup> e já se compreende que nos casos da transexualidade o que ocorre é um problema de identidade de gênero. Contudo, a sociedade atual guarda preconceitos contra estes indivíduos que se desviam do padrão considerado “normal”. Embora venha se criando na sociedade uma cultura de respeito e tolerância às diferenças, ainda há muito preconceito, o que se traduz em desigualdades em diversos campos da sociedade, inclusive, no campo do trabalho e emprego.

Parece aconselhável fazer uma referência a Declaração Universal sobre os Direitos Sexuais, que foi adotada pelo XIII Congresso Mundial de Sexologia, em junho de 1997, realizada na cidade de Valência, na Espanha, e que foi revisada e posteriormente aprovada pela Assembléia Geral da Associação Mundial de Sexologia (WAS), em 26 de agosto de 1999, no XIV Congresso Mundial de Sexologia, realizado em Hong Kong. Afirma-se que "A sexualidade é parte integrante da personalidade de todo ser humano. Seu pleno desenvolvimento depende da satisfação de necessidades humanas básicas, como o desejo de contato, intimidade, expressão emocional, prazer, ternura e amor ", e que "A sexualidade é construída através da interação entre as estruturas individuais e sociais. O pleno desenvolvimento da sexualidade é essencial para o bem-estar individual, interpessoal e social”<sup>114</sup>.

Embora a homossexualidade tenha deixado de ser considerada crime ou doença mental na maioria dos países ocidentais, continua a ser fonte de discriminações jurídicas, econômicas e sociais, sendo que em quase toda a Europa as pessoas que a praticam abertamente ainda são marginalizadas. Por isso, os indivíduos LGBTI são considerados, por este contexto uma minoria social. Essa minoria vem cada vez mais, através de suas associações, reivindicando a igualdade de direitos face à maioria heterossexual com base na ideia de que a orientação sexual homossexual é tão válida e legítima como a heterossexual, devendo o Estado combater toda a forma de discriminação fundada na orientação sexual das pessoas<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> Em 1973, a Associação Americana de Psiquiatras eliminou a homossexualidade da classificação de doenças mentais norte-americana; e em 1992, a Organização Mundial de Saúde deixou de incluir a homossexualidade na décima edição da Classificação Internacional de Doenças.

<sup>114</sup> RÍO, Josefina Alventosa del; *Discriminación por orientación sexual e identidade de género em el derecho español*; Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, p. 112.

<sup>115</sup> BELEZA, Teresa Pizarro, MELO, Helena Pereira de; *Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no direito português*; Lisboa: Revista do Ministério Público do Trabalho; Ano 31; Jul-Set 2010, p. 17.

A discriminação por orientação sexual abrange toda a sociedade, tanto do ponto de vista dos discriminadores como do ponto de vista dos discriminados. Pode-se encontrar casos de discriminação quanto a orientação sexual em diversos setores da sociedade, independentemente da raça, credo, classe social, cor, condição econômica, religião, idade, orientação política. Trata-se de preconceitos enraizados na sociedade contra o comportamento sexual dos homossexuais, bissexuais ou transexuais<sup>116</sup>.

### **3.1. Definição de orientação sexual e de identidade de gênero**

A Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu Relatório “*Professionally speaking: challenges to achieving equality for LGBT people*” (Profissionalmente: os desafios para alcançar a igualdade para pessoas LGBT), em 2016, trata dos conceitos orientação sexual e identidade de gênero, a serem tratados no presente trabalho. Serão analisados os conceitos trazidos pela *American Psychological Association – APA*, que fundou uma divisão dentro de sua instituição, denominada *Society for the Psychological Study of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Issues*. Também serão utilizados conceitos de outras instituições de referência no estudo das comunidades LGBTI e no estudo dos direitos fundamentais.

#### **3.1.1. Gênero**

É comum a utilização dos termos "gênero" e "sexo" como sinônimos; contudo, tal uso é incorreto. Esta ideia tornou-se tão comum, particularmente nas sociedades ocidentais, que raramente é questionada. Ao nascermos, é nos atribuído um sexo e, para muitas pessoas, isso é inquestionável. No entanto, o sexo biológico e o gênero são diferentes; o gênero não é inerentemente nem unicamente ligado à anatomia física de uma pessoa. O gênero biológico (sexo) inclui atributos físicos, como genitália externa, cromossomos sexuais, gônadas, hormônios sexuais e estruturas reprodutivas internas. Ao nascer, é usado para atribuir sexo, isto é, para identificar indivíduos como homens ou mulheres. O gênero, por outro lado, é muito mais complicado. É a complexa inter-relação

---

<sup>116</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Igualdade e não discriminação – Estudos de direito do trabalho*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 131.

entre o sexo de um indivíduo (biologia de gênero), o senso interno do eu como masculino, feminino, ambos ou nenhum (identidade de gênero), bem como as apresentações externas e comportamentos (expressão de gênero) relacionados a essa percepção. Juntos, a intersecção dessas três dimensões produz um autêntico senso de gênero, tanto em como as pessoas experimentam seu próprio gênero quanto em como os outros o percebem<sup>117</sup>.

O conceito gênero foi formulado na década de 70 do século XX, tendo por influência o movimento feminista. A partir da criação deste conceito distingue-se a percepção biológica da social, entendendo-se que há machos e fêmeas na espécie humana, mas que a maneira de ser homem e de ser mulher é realização da cultura. Dessa forma, o gênero não se refere somente à anatomia dos corpos, mas também é produção da realidade social<sup>118</sup>.

A cultura ocidental usualmente vê o gênero como um conceito binário, com duas opções rigidamente fixas: masculina ou feminina, ambas baseadas na anatomia física de uma pessoa. Mas além da anatomia, existem vários domínios que definem o gênero; e tais domínios podem ser caracterizados de forma independente em diversas possibilidades. Em vez do modelo binário estático produzido através de uma compreensão apenas física do gênero, uma tapeçaria muito mais rica da biologia, expressão de gênero e identidade de gênero se cruzam em uma matriz multidimensional de possibilidades<sup>119</sup>. Veremos, portanto, a seguir, os conceitos relacionados à biologia de gênero (sexo) e identidade de gênero.

### **I – Biologia de gênero (sexo)**

A biologia de gênero ou sexo biológico diz respeito às características biológicas que a pessoa tem ao nascer. Inclui-se nessas características os cromossomos, genitália, composição hormonal, entre outros. Não há gênero no sexo biológico em si, mas sim uma expectativa social de gênero em relação ao corpo / genital<sup>120</sup>.

**a) Mulher** – indivíduo que nasce com as características biológicas (cromossomos, composição hormonal e órgãos sexuais) correspondentes ao sexo feminino.

<sup>117</sup>HEALEY, Justin; *Sexual orientation and gender identity*; The Spinney Press: Australia, 2014, p. 01.

<sup>118</sup> REIS, Toni (org.); *Manual de comunicação LGBTI+*; Curitiba: Aliança Nacional LGBTI/Gay Latino, 2018, p. 17.

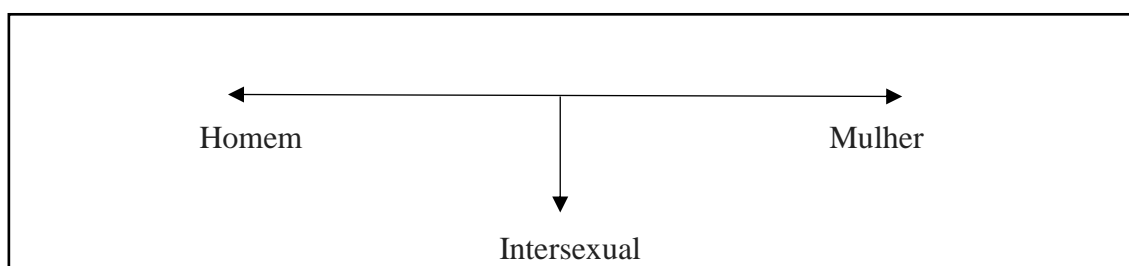
<sup>119</sup>HEALEY, Justin; *Sexual orientation and gender identity... cit.*, p. 01.

<sup>120</sup> REIS, Toni (org.); *Manual de comunicação LGBTI+... cit.*, p. 18.

**b) Homem** - indivíduo que nasce com as características biológicas (cromossomos, composição hormonal e órgãos sexuais) correspondentes ao sexo masculino.

**c) Intersexual (hermafrodita)** – O termo intersexual substitui a palavra hermafrodita, que foi amplamente utilizada por profissionais de saúde durante os séculos XVIII e XIX<sup>121</sup>. Uma pessoa intersexual é alguém cujo sexo um médico tem dificuldade em classificar como masculino ou feminino. Uma pessoa cuja combinação de cromossomos, gônadas, hormônios, órgãos sexuais internos, gônadas e / ou genitais difere de um dos dois padrões esperados.<sup>122</sup> Refere-se a uma série de condições associadas ao desenvolvimento atípico de características físicas do sexo, pois os indivíduos intersexuais podem nascer com cromossomos, genitais e / ou gônadas que não se encaixam em apresentações femininas ou masculinas típicas. Alguns exemplos dessas condições incluem genitais externos ambíguos, incapacidade do corpo de responder tipicamente a hormônios relacionados ao sexo e inconsistência entre órgãos genitais externos e órgãos reprodutivos internos. Desde 2006, a comunidade médica e de pesquisa tem usado o termo Distúrbios do Desenvolvimento Sexual. Este termo refere-se a condições congênitas caracterizadas por desenvolvimento atípico de sexo cromossômico, gonadal ou anatômico. Um termo alternativo - Diferenças de Desenvolvimento Sexual - tem sido recomendado para prevenir uma visão dessas condições como doentes ou patológicas<sup>123</sup>. Há estudos que indicam que a cada 2000 nascimentos, uma criança nasce intersexual<sup>124</sup>.

Biologia de gênero (sexo)



<sup>121</sup> ILGA; *Relatório sobre a implementação da Recomendação CM/Rec (2010)5 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-membros sobre medidas para o combate à discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero*; Portugal: Ilga Portugal, 2012, p. 25.

<sup>122</sup> LGBT Resource Center; *Key concepts for understanding LGBT identity development*; University of California, Riverside; p. 02.

<sup>123</sup> APA – American Psychological Association; *Key terms and concepts in understanding gender diversity and sexual orientation among students*; APA, 2015, p. 21.

<sup>124</sup> ÇINAR, Melike, FINKE, Bastian, FOHSEL, Hermann-Josef, GHATTAS, Dan Christian, ZIRKEL, Christof; *Sexuelle Orientierung*; Berlin: Aktioncourage, 2007, p. 21.

## II – Identidade de Gênero

Segundo a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia a identidade de gênero refere-se a experiência interna e individual de gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder com o sexo atribuído ao nascimento, incluindo o sentido pessoal do corpo (o que pode envolver, se livremente escolhido, a modificação da aparência corporal ou função por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, incluindo vestimenta, fala e maneirismos. Pessoas cuja identidade de gênero não corresponde com o sexo atribuído à nascença são comumente referidos como pessoas transexuais ou pessoas trans. Este grupo inclui pessoas que desejam, em algum momento de sua vida, submeterem-se a tratamentos de reatribuição de gênero (geralmente designados por pessoas transexuais), bem como pessoas que "se travestem" e pessoas que não querem ou não se consideram como sendo "homens" ou "mulheres". Alguns desses indivíduos se referem a si mesmos como 'variante de gênero'<sup>125</sup>.

A expressão de gênero refere-se, então, à manifestação da pessoa de sua identidade de gênero, por exemplo através de comportamentos "masculinos", "femininos" ou "variantes de gênero", roupas, cortes de cabelo, características de voz ou corpo. Uma vez que as experiências de homofobia, transfobia e discriminação com base na orientação sexual e na identidade de gênero muitas vezes encontram suas raízes nas percepções sociais dos papéis de gênero, a pesquisa LGBT da Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA) também incluiu esse elemento<sup>126</sup>.

Compreende-se, portanto, identidade de gênero como aquela a que se refere à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia; *Professionally speaking... cit.*, p. 19.

<sup>126</sup> FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia; *Professionally speaking... cit.*, p. 19.

<sup>127</sup> Painel Internacional de Especialistas em Legislação Internacional de Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero; *Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*; Yogyakarta - Indonésia, 2006, p. 10.

Vejamos os tipos de identidade de gênero mais conhecidas:

**a) Cisgênero** – Pessoas cisgênero são as que tem a perfeita correspondência entre o sexo que lhes foi atribuído no nascimento, seus corpos e sua identidade de gênero. A identidade de gênero dessas pessoas é tipicamente consistente com o sexo atribuído a elas no nascimento.

**b) Transgênero** - O termo “transgênero”, é utilizado para os indivíduos que possuem um transtorno de identidade de gênero. A Classificação Internacional de Transtornos Mentais e de Comportamento da Organização Mundial de Saúde, classifica a transexualidade como uma das hipóteses de transtorno de identidade, também conhecidas sob a sigla *GID (Gender Identity Disorders)*. Estes transtornos estão justificados sob a rubrica F64 (Transtornos de Identidade Sexual) e o Transexualismo, especificamente, sob o código F64.0, sendo entendido como uma ânsia de viver e ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e uma necessidade de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia para tornar seu corpo tão congruente quanto possível com o sexo almejado<sup>128</sup>.

De acordo com a *American Psychological Association – APA*, o transexualismo<sup>129</sup> abarca todas as identidades ou expressões de gênero fora das normas de gênero convencionalmente aceitos. Assim, a transexualidade é lida pela *APA* como uma forma de transexualismo e que inclui outras formas como o/a travesti, o/a *drag*, entre outras<sup>130</sup>.

**b.1) Transexual** - O termo transexualidade abrange os indivíduos que se identificam como sendo de outro gênero que não o sexo biológico de pertença. As pessoas transexuais podem ser homens ou mulheres, que procuram se adequar à identidade de gênero. Algumas pessoas transexuais recorrem a tratamentos médicos, que vão da terapia hormonal à cirurgia de redesignação sexual<sup>131</sup>. A transexualidade implica um desejo de viver ou uma experiência de vida de acordo com o que é convencionalmente atribuído a outro gênero. No caso de pessoas cujo sexo biológico de nascimento é masculino e que vivem no gênero feminino, falamos de transexuais MTF (*male to female*). No caso de pessoas cujo sexo biológico é feminino e que vivem no gênero

<sup>128</sup> SANCHES, Vanessa K. C; *A discriminação por orientação sexual... cit.*, p. 17.

<sup>129</sup> O transexualismo surge conceptualmente no final do séc. XX, mais precisamente em 1979, por Virgínia Prince.

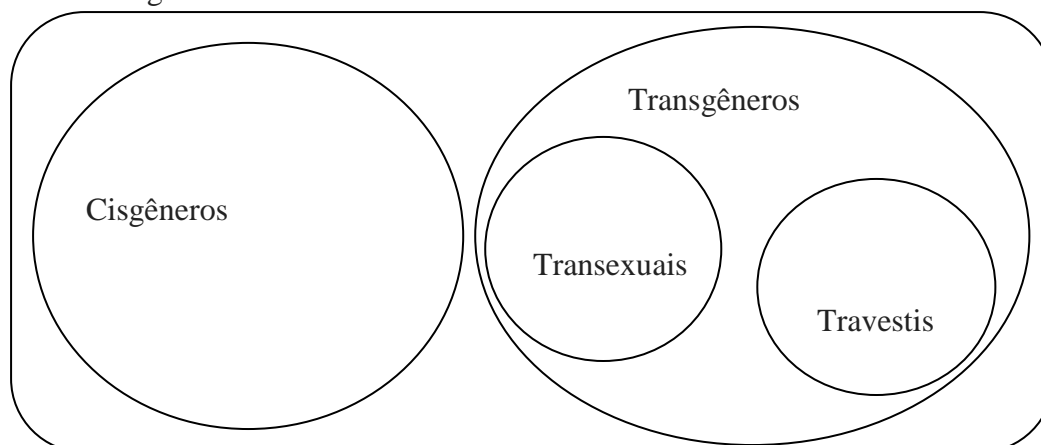
<sup>130</sup> NOGUEIRA, Conceição, OLIVEIRA, João Manuel de; *Estudo sobre... cit.*, p. 20.

<sup>131</sup> REIS, Toni (org.); *Manual de comunicação LGBTI+... cit.*, p. 30.

masculino, falamos de transexuais FTM (*female to male*)<sup>132</sup>. O transexualismo não é um problema psicológico, e muito menos uma opção moral. Não é uma opção pessoal. É desarmonia somática, congênita, por uma discordância estrutural entre o sexo genital e o sexo do cérebro. Essas pessoas tem o pleno direito de terem a sua realidade harmonizada internamente, através de uma resignação genital – já que a resignação cerebral é impossível<sup>133</sup>.

**b.2) Travestis** – São indivíduos que nasceram com determinado sexo, ao qual foi atribuído culturalmente o gênero considerado correspondente pela sociedade, mas que passam a se identificar e construir nela mesma o gênero oposto. O travestismo, por sua vez, é uma inadequação parcial com a sua situação de gênero. Existe uma disforia com o corpo, mas não com os genitais. A experiência explica, que neste caso, o cérebro não está em desacordo com os genitais<sup>134</sup>. Algumas pessoas travestis com identidade de gênero feminina, modificam seus corpos por meio de hormonoterapias e cirurgias plásticas, porém, isso não constitui a regra<sup>135</sup>.

Identidade de gênero



### 3.1.2. Orientação sexual

Entende-se orientação sexual como a capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de

<sup>132</sup> NOGUEIRA, Conceição, OLIVEIRA, João Manuel de; *Estudo sobre... cit.*, p. 20.

<sup>133</sup> SANCHES, Vanessa K. C; *A discriminação por orientação sexual... cit.*, p. 17.

<sup>134</sup> SANCHES, Vanessa K. C; *A discriminação por orientação sexual... cit.*, p. 17.

<sup>135</sup> REIS, Toni (org.); *Manual de comunicação LGBTI+... cit.*, p. 31.

gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas<sup>136</sup>.

A orientação sexual, segundo a *American Psychological Association – APA*, diz respeito ao envolvimento durável emocional, amoroso e/ou atracção sexual por homens, mulheres ou por ambos os sexos. Refere-se ao indivíduo como alguém que tem uma identidade pessoal e social com base nas suas atracções, manifestando determinados comportamentos e aderindo a uma comunidade de pessoas que compartilham da mesma orientação sexual. Globalmente, a orientação sexual costuma ser categorizada em três dimensões: heterossexualidade, bissexualidade e homossexualidade<sup>137</sup>.

A Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>138</sup> entende que a orientação sexual refere-se à capacidade de cada pessoa de atracção emocional, afetiva e sexual profunda, e relações íntimas e sexuais com indivíduos de um gênero diferente ou do mesmo gênero ou mais de um gênero. Abrange identidade (ser), conduta (comportamento) e relacionada a outras pessoas (relacionamentos). Em linguagem comum, as pessoas podem ser heterossexuais, homossexuais ou bissexuais, apesar de uma grande quantidade de outros ou identidades múltiplas adicionais em relação à orientação sexual serem possíveis<sup>139</sup>.

Assim vejamos:

**a) Heterossexual** - Por heterossexualidade entende-se a atracção sexual e/ou envolvimento emocional ou amoroso entre pessoas de sexo / gênero diferente. O indivíduo heterossexual é atraído amorosa, física e afetivamente por pessoas do sexo / gênero oposto. É o padrão moralmente aceito nas sociedades, com a formação do casal (homem e mulher).

---

<sup>136</sup> Painel Internacional de Especialistas em Legislação Internacional de Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero; *Princípios de Yogyakarta... cit*, p. 10.

<sup>137</sup> NOGUEIRA, Conceição, OLIVEIRA, João Manuel de; *Estudo sobre a discriminação em função da orientação sexual e da identidade de gênero*; Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Gênero, 2010, p. 19-20.

<sup>138</sup> FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Européia; *Professionally speaking: challenges to achieving equality for LGBT people*; Luxemburgo, 2016. Disponível na internet ([http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2016-lgbt-public-officials\\_en.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2016-lgbt-public-officials_en.pdf)), p. 19.

<sup>139</sup> “Sexual orientation refers to ‘each person’s capacity for profound emotional, affectional and sexual attraction to, and intimate and sexual relations with, individuals of a different gender or the same gender or more than one gender’. It covers identity (being), conduct (behaviour) and relating to other persons (relationships). In common parlance, persons can be heterosexual (oriented towards persons of a different gender), homosexual (gay or lesbian, i.e. oriented towards persons of the same gender) or bisexual (oriented towards all genders), notwithstanding the fact that a plethora of other or additional multiple identities in regard to sexual orientation are possible – asexual, for example”. (Texto original na língua inglesa).

**b) Homossexual** - Por homossexualidade entende-se a atracção sexual e/ou envolvimento emocional ou amoroso por pessoas do mesmo sexo / gênero. O termo homossexual pode se referir a homossexuais femininas (lésbicas) e a homossexuais masculinos (gays).

**c) Bissexual** - Por bissexualidade entende-se a atracção sexual e/ou envolvimento emocional ou amoroso tanto por pessoas do mesmo sexo / gênero como por pessoas de sexo / gênero diferente.

**d) Outros** – por assexual entende-se a pessoa que não sente atracção sexual ou tem pouco interesse em atividade sexual, seja pelo sexo oposto ou pelo mesmo sexo. Contrariamente, por pansexual entende-se a atracção sexual e/ou envolvimento emocional ou amoroso tanto por pessoas do mesmo sexo / gênero, ou por pessoas do sexo / gênero oposto, ou por pessoas transgênero. O prefixo “pan” vem do grego e se traduz como tudo<sup>140</sup>. Indivíduos pansexuais podem se envolver emotiva ou sexualmente com outros indivíduos independente do sexo biológico ou da identidade de gênero.

Homem ♂	Mulher ♀
Heterossexual ♂ + ♀	Heterossexual ♂ + ♀
Homossexual ♂ + ♂	Homossexual ♀ + ♀
Bissexual ♂ + ♀ ♂ + ♂	Bissexual ♂ + ♀ ♀ + ♀
Pansexual ♂ + ♀ ♂ + ♂ ♂ + T*	Pansexual ♂ + ♀ ♀ + ♀ ♀ + T*
*Transgênero	

<sup>140</sup> REIS, Toni (org.); *Manual de comunicação LGBTI+... cit*, p. 23.

### 3.1.3. O termo LGBTI

O termo LGBTI representa as pessoas lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros. Gays e lésbicas são todos os indivíduos homossexuais, ou seja, aqueles que tem atração sexual e emocional por indivíduos de mesmo gênero. Bissexuais são as pessoas que podem se relacionar sexualmente e emocionalmente com ambos os gêneros. A letra “T” do termo pode representar tanto os indivíduos transexuais como os travestis, englobados pelo termo transgênero; e a letra “I” refere-se às pessoas intersexuais.

A palavra “*gay*” é uma palavra de origem inglesa que significa alegre e é geralmente usada para se referir a homossexuais. Normalmente é utilizada para designar os homens homossexuais. Luiz Mott, antropólogo e líder do Movimento Homossexual Brasileiro, fundador do Grupo Gay da Bahia, uma das mais antigas organizações brasileiras em defesa dos direitos da comunidade LGBTI, argumenta que a origem dessa palavra antecede ao inglês e surgiu na Península Ibérica. Através da língua inglesa a palavra *gay* espalhou-se a outras línguas, sendo usada em diversos países. A palavra *gay* inicialmente era utilizada como um termo pejorativo contra os homens homossexuais. Contudo, os próprios homossexuais começaram a utilizar o termo *gay* para se referirem a eles próprios, apropriando-se da palavra e retirando-se, então, a conotação negativa e insultuosa da palavra<sup>141</sup>.

A palavra “lésbica” é utilizada para designar a mulher homossexual e o termo é uma construção do século XX. A palavra deriva do latim *lesbius* e referia-se aos habitantes da ilha de Lesbos, na Grécia, onde viveu a poetisa Safo (séc. VI e VII a.C) que escrevia poemas dirigidos às mulheres sobre o seu amor e beleza. Até o século XIX o termo lésbica não tinha o significado que hoje lhe é dado, sendo utilizado até então o termo *tríbade*<sup>142</sup>.

O termo “bissexual”, como já foi explicado, refere-se aos indivíduos que podem se relacionar afetiva e sexualmente tanto com pessoas do sexo oposto como do mesmo sexo. E “transgênero”, também já explicado, não se refere à orientação sexual como os demais “LGB”, mas sim à diversidade de identidade de gênero que engloba, principalmente, os transexuais e os travestis. Quanto ao “intersexual”, como já foi visto,

---

<sup>141</sup> SANCHES, Vanessa K. C; *A discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho*; São Paulo: Ltr, 2009 *no contrato de trabalho*; São Paulo: Ltr, 2009; p. 16.

<sup>142</sup> JOHNSON, Marguerite, RYAN, Terry; *Sexuality in Greek and Roman society and literature: a sourcebook*, Routledge: New York, 2008, p.4

este é o indivíduo que possui diferenças de desenvolvimento sexual e que, na análise da biologia de gênero, é alguém cujo sexo um médico tem dificuldade em classificar como masculino ou feminino.

Este trabalho, tratará da discriminação num contexto geral englobando tanto a orientação sexual como a identidade de gênero, utilizando-se do termo mundialmente conhecido LGBTI para alcançar todos os indivíduos possíveis que se verificam como minorias em virtude do enquadramento sexual ou de gênero.

### **3.2. Reconhecimento jurídico da orientação sexual e identidade de gênero no tempo**

De 1536 a 1821, em Portugal, o Tribunal do Santo Ofício ou a Santa Inquisição reprimiu a prática da sodomia, que era identificada como “o abominável acto nefando” ou o “nefando pecado”. A inquisição terá realizado em terras lusitanas cerca de 760 autos-de-fé, no decorrer dos quais foram penitenciadas ou relaxadas ao braço secular cerca de 28.000 pessoas. Quanto ao nefando pecado da sodomia, este terá sido motivo da prisão de 447 indivíduos, sendo que 390 foram sentenciados, dados que se referem apenas às Inquisições de Lisboa, Évora e Coimbra (Gameiro 1998:64-5). O processo inquisitorial mais compulsado é o de D. Rodrigo da Câmara, 3º Conde de Vila Franca (1594-1672), descendente de uma família de capitães donatários da ilha de São Miguel (Gameiro:1998:68). Outro caso que marcou a história da memória da homossexualidade em Portugal foi o do envolvimento de William Beckford (1759-1844) – fugido da Inglaterra pelas suas aventuras homoeróticas – com o jovem D. Pedro, futuro Marquês de Marialva e Conde de Castanhede (Gameiro 1998:70)<sup>143</sup>.

Faz-se mister citar alguns factos de importância social e jurídica do século XIX para o século XX no contexto da homossexualidade<sup>144</sup>:

- 1867: A 29 de Agosto, Karl-Heinrich Ulrichs foi o primeiro auto-proclamado homossexual a falar publicamente a favor dos direitos dos homossexuais,

<sup>143</sup> NOGUEIRA, Conceição, OLIVEIRA, João Manuel de; *Estudo sobre a discriminação em função da orientação sexual e da identidade de gênero... cit.*, p. 71.

<sup>144</sup> NOGUEIRA, Conceição, OLIVEIRA, João Manuel de; *Estudo sobre a discriminação em função da orientação sexual e da identidade de gênero... cit.*, p. 71-73.

quando pediu ao Congresso de Juristas Alemães em Munique para aprovarem uma resolução apelando ao fim das leis anti-homossexuais;

- 1886: No Reino Unido, o *Criminal Law Amendment Act*, que ilegalizava as relações sexuais entre homens (mas não entre mulheres) foi aprovado pela Rainha Vitória. No mesmo ano a Argentina descriminalizava a homossexualidade;

- 1895: Oscar Wilde é julgado ao abrigo do *Criminal Law Amendment Act* de *gross indecency* e sentenciado a dois anos de prisão;

- 1897: O sexólogo Magnus Hirschfeld funda o *Scientific Humanitarian Committee* para organizar a luta pelos direitos dos homossexuais e para abolir o Parágrafo 175 da Lei Alemã, que desde 1871, criminalizava a homossexualidade;

- 1923: O Governador Civil de Lisboa manda apreender os livros *Canções*, de António Botto, *Decadência*, de Judite Teixeira e *Sodoma Divinizada*, de Raul Leal, autores que escreviam textos literários de carácter muito claramente homossexual, e que tinham gerado grande polémica na conservadora sociedade lisboeta da época, na sequência de um indignado manifesto de estudantes de Lisboa, integralistas radicais, encabeçados por Teotónio Pereira, futura figura do Estado Novo. Álvaro de Campos (Fernando Pessoa), em reação, escreve *Aviso por causa da moral*, Judite Teixeira irá se defender em conferência pública intitulada *De mim* e António Botto partirá para o exílio;

- 1933 na Alemanha: O Partido Nacional Socialista Alemão ilegaliza os grupos homossexuais; os nazis queimam a biblioteca do Instituto de Pesquisa Sexual de Magnus Hirschfeld e destroem o Instituto; muitos homossexuais são enviados para campos de concentração;

- 1933 em Portugal: É criada a Mitra, que seria o local de internamento para muitos homossexuais até 1952, quando passa a ser instituição para-psiquiátrica;

- 1937: É usado pela primeira vez o triângulo rosa por homens homossexuais nos campos de concentração nazis.

Em Portugal, no Estado Novo, sob a influência da Ditadura Militar, em 1933 nascia uma nova Constituição, que estabelecia como pedra angular do sistema o Presidente, a quem era atribuído o poder de nomear um Presidente do Conselho, que detinha todos os poderes executivos. O Presidente, entre 1933 e 1968 foi Óscar Carmona,

que nomeou António de Oliveira Salazar como Presidente do Conselho. No número 5 do artigo 14º da Constituição de 1933 é dito: “*Em ordem à defesa da família pertence ao Estado e autarquias locais tomar todas as providências no sentido de evitar a corrupção dos costumes*”. Ainda o artigo 12º da Constituição assegurava a “*constituição e defesa da família, como fonte de conservação e desenvolvimento da raça, como base primária da educação, da disciplina e harmonia social (..)*” e o artigo 13º, ditava que “*A constituição da família assenta: 1º No casamento e filiação legítima*”. Ainda, o artigo 46º da referida Constituição trazia a Igreja Católica Apostólica Romana como religião tradicional da Nação Portuguesa<sup>145</sup>.

Na constância do Estado Novo foram promulgadas uma série de leis, cujo objetivo seria o de proteger os bons costumes, onde se estabeleciam punições aos infratores e benefícios aos delatores. Neste período a homossexualidade era considerada uma doença mental, tratada no manicômio<sup>146</sup>. O Estado protegia a família e os bons costumes. Em 1941, a 5 de maio foi promulgado o Decreto-lei 31:247, que integrava “*várias disposições sobre o uso e venda de fatos de banho*”, instituindo e estabelecendo “*o sistema de fiscalização e sanções a aplicar aos transgressores*”. Assim, homens e mulheres passariam a obedecer a regras específicas na forma de vestir na praia: Os homens deveriam utilizar “*fato inteiro em que o pano anterior se prolonga cobrindo toda a frente do calção, de costura a costura lateral. O calção deve ser justo à perna, de corte direito e terá um comprimento de perna mínimo de dois centímetros. A frente do fato, qualquer que seja a forma do decote, deve cobrir a parte anterior do tronco, tapando os mamilos. As costas podem ser decotadas até à cintura*”. Para as mulheres, “*o fato de banho deve ser inteiro e ter saioite fechado. O calção interior é justo à perna, de corte direito e deve ter o comprimento de perna mínimo de dois centímetros. O saioite, que pode ser independente do corpo do fato, terá o comprimento necessário para exceder, pelo menos de um centímetro, a extremidade inferior do calção depois de vestido. A frente do fato deve cobrir a parte anterior do corpo, não podendo o decote ser exagerado, a ponto de descobrir os seios. As costas poderão ser decotadas até dez centímetros acima da*

---

<sup>145</sup>Disponível na internet em <https://www.juonline.pt/politica/artigo/18098/as-leis-salazar.aspx> e em <https://dre.pt/application/dir/pdfgratis/1938/08/18500.pdf>

<sup>146</sup> Os homossexuais e outras pessoas acusadas de conduta imoral ou vadiagem, como prostitutas, chulos, doentes mentais, mendigos ou crianças em “risco moral” deviam ser escondidos da sociedade, e eram muitas vezes internados por longos períodos em estabelecimentos específicos de “reeducação”, como as Mítras, nos quais foram admitidas e maltratadas, de 1933 a 1951, mais de 12 mil pessoas. (Ver a reportagem de São José Almeida, jornal *Público*, 12 de Julho de 2009).

*cintura, sem prejuízo do corte das cavas que devem ser, quanto possível, cingidas às axilas*”<sup>147</sup>.

Na época do Estado Novo, em Portugal, vigorava um pensamento retrógrado, onde as condutas sociais eram restringidas para que não fossem violados “os bons costumes”. Tudo o que era contrário à “moralidade” da época deveria ser punido para que a ordem fosse restituída. O Estado então, tratou de promulgar Decretos e Portaria de teor moralista, com o objetivo de controlar as pessoas e restringir suas liberdades.

Continuando a ilustrar como era o pensamento da época, há que se observar o teor da Portaria nº 69035 de 1953, que se destinava a aumentar o policiamento em zonas, na altura, consideradas quentes. Lia-se: “*Verificando-se o aumento de actos atentatórios à moral e aos bons costumes, que dia a dia se vêm verificando nos logradouros públicos e jardins e, em especial, nas zonas florestais Montes Claros, Parque Silva Porto, Mata da Trafaria, Jardim Botânico, Tapada da Ajuda e outros, determina-se à Polícia e Guarda Florestais uma permanente vigilância sobre as pessoas que procurem frondosas vegetações para a prática de actos que atentem contra a moral e os bons costumes. Assim, e em aditamento àquela Portaria nº 69035, estabelece-se e determina-se que o artº 48º tenha o cumprimento seguinte:*

- 1º Mão na mão.....2\$50;*
- 2º Mão naquilo.....15\$00;*
- 3º Aquilo na mão.....30\$00;*
- 4º Aquilo naquilo.....50\$00;*
- 5º Aquilo atrás daquilo.....100\$00;*
- 6º Com a língua naquilo, 150\$00 de multa, preso e fotografado.”*<sup>148</sup>

À primeira vista pode-se até achar engraçado tais Decreto-lei e Portaria, contudo o que se revela é que o comportamento das pessoas era controlado pelo Estado, que restringia as pessoas em sua liberdade e em seu comportamento social e sexual. Durante o período de ditadura militar que se viveu em Portugal não há que se falar de reconhecimento jurídico de orientação sexual, pois sequer havia liberdade para que os indivíduos pudessem expressar suas convicções; os homossexuais eram considerados

<sup>147</sup> Disponível em <https://www.juonline.pt/politica/artigo/18098/as-leis-salazar.aspx>

<sup>148</sup> Disponível em <https://www.juonline.pt/politica/artigo/18098/as-leis-salazar.aspx>

criaturas doentes ou depravadas, contrários aos bons costumes e à moral religiosa que predominava na época.

Na Alemanha, até 1969, vigorava a legislação penal de 1875, onde o parágrafo 175 punia o comportamento homossexual entre homens. Este parágrafo nunca havia provocado muitos problemas até o momento em que os nazistas conquistaram o poder e decidiram usá-lo como arma política de vingança pessoal, que implicou no extermínio em massa de milhares de *gays* e *lésbicas*, sendo que, aqueles que não foram mortos, definharam nos mais diversos campos de concentração. Durante o regime nazista imposto por Hitler, a repressão e a discriminação em face dos homossexuais eram equiparadas àquelas despendidas contra os judeus, ciganos, comunistas, antifascistas e demais indivíduos considerados criminosos<sup>149</sup>.

Somente após o fim da Ditadura e com a restauração de um Estado de Direito em Portugal, houve a restauração das liberdades dos indivíduos. A Constituição de 1976 trouxe aos cidadãos um catálogo de direitos, liberdades e garantias destinados a todos. Observa-se que, tanto na Alemanha, como em Portugal houve governos autoritários com legislações permissivas da repressão do Estado sob os indivíduos. Com a restauração de Estados de Direito há espaço para que os indivíduos possam livremente buscar suas conquistas sociais, seus direitos e garantias. Contudo, com relação às conquistas dos indivíduos LGBTI, tal tarefa não será tão fácil, pois a sociedade como um todo não muda suas convicções de maneira rápida, a mudança de consciência e o respeito às diferenças somente são alcançadas com algum tempo. Somente no final do século passado e início deste século é que começam a se garantir direitos aos LGBTI, que passam a ser considerados como uma minoria a ser protegida legalmente.

É verdade que o período do pós-guerra no Ocidente foi marcado por importantes transformações nas relações de gênero e nas percepções da sexualidade. A década de 60 foi para a população LGBTI um período de surgimento de identidade coletiva pública e de movimentos sociais de libertação de estigmas e de combate à homofobia; contudo, não foi com facilidade que isso aconteceu. Entre a década de 40 de 60 houve vários acontecimentos importantes para o contexto da homossexualidade, quais sejam<sup>150</sup>:

---

<sup>149</sup> SANCHES, Vanessa K. C; *A discriminação por orientação sexual... cit.*, p. 29-30.

<sup>150</sup> NOGUEIRA, Conceição, OLIVEIRA, João Manuel de; *Estudo sobre a discriminação em função da orientação sexual e da identidade de gênero... cit.*, p. 74-76.

- 1945: Após a libertação dos campos de concentração pelas forças aliadas, os internados por homossexualidade não são libertados, mas sim obrigados a cumprirem as suas penas ao abrigo do Parágrafo 175 do Código Penal Alemão (anterior ao regime nazi), que punia a homossexualidade;

- 1950: Nos Estados Unidos, 190 indivíduos são demitidos de empregos públicos em virtude da sua orientação sexual, começando o que ficou conhecido como *Lavender Scare*;

- 1960-62: Júlio Fogaça, presidente do PCP, é preso pela PIDE numa pensão de Nazaré onde estava com um homem com quem mantinha uma relação e foi condenado como “pederasta passivo e habitual na prática de vícios contra a natureza”. A PIDE divulgou a confissão do companheiro de Fogaça nos círculos oposicionistas. Pouco tempo depois o PCP publicava no *Militante* uma notícia dizendo que Fogaça era expulso do partido por razões de natureza moral e irregularidades com fundos;

- 1962: O Illinois torna-se o primeiro estado dos Estados Unidos a remover as leis de sodomia do seu Código Penal. Estas leis, punitivas de actos sexuais entre homens persistiram até recentemente em algumas regiões dos EUA;

- 1969: Revolta de Stonewall em Nova York, marco simbólico do nascimento do movimento LGBTI contemporâneo;

- 1972: A Suécia é o primeiro país do mundo a autorizar a mudança legal de sexo a transexuais e a oferecer terapia hormonal gratuita;

- 1973: A American Psychiatric Association retira a homossexualidade do DSM-II, graças à pesquisa e activismo de Evelyn Hooker.

O Parlamento Europeu, em 13 de Março de 1984, aprovou uma Resolução sobre as discriminações sexuais no local de trabalho, advertindo que não poderiam se omitir ou aceitar passivamente as discriminações concretizadas sobre as mais diversas formas contra os homossexuais. Este Parlamento, manifestou-se contra este tipo de discriminação em homenagem ao princípio da dignidade e da liberdade do indivíduo e da justiça social, ligando esta ideia ao princípio da livre circulação de trabalhadores. O Parlamento, visando remover os obstáculos que impedissem a igualdade entre os trabalhadores com base em sua orientação sexual, fez as seguintes solicitações à Comissão: 1- que retomasse a iniciativa sobre os despedimentos individuais a fim de pôr

termo à realização de decisões abusivas com base nestas razões; 2 – que apresentasse propostas destinadas a evitar que nos Estados-membros os homossexuais fossem vítimas de discriminações não só na contratação como no estabelecimento das condições de trabalho; 3 – que fosse a representante dos Estados-membros na Organização Mundial de Saúde para conseguir que a homossexualidade fosse retirada da classificação internacional das doenças<sup>151</sup> (o que já foi feito há tempos, como já foi declarado no presente trabalho).

Quase dez anos mais tarde, em 8 de fevereiro de 1994, surgiu a Resolução do Parlamento Europeu sobre a igualdade de direitos entre os homossexuais e as lésbicas da Comunidade Europeia. O Parlamento Europeu, manifestou-se, neste ato normativo, de maneira favorável em relação à igualdade de tratamento entre as pessoas, independentemente da sua orientação sexual, instando todos os Estados-membros para que suprimissem o tratamento desigual dos indivíduos em relação a sua orientação sexual, tanto nas disposições jurídicas como nas administrativas e que, em cooperação com as organizações de lésbicas e de homossexuais, adotassem medidas e realizassem campanhas contra qualquer tipo de discriminação social dos mesmos<sup>152</sup>.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que reforça e amplia as disposições sobre não discriminação da Directiva 2000/78/CE sobre igualdade no trabalho, constitui o primeiro instrumento internacional em matéria de direitos humanos que proíbe totalmente a discriminação com base na orientação sexual. O princípio da não discriminação ocupa um lugar central na União Europeia e foi reforçado no Tratado de Lisboa pois, conforme se estabelece no TUE, art. 2º, a União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres. Ainda, o Tratado de Lisboa, no artigo 19º, nº 1, do TFUE afirma que, sem prejuízo das demais disposições dos Tratados e dentro dos limites das competências que estes conferem à União, o Conselho, deliberando por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial, e após aprovação do Parlamento Europeu, pode tomar as medidas necessárias para combater a

---

<sup>151</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Igualdade e não discriminação... cit.*, p. 142-143.

<sup>152</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Igualdade e não discriminação... cit.*, p. 143.

discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.

A ideia de que uma atividade sexual normal é aquela que ocorre entre dois adultos que nela consentiram plenamente começa lentamente a impor-se nos sistemas éticos e jurídicos dos países ocidentais<sup>153</sup>. Contudo, quanto à União Europeia, no que respeita à proteção dos direitos das pessoas LGBTI, a evolução legislativa varia consoante os Estados-Membros da UE. Esta evolução desigual demonstra que os progressos se estão a processar a ritmos diferentes e irregulares em toda a União Europeia, subsistindo grandes diferenças entre os Estados-Membros da UE. Os obstáculos podem ser em grande medida atribuídos à persistência da intolerância e das atitudes negativas contra as pessoas LGBTI<sup>154</sup>.

Judit Talács afirma que os indivíduos LGBTI na Europa Oriental são minorias menos reconhecidas do que no resto da Europa. Afirma-se que na Hungria a homofobia e a discriminação são fatores que fazem poucos indivíduos LGBTI viverem abertamente, optando pela obscuridade. Neste país o clima é hostil para estas pessoas, pois quando estas se revelam são por vezes rejeitados pela própria família, os estudantes sofrem bullying, os gays são espancados e gays e lésbicas são forçados a deixar seus empregos. Os direitos desses indivíduos são violados pela legislação estadual, nas decisões judiciais e na vida cotidiana.<sup>155</sup>

Analisando a conquista de direitos obtida pelos indivíduos LGBTI em Portugal verifica-se que: quanto ao casamento, a Lei nº 9/XI de 2010, que entrou em vigor em 05 de junho de 2010, permitiu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, o que implicou alterações ao regime do casamento previsto no Código Civil, ocasião em que o artigo 1577º do CC passou a ter a seguinte redação: “*Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código*”; contudo, tal lei permissiva do casamento homossexual não mudou o sistema de adoção (o que só veio acontecer mais tarde, em 2016), posto que as alterações introduzidas pela referida lei não implicou a admissibilidade legal da adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo.

---

<sup>153</sup> BELEZA, Teresa Pizarro, MELO, Helena Pereira de; *Discriminação... cit.*, p. 17.

<sup>154</sup> FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia; *Direitos... cit.*, p. 01.

<sup>155</sup> TAKÁCS, Judit; *How top ut equality into practice? Anti discrimination and equal treatment policymaking and LGBT people*; Budapest: ÚMK, 2014, p. 61-62.

Portugal foi o oitavo país do mundo a realizar em todo território nacional, casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Importante ressaltar que a aprovação da referida lei causou polêmica na Assembleia da República, sendo que a lei foi aprovada com 126 votos a favor, 97 contra e 7 abstenções no dia 08 de janeiro de 2010. Em 17 de Maio de 2010, o Presidente da República Aníbal Cavaco Silva, após ter recebido a confirmação do Tribunal Constitucional de que o diploma legal era constitucional, convocou uma conferência de imprensa para revelar ao país a sua decisão e as razões para a promulgação. Na ocasião, o discurso realizado pelo presidente foi visto com algum desagrado, pois demonstrou que não realizava a promulgação da referida lei de ânimo leve, citando mesmo alguns países europeus que haviam adoptado outra solução legal como a união civil ao invés do casamento, e revelando que somente faria tal promulgação porque, frente à grave crise que Portugal apresentava, não devia ser seu papel dividir, mas sim juntar os portugueses<sup>156</sup>.

A adoção por pessoas do mesmo sexo, ou como também é chamada a adoção homoparental, foi aprovada, em Portugal, a 10 de fevereiro de 2016. O presidente Aníbal Cavaco Silva havia vetado o projeto de lei aprovado em dezembro de 2015, mas o Parlamento português derrubou o veto presidencial. A adoção homoparental é legal atualmente em vinte e quatro países (África do Sul, Andorra, Argentina, Áustria, Bélgica, Brasil, Canadá, Colômbia, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, França, Holanda, Irlanda, Islândia, Israel, Luxemburgo, Malta, Noruega, Nova Zelândia, Portugal, Reino Unido, Suécia e Uruguai). Consiste em adoção de crianças por pessoas homossexuais e pode ser realizada nas seguintes formas: adoção conjunta por um casal de pessoas do mesmo sexo; coadoção por um dos parceiros do filho biológico ou adotivo do cônjuge; adoção monoparental (por um único indivíduo LGBTI)<sup>157</sup>.

A Constituição da República Portuguesa, no artigo 26º, nº 1 *in fine*, impõe um dever de legislar sempre que seja necessária a adopção de medidas para combater a discriminação em razão da orientação sexual, uma vez que esta se insere entre as formas e situações de discriminação que a Constituição considera intoleráveis. Verificam-se alguns exemplos de leis que visam combater este tipo de discriminação: 1) Em matéria de desporto encontramos a Lei nº5/2007, de 16 de Janeiro - o artigo 2º da referida lei, quando da enumeração dos princípios norteadores do sistema desportivo português, revela o princípio da não discriminação em razão da orientação sexual; 2) Em

---

<sup>156</sup> Disponível em [www.lgbt.pt](http://www.lgbt.pt)

<sup>157</sup> Disponível em [www.lgbt.pt](http://www.lgbt.pt)

matéria de trabalho, o artigo 14º (“Proibição de discriminação”) da Lei nº 59/2008, de 11 de Setembro, que aprova o contrato de trabalho em funções públicas, determina que a entidade empregadora pública não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, baseada na orientação sexual; 3) A Lei nº 7/2009, de 12 de Setembro, que aprova a revisão do Código do Trabalho, determina no artigo 25º não pode o empregador praticar qualquer discriminação em razão da orientação sexual; 4) O Decreto-Lei nº 260/2009, de 25 de Setembro, que regula o exercício da atividade da empresa de trabalho temporário, determina no artigo 23º, que no âmbito da sua atividade, a agência deve actuar segundo o princípio da igualdade de oportunidades no acesso ao emprego, não podendo praticar qualquer discriminação baseada na orientação sexual; 5) O Decreto-Lei nº 299/2009, de 14 de Outubro, que trata dos deveres especiais do pessoal policial, determina no artigo 8º, alínea b) que os agentes devem actuar sem discriminação em razão da orientação sexual; 6) A Lei nº 115/2009, de 12 de Outubro, que trata da Execução das Penas Privativas de Liberdade, no artigo 3º determina que a execução das penas é imparcial e não pode privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever nenhum recluso, nomeadamente em razão de orientação sexual; 7) A Lei nº 60/2009, de 06 de Agosto, em seu artigo 2º, determina que constitui uma das finalidades da educação sexual, a eliminação dos comportamentos baseados na discriminação sexual ou na violência em razão do sexo e da orientação sexual; 8) A Resolução nº 39/2010 da Assembleia da República, de 8 de Abril, recomenda ao Governo adopção de medidas que visem combater a actual discriminação dos homossexuais e bissexuais nos serviços de recolha de sangue<sup>158</sup>.

A Comissão para Cidadania e Igualdade de Género – CIG, através da Resolução do Conselho de Ministros nº 103/2013, lançou o V Plano Nacional para a Igualdade de Género, Cidadania e Não-discriminação 2014 - 2017 (V PNI). Tal plano enquadra-se nos compromissos<sup>159</sup> assumidos por Portugal em diversas instâncias internacionais, como a Organização das Nações Unidas, o Conselho da Europa, da União Europeia e a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Tal plano visa o reforço da promoção da igualdade de género em todas as áreas de governação, incluindo uma forte

---

<sup>158</sup> BELEZA, Teresa Pizarro, MELO, Helena Pereira de; *Discriminação... cit.*, p. 19-20.

<sup>159</sup> Dentre os compromissos, destacam-se: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres; a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim; o Pacto Europeu para a Igualdade entre Homens e Mulheres (2011-2020); a Estratégia para a Igualdade entre Mulheres e Homens 2010-2015 e a Estratégia Europa 2020.

componente de transversalização da dimensão da igualdade de gênero na atividade de todos os ministérios, constituindo um importante meio para a coordenação intersectorial da política de igualdade de gênero e de não-discriminação em função do sexo e da orientação sexual<sup>160</sup>. Tal plano foi também responsável pelas conquistas legislativas já referidas assumidas entre os anos de 2014 e 2017.

Segundo um relatório patrocinado pelo Estado português e apresentado no ano de 2017 - *Uma Pesquisa Mundial de Leis de Orientação Sexual: Criminalização, Protecção e Reconhecimento - Portugal está entre os países mais avançados do mundo em matéria de reconhecimento de pessoas LGB (Lésbicas, Gays, Bissexuais)*. Portugal é um dos nove Estados do mundo a incluir na sua Constituição a proibição de discriminação em razão da orientação sexual. É um dos 23 Estados a reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo e um dos 28 a reconhecer outras formas de união. É ainda um dos 26 Estados a aceitar o direito à adopção conjunta e um dos 27 a aceitar o direito à co-adopção. E um dos 72 Estados a ter disposições legais contra a discriminação no emprego com base na orientação sexual. Embora esse não seja o enfoque do relatório, os autores chamam também a atenção para as mudanças relacionadas com as pessoas transgênero. No ano de 2016, o parlamento da Noruega aprovou a autodeterminação da identidade de gênero, engrossando o grupo formado por Dinamarca, Malta e Irlanda. Ainda, Portugal tem, neste momento, três projectos de lei na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias a defender a autodeterminação de gênero (um da autoria do Bloco de Esquerda, outro do PAN – Pessoas, Animais, Natureza e outro do Governo). A proposta do executivo foi a última a entrar e é mais abrangente. É pelo direito à autodeterminação da identidade de gênero e expressão de gênero e pelo direito à protecção das características sexuais de cada pessoa. Contudo, o relatório ainda retrata um panorama discriminatório em diversos países. Apesar das leis que protegem as pessoas LGB da discriminação e da violência têm estado a expandir-se, mesmo assim, ainda há 72 países a criminalizar o sexo consentido entre homens. Em 42 desses países, tal disposição legal aplica-se também a mulheres.<sup>161</sup>.

Roger Raupp caracteriza três grandes maneiras em que o ordenamento jurídico trata da questão da homossexualidade. Em primeiro lugar há o modelo de

---

<sup>160</sup> CIG – Comissão para a Cidadania e Igualdade de Gênero; *V Plano nacional para a igualdade de género, cidadania e não discriminação, 2014-2017*; In: *Diário da República*, 1.ª série — N.º 253 — 31 de dezembro de 2013, p. 7036.

<sup>161</sup> Disponível em <http://ilga-portugal.pt/noticias/index.php?codigo=925>

reconhecimento – mínimo – da orientação homossexual dentro dos ordenamentos jurídicos, que, efetivamente e simplesmente, não criminaliza a conduta ou a atração homossexual; e, segundo lugar, existem ordenamentos jurídicos ao redor do mundo que, além de não criminalizarem, proibem sua discriminação – modelo denominado de reconhecimento intermediário – e há os que, além disso, incluem medidas de promoção da igualdade e da diversidade, debatendo os fundamentos filosóficos de tais medidas<sup>162</sup>.

Como já foi afirmado anteriormente quando da análise da legislação que trata sobre discriminação das pessoas, verifica-se que tanto a Constituição da República Portuguesa como o Código do Trabalho de 2009 protegem os indivíduos contra a discriminação das pessoas em função de sua orientação sexual. Ainda, o Estado português promulgou leis que promovem direitos aos homossexuais, nomeadamente, as leis de casamento entre pessoas do mesmo sexo e a lei que permite a adoção por indivíduos homossexuais. O ordenamento jurídico português, portanto, já ultrapassou a etapa do reconhecimento intermediário e começa, aos poucos, a implementar medidas no sentido da promoção da igualdade e da diversidade. No que compete à legislação trabalhista e sua evolução quanto à proteção contra a discriminação dos LGBTI, será analisado mais especificamente no item a seguir que trata do reconhecimento jurídico-laboral e efeitos do contrato de trabalho.

### **3.3. Reconhecimento jurídico-laboral e proibição de discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero**

A evolução ocorrida nos últimos anos mostra uma consciência crescente dos direitos das pessoas lésbicas, homossexuais, bissexuais, transgêneros e intersexuais (LGBTI) na União Europeia. O Tratado de Lisboa, com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, juridicamente vinculativa, reforça o quadro da legislação em matéria de não discriminação. A UE está agora obrigada a combater a discriminação, nomeadamente em razão da orientação sexual, em todas as suas políticas e actividades. A nível internacional, o consenso quanto à necessidade de combater a discriminação em razão da orientação sexual e da identidade de gênero foi fortemente

---

<sup>162</sup> RIOS, Roger Raupp, PIOVESAN, Flávia; *A discriminação por gênero e por orientação sexual*. In: *Seminário internacional as minorias e o direito*; Brasília: 2001; Série Cadernos do CEJ, Vol. 24. Disponível na internet (<http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo05.pdf>); p. 158.

reafirmado, com a adopção de duas recomendações e de uma resolução do Comité dos Ministros e da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa<sup>163</sup>.

Em Portugal, tanto a Constituição como o Código de Trabalho proíbem a discriminação em razão da orientação sexual. Tais dispositivos legais proibitivos deste tipo de discriminação já foram analisados neste trabalho em capítulo próprio (capítulo 2). Somente será feita a análise novamente dos mais importantes, com as suas devidas especificidades. O artigo 13º, nº 2 da Constituição da República Portuguesa dita que ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual e o artigo 25º do Código de Trabalho que dita que o empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta, em razão de fatores como a ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar e económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical. (Grifo nosso).

O princípio da igualdade também é compreendido quanto à determinação do valor da retribuição (conforme artigo 270º, do Código do Trabalho), que haverá de ser interpretado também conforme artigos 23º, alíneas c) e d) (que trazem os conceitos de trabalho igual e de valor igual); art. 24º, nº 1 e 24º, nº 2, alínea c), este último garantidor do direito à igualdade no que concerne à retribuição e outras prestações patrimoniais. Este princípio deverá ser entendido no contexto da quantidade (duração e intensidade), natureza (dificuldade, penosidade e perigosidade) e qualidade (conhecimentos práticos e capacidade) do trabalho prestado. Neste contexto entende que se o trabalho é igual, a remuneração também deve ser igual; portanto, há que se ressaltar que a discriminação não se confunde com a diferenciação – se o trabalho pode ser caracterizado diferente por ser diverso em quantidade, qualidade ou natureza não há que se falar em igualdade de remuneração; de forma contrária, poderá ser caracterizada a

---

<sup>163</sup> FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia; *Direitos das pessoas lésbicas, homossexuais, bissexuais e transexuais (LGBT) na União Europeia*; Luxemburgo, 2011. Disponível na internet ([http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1757-FRA-Factsheet-Homophobia-Study-2010-FS1\\_PT.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1757-FRA-Factsheet-Homophobia-Study-2010-FS1_PT.pdf)), p. 1.

discriminação quando diante de situações similares de quantidade, natureza e qualidade de trabalho prestado, há desigualdade de remuneração<sup>164</sup>.

O artigo 25º, nº 5 do Código do Trabalho dita que cabe a quem alega discriminação indicar o trabalhador ou trabalhadores em relação a quem se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer factor de discriminação. Tratou-se de estender a regra da inversão do ônus da prova a todas as práticas discriminatórias, para além do alcance redutor da igualdade em função do sexo. Ainda, tal regra da inversão do ônus da prova aplica-se, não apenas a propósito das condições de trabalho, mas também no acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais<sup>165</sup>.

Há que se observar que o artigo 25º, nº 2 do Código do Trabalho autoriza, no entanto, o empregador a promover juízos de seleção, que não serão considerados discriminatórios, tendo em conta a natureza das atividades profissionais ou o contexto da execução do contrato de trabalho e o respeito aos princípios da proporcionalidade e da adequabilidade. Cabe ao trabalhador a prova da discriminação e ao empregador o ônus da prova de inexistência de qualquer critério ou medida discriminatória; ou seja, compete ao trabalhador demonstrar o factualismo discriminatório e ao empregador a prova de que tais factos não integram tais comportamentos<sup>166</sup>.

Sobre a inversão do ônus da prova, interessante é a compreensão do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de Outubro de 2009, processo 838/05.2TTTCBR.C1.S. O referido Acórdão dita que nos termos do nº 3 do art. 23º do CT incumbe a quem alegar a discriminação, fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminado, cabendo ao empregador provar que as condições de trabalho não assentam em nenhum dos factores indicados no nº 1 daquele artigo, consagrando, assim, uma inversão da regra geral do ônus da prova estabelecido no art. 342º do CC, de sorte a fazer impender sobre a entidade empregadora a prova de que o tratamento desfavorável conferido ao trabalhador não se fundou naqueles factores, antes tendo esse tratamento justificação bastante, dotada de plausibilidade<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> QUINTAS, Paula, QUINTAS, Helder; *Manual de direito do trabalho... cit.*, p. 199.

<sup>165</sup> DRAY, Guilherme Machado, *Igualdade e não discriminação*; In: CARVALHO, Paulo Morgado de; *Código do trabalho: a revisão de 2009*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 129-130.

<sup>166</sup> QUINTAS, Paula, QUINTAS, Helder; *Manual de direito do trabalho... cit.*, p. 201.

<sup>167</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

O Código do Trabalho de 2009 (artigo 26º, nº 3) procedeu à extensão da regra que prevê a invalidade das regras contrárias ao princípio da igualdade constantes de regulamentos internos de empresa ou de instrumentos de regulação colectiva de trabalho, para todos os fatores de discriminação, além do sexo. Trata-se de um aperfeiçoamento quanto à expansão do princípio da igualdade, para ultrapassar o alcance redutor da igualdade em função do sexo que previa o Código do Trabalho de 2003<sup>168</sup>.

Ainda, o Código do Trabalho também prevê a proibição do assédio discriminatório do trabalhador, seja ele assédio moral ou assédio sexual (artigo 29º do Código do Trabalho). O assédio, seja o moral como o sexual, é praticado com o fim de perturbar ou constranger a pessoa, afectar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador, aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional<sup>169</sup>.

Apesar da protecção legal de que gozam, a população LGBTI prefere, habitualmente, não revelar a sua orientação sexual no local de trabalho, com receio de eventuais consequências negativas. Os que falam abertamente da sua sexualidade são muitas vezes vítimas de exclusão das actividades sociais, assim como de violência física e verbal, e vêem diminuídas as suas perspectivas de emprego<sup>170</sup>.

Nas relações de trabalho de uma maneira geral, ainda existem, nos dias de hoje, trabalhadores LGBTI que deixam de ser contratados, são despedidos ou têm a sua carreira profissional prejudicada por fatores que se prendem claramente à orientação sexual inferida ou assumida. O preconceito arraigado na mentalidade heterossexista, ou até mesmo homofóbica de muitos empregadores, independentemente do tamanho da empresa ou da capacidade económica, faz com que muitos indivíduos LGBTI, com medo de serem discriminados ou preteridos a alguma promoção, ocultem a sua opção sexual, o que não raras vezes é motivo de um intenso sofrimento interno<sup>171</sup>.

As violações dos direitos humanos das pessoas lésbicas, homossexuais, bissexuais e transexuais (LGBTI) incluem violência, assédio, discriminação, exclusão, estigmatização e preconceitos. Isto é particularmente verdadeiro em países onde a homossexualidade é criminalizada. Entretanto, este grupo, na maioria dos países, depara-se com barreiras no acesso ao emprego ou no local de trabalho. Alguns estudos

---

<sup>168</sup> DRAY, Guilherme Machado; *Igualdade e não discriminação... cit.*, p. 130.

<sup>169</sup> DRAY, Guilherme Machado; *Igualdade e não discriminação... cit.*, p. 130 - 131.

<sup>170</sup> FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia; *A legislação... cit.*, p. 01.

<sup>171</sup> SANCHES, Vanessa K. C; *A discriminação por orientação sexual... cit.*, p. 72.

identificaram a discriminação como sendo responsável pela diferença salarial, de 3 % e 30 %, entre trabalhadores homossexuais e heterossexuais. Um estudo realizado no Reino Unido, baseado em dados do Inquérito à Força de Trabalho, concluiu que os homens homossexuais recebiam, em média, cerca de menos 5% que os seus homólogos heterossexuais<sup>172</sup>.

A Carta Social Europeia garante os direitos sociais e económicos, incluindo o direito ao trabalho, e o princípio da não discriminação aplica-se a todos os direitos nela enunciados. O Comitê de Ministros, em 2010, emitiu recomendação que, explicitamente, coloca a orientação sexual e a identidade de gênero entre os motivos proibidos de discriminação na esfera do emprego. Uma provisão específica abrange a proteção da privacidade de pessoas transexuais e da proteção do seu histórico de identidade de gênero, na fase de formação do contrato de trabalho<sup>173</sup>.

Não existe qualquer prova ou fundamento que justifique a atitude discriminatória dos empregadores, na medida em que a orientação sexual ou de gênero de cada indivíduo não guarda qualquer relação com a produtividade e sua capacidade intelectual. Da mesma forma que os heterossexuais, os indivíduos LGBTI têm totais condições para desenvolver suas atividades com competência e sucesso. Não existe, portanto, qualquer relação, direta ou indireta, entre produtividade, capacidade e orientação sexual a justificar a discriminação operada em face dos homossexuais no mercado de trabalho como um todo<sup>174</sup>.

Contudo, os trabalhadores LGBTI com parceiros nem sempre têm direito às mesmas prestações que as pessoas casadas, sobretudo pelo facto de o casamento entre pessoas do mesmo sexo não ser reconhecido em muitos países do mundo. Muitas vezes, os trabalhadores LGBTI não podem incluir os seus parceiros nos planos de seguro de saúde das empresas, nas garantias de licença por motivo de saúde e noutras prestações concedidas a trabalhadores não-LGBTI. Consequentemente, podem ser financeiramente penalizados, de forma indirecta, no local de trabalho ou na sociedade devido à sua orientação sexual<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> OIT – Organização Internacional do Trabalho; *Igualdade no trabalho: um desafio contínuo*, Conferência Internacional do Trabalho, 100ª Sessão, Genebra, 2011, p. 57.

<sup>173</sup> Commissioner for Human Rights; *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*; France: Council of Europe Publishing, 2011, p. 117.

<sup>174</sup> SANCHES, Vanessa K. C; *A discriminação por orientação sexual... cit.*, p. 72.

<sup>175</sup> OIT – Organização Internacional do Trabalho; *Igualdade no trabalho... cit.*, p. 57.

Dito isto, na prática, os trabalhadores LGBTI podem experimentar a negação de benefícios fornecidos aos trabalhadores heterossexuais e seus cônjuges, tais como; a licença parental; seguro de saúde para funcionários e suas famílias; instalações educacionais e de lazer para funcionários e suas famílias; licença de luto ou licença para cuidar de um parceiro doente; e benefício de sobrevivente em planos de pensão ocupacionais. Ainda quanto aos transgêneros pode ocorrer discriminação quando eles não são abordados pelo nome correto e / ou pronome ou quando lhes for negado tempo de afastamento do trabalho para terapia de reatribuição de gênero; ainda, nos estados em que homens e mulheres se aposentam em diferentes idades, as mulheres transgêneras podem ser forçadas a esperar por uma pensão do estado até atingirem a idade de aposentadoria masculina<sup>176</sup>.

Nos Estados Unidos, estudos mostram a existência de discriminação generalizada e contínua contra trabalhadores LGBTI. Em resposta a pesquisas, os trabalhadores LGBTI relatam consistentemente ter experimentado discriminação, e pessoas não-LGBTI frequentemente relatam ter testemunhado discriminação contra seus colegas LGBTI. Por exemplo, uma pesquisa nacional conduzida pelo Pew Research Center em 2013 descobriu que 21% dos entrevistados LGBTI haviam sido tratados injustamente por um empregador na contratação, pagamento ou promoções. Além disso, a Pesquisa Social Geral de 2008, representada a nível nacional, concluiu que 27% dos homossexuais masculinos e lésbicos sofreram assédio no local de trabalho nos últimos cinco anos e 7% perderam um emprego devido à sua orientação sexual. Recentemente, em 2010, 78% dos entrevistados na maior pesquisa com transgêneros relataram ter sofrido assédio ou maus tratos no trabalho, e 47% relataram ter sido discriminados por contratação, promoção ou retenção de emprego por causa de sua identidade de gênero<sup>177</sup>.

Pesquisa realizada entre países da Europa revelou que entre 2005 e 2010 poucos casos de discriminação no emprego chegaram aos tribunais ou órgãos de igualdade em pelo menos 21 estados membros do Conselho da Europa (Áustria, Bélgica, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estónia, França, Alemanha, Hungria, Letónia, Lituânia, Itália, Países Baixos, Noruega, Polónia, Roménia, Federação da Rússia, Espanha, Suécia, Turquia e Reino Unido). A pesquisa também revelou que um número significativo de pessoas LGBTI foram discriminados no trabalho, mas esses incidentes

---

<sup>176</sup> Commissioner for Human Rights; *Discrimination on grounds of sexual... cit.*, p. 118.

<sup>177</sup> MALLORY, Christy, HASENBUSH, Amira, LIEBOWITS, Sara; *Employment Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity in West Virginia*; California: UCLA, 2013, p. 2.

não foram formalmente relatados. Essas pesquisas incluem 52% dos trabalhadores LGBTI no Reino Unido pesquisados por um sindicato; 39% dos trabalhadores lésbicos e gays pesquisados na Dinamarca, mais de um terço dos entrevistados na Hungria, 56% dos funcionários transgênero pesquisados na Espanha<sup>178, 179</sup>.

A discriminação dos indivíduos LGBTI nos processos de formação do contrato de trabalho, a comprovação de assédio discriminatório durante a relação laboral, a inobservância de concessão de benefícios em prejuízo dos trabalhadores homossexuais frente aos trabalhadores homólogos heterossexuais no decorrer do contrato, além da rescisão contratual motivada por fatores discriminatórios ocorrem diariamente na realidade da sociedade portuguesa e internacional. No que tange à sociedade portuguesa, verifica-se que somente a mudança da legislação, seja a constitucional como a infraconstitucional, não é suficiente para prevenir os diversos tipos de discriminação que decorrem da atividade laborativa.

A Ilga Portugal, através de seu Observatório da Discriminação em função da orientação sexual e identidade de gênero, elaborou um relatório referente a dados relativos às denúncias de práticas discriminatórias recebidas durante todo o ano de 2016 dentro do território português (continente e ilhas). Tais denúncias foram recolhidas, de forma anônima e confidencial, através de formulários em formato papel ou online disponibilizado pela Ilga Portugal. Dentre as situações denunciadas, 14, 91% ocorreram no local de trabalho, sendo que 6,21% foram caracterizados como discriminação no trabalho, designadamente nas oportunidades de contratação, progressão na carreira ou nos motivos para despedimento. As demais situações denunciadas que ocorreram no ambiente de trabalho foram caracterizadas como insultos ou ameaças, na forma verbal ou escrita (redes sociais, sms e e-mail). Ainda, quanto à autoria dos atos discriminatórios, 13,29% tratam-se de chefes ou colegas de trabalho. Quanto às consequências deste tipo de discriminação, as vítimas relataram sentimentos depressivos, dificuldade no acesso ao trabalho ou na progressão da carreira profissional, frustração e dificuldade em criar ou manter amizades. Dentre a totalidade das denúncias apresentadas ao Observatório da Discriminação, na maioria das situações (60,28%) não houve denúncia a nenhuma

---

<sup>178</sup> Commissioner for Human Rights; *Discrimination on grounds of sexual... cit.*, p. 118.

<sup>179</sup> Exemplos de casos de discriminação e assédio identificados por este relatório incluem um funcionário público croata que recebeu um escrito no porão pois seus superiores entendiam que um “bicha deveria morrer no porão com ratos”. Os supervisores supostamente não responderam ao seu memorando, e ele estava relutante em trazer uma acusação contra o ministério. Ainda, uma transgênero na Moldávia afirmou ter sido dispensada de seu cargo de professora do ensino médio durante sua terapia hormonal, apesar dos pedidos dos pais de seus alunos para deixá-la ficar.

autoridade ou entidade responsável; destes, 23% alegaram receio ou medo de represálias, de exposição da identidade a um contexto não seguro, de consequências negativas no contexto familiar ou no local de trabalho, 20% revelam descrença e expectativa de discriminação quanto às autoridades e entidades competentes, 7% não denunciam por falta de provas e 2% revelam vergonha em fazer a denúncia<sup>180</sup>.

É preciso que haja consciência social quanto à tolerância com o que se considera diferente do convencional e, que então os indivíduos LGBTI possam ser tratados com o respeito e a dignidade que lhes é devida. Também há que se observar que, conforme se verifica pela ausência de jurisprudência nacional, os trabalhadores LGBTI que sofrem discriminação na formação, durante o contrato ou que são despedidos pelo fato de serem homossexuais ou transexuais, não buscam fazer valer os seus direitos pela via judicial, o que favorece a continuidade deste processo discriminatório de que são vítimas.

O Direito do Trabalho é o resultado de uma luta constante dos trabalhadores em geral, que buscaram, socialmente, o reconhecimento de seus direitos frente à exploração do trabalho pelo poder econômico. A legislação trabalhista vem equilibrar a situação do empregado diante do empregador, que é o detentor da força econômica naquela relação contratual. O incremento na legislação constitucional e infraconstitucional portuguesas de normas protetivas quanto à discriminação dos trabalhadores LGBTI é de vital importância para que estes trabalhadores estejam aptos a reivindicar os seus direitos. Paulatinamente tais trabalhadores buscarão fazer valer os seus direitos pela via judicial e então começará a se formar jurisprudência nos tribunais portugueses, a exemplo do que já vem acontecendo em outros países, como o Brasil, alguns países da Europa e no Tribunal de Justiça da União Europeia.

### **3.3.1. Discriminação na fase de formação do contrato individual de trabalho**

O artigo 11º do Código do Trabalho define que contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.

---

<sup>180</sup> ILGA – Observatório da discriminação em função da orientação sexual e identidade de gênero; *Relatório 2016: A discriminação homofóbica e transfóbica em Portugal*; ILGA Portugal, 2017; p. 12-21.

Segundo Bernardo da Gama Lobo Xavier, o contrato de trabalho é um negócio jurídico bilateral, isto é, um acordo vinculativo formado por duas declarações de vontade contrapostas, em que cada um dos contraentes prossegue interesses diferentes e até opostos, mas que chegam a uma regulamentação comum e, portanto, a um resultado unitário. O jurista explica que, nos moldes da teoria geral do Direito Civil, o Direito do Trabalho é constituído por duas declarações: o empregador, por um lado, manifesta a vontade de admitir ao seu serviço o trabalhador, para que este desempenhe as atividades inerentes a uma função, comprometendo-se a pagar-lhe determinado salário (retribuição); e, por outro lado, o trabalhador se obriga a executar tais atividades, sob a autoridade e no âmbito da organização do empregador, contra o pagamento do referido salário. Do encontro dessas duas declarações nasce o contrato de trabalho<sup>181</sup>.

António Monteiro Fernandes caracteriza o contrato de trabalho como sinalagmático, pois empregador e empregado, como partes contratuais que são, contraem obrigações que se correlacionam. Com efeito, são elementos definidores do contrato de trabalho tanto a obrigação de trabalho como a obrigação de retribuir, ligadas por um nexo de condicionalidade recíproca; nexo este que não se revela somente na formação do contrato de trabalho, mas que também se projecta no desenvolvimento da relação jurídico-laboral<sup>182</sup>.

A formação do contrato de trabalho, está dependente de quatro princípios, quais sejam: o princípio da liberdade (correspondente à autonomia privada prevista no art. 405º do CC e à liberdade na escolha de profissão, prevista no art. 47º da CRP); o princípio do pleno emprego (art. 58º, nº 1 da CRP – direito concedido aos trabalhadores contra o Estado mas não invocável contra os empregadores); o princípio da igualdade (estabelecido em especial no art. 13º, nº 2 da CRP, que vigora também em relação ao contrato de trabalho, tendo no domínio laboral uma concretização nos artigos 59º da CRP e 23º e ss do CT – estabelece-se principalmente a não discriminação de trabalhadores, pretendendo evitar-se situações de desigualdade); e o princípio da boa-fé (subjacente quer à celebração, quer à execução do contrato de trabalho, encontrando consagração nos arts. 102º e 126º, nº 1 do CT, respectivamente, e, subsidiariamente os arts. 227º, nº 1 e 762º, nº 2 do CC – não apenas na formação do contrato, como também

---

<sup>181</sup> XAVIER, Bernardo da Gama Lobo; *Manual do direito do trabalho*; Lisboa: Verbo, 2014, p. 306.

<sup>182</sup> FERNANDES, António Monteiro; *Direito do trabalho*; Coimbra: Almedina, 2014, p. 158-159.

durante a sua execução, as partes devem proceder segundo as regras da boa-fé sob pena de responder pelos danos culposamente causados)<sup>183</sup>.

Segundo João Leal Amado, quando da celebração do contrato de trabalho, devem ser observados, principalmente, os princípios da liberdade contratual e o princípio da igualdade no acesso ao emprego. Dessa forma, as partes poderão escolher livremente se e com quem querem celebrar o contrato de trabalho, mas não poderão basear-se em fatores discriminatórios (art. 24º, nº 1 do CT) nos critérios de seleção para a contratação de pessoal<sup>184</sup>.

Como já foi aqui observado, o contrato de trabalho é um contrato bilateral, e como tal a sua formação depende de duas declarações de vontade contrapostas – proposta e aceitação, em conformidade com os artigos 217º e ss do CC. Da proposta devem constar todos os elementos negociais que possibilitem que para sua conclusão seja suficiente a simples aceitação do destinatário. Por sua vez, e em conformidade com o artigo 110º do Código do Trabalho, o contrato de trabalho é um negócio jurídico consensual, não dependendo por isso da observância de forma especial (exceto nos casos previstos na lei). Dessa forma, este tipo de contrato forma-se através de duas declarações, onde o empregador assume, normalmente, a figura de proponente e o futuro trabalhador a de destinatário<sup>185</sup>.

Maria do Rosário Palma Ramalho afirma que, na fase de formação do contrato de trabalho, as partes devem sempre se nortear pelo princípio da boa-fé. Tal princípio impõe às partes que estas não frustrem de forma injustificada as expectativas da outra parte em relação ao negócio jurídico e que adoptem sempre um comportamento correto, com respeito aos deveres de informação e lealdade. Ainda, a autora ressalta que o princípio da igualdade e da não discriminação impõe limites à liberdade do empregador, durante esta fase de formação do contrato de trabalho<sup>186</sup>.

A autora supracitada ensina que o elemento de pessoalidade do contrato de trabalho, conjugado com o princípio da reserva da vida privada, impõe limites aos deveres de informação na fase de formação contratual, posto que os aspectos referentes à vida extra laboral do empregado devem ser preservados. Desta forma, os aspectos referentes a vida privada do empregado, tais como o estado de saúde, a situação familiar,

---

<sup>183</sup> FALCÃO, David; TOMÁS, Sérgio Tenreiro; *Lições de direito do trabalho... cit.* p. 43-44.

<sup>184</sup> AMADO, João Leal; *Contrato de trabalho: noções básicas*; Coimbra: Coimbra Editora; 2015; p. 141.

<sup>185</sup> FALCÃO, David; TOMÁS, Sérgio Tenreiro; *Lições de direito do trabalho... cit.* p. 44-45.

<sup>186</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma; *Direito do trabalho – Parte II: Situações laborais individuais*; Coimbra: Almedina, 2010, p. 150-151.

convicções religiosas, partidárias, orientação sexual, são limites a serem observados e que não se submetem ao dever de informação<sup>187</sup>.

Há que se observar que as informações prestadas pelo empregador e pelo trabalhador, quando da formação do contrato de trabalho, servem a objetivos parcialmente diferentes. As informações prestadas pelo trabalhador ao empregador são relevantes para a formação da vontade negocial; contudo, as informações prestadas pelo empregador ao trabalhador também são reveladoras de maior clarificação do conteúdo contratual, além de fazer prova da existência do contrato, por força do princípio da liberdade de forma do vínculo laboral.<sup>188</sup>

No que toca aos limites do dever de informação do trabalhador, quando da formação do contrato de trabalho, o artigo 106º, nº 2 do Código do Trabalho, tem que ser articulado com as disposições referentes ao direito à reserva da vida privada (artigos 16º e 17º do CT), aos preceitos referentes aos direitos da personalidade (artigos 70º. ss. do CC) e ainda aos preceitos constitucionais relevantes em matéria de direitos fundamentais. Dessa forma, os trabalhadores que se candidatem a um emprego, não tem a obrigação de informar o empregador sobre aspectos alheios à relação contratual, tais como os aspectos ligados à sua vida privada, que tenham a ver com a sua esfera pessoal, familiar ou íntima. Tal decorre das regras constitucionais e civis sobre o direito à reserva da intimidade da vida privada (art. 26º, nº 1 da CRP e art. 80º do CC), além do preceito quanto ao âmbito do direito de reserva (art. 16º, nº 2 do CT) e do art. 17º, nº 1 do CT que versa sobre a proibição ao empregador de inquirir, no processo de recrutamento, sobre matérias determinadas.<sup>189</sup>

Empregador e trabalhador podem preceder a celebração do contrato de trabalho de uma promessa de contrato de trabalho. Tal contrato promessa pode ser definido como aquele mediante o qual as partes se obrigam a celebrar um contrato de trabalho posteriormente. Este tipo de contrato pode ser celebrado em algumas situações, tais como: quando o trabalhador ainda está vinculado a outra empresa, cujo contrato cessa decorrido determinado período; quando o trabalhador se encontra aguardando a obtenção de carteira profissional; ou quando o empregador está à espera de uma vaga para um posto de trabalho. Nos termos do artigo 103º, nº 1 do Código do Trabalho, a promessa de contrato de trabalho deve ser reduzida a escrito, mesmo que o contrato definitivo não

---

<sup>187</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma; *Direito do trabalho – Parte II... cit.* p. 151.

<sup>188</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma; *Direito do trabalho – Parte II... cit.* p. 153 - 154.

<sup>189</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma; *Direito do trabalho – Parte II... cit.* p. 154 - 155.

careça de forma especial, devendo conter os elementos ali indicados. À promessa de contrato de trabalho aplicam-se, subsidiariamente, as regras gerais dos artigos 410º e ss e 442º, ambos do CC, que dizem respeito ao contrato promessa em geral<sup>190</sup>. A este contrato também devem ser aplicados o princípio da boa-fé e o da igualdade, respeitando-se os direitos de personalidade do trabalhador.

Segundo Guilherme Machado Dray, o contrato individual de trabalho normalmente é precedido por vários comportamentos juridicamente relevantes (actos jurídicos) que, quando conjugados, permitem a obtenção de um único fim consistente na celebração válida daquele tipo contratual<sup>191</sup>.

Segundo o autor supracitado existe um processo sequencial constituído de cinco fases subjacentes à celebração de um contrato individual de trabalho. As fases em apreço são as seguintes: a) a fase dos contatos preliminares, na qual as partes se dão a conhecer, invocando suas pretensões e iniciando conversações; b) a fase das negociações, na qual, em abstrato (e na grande maioria dos casos só mesmo em abstrato), as partes alcançam um consenso quanto ao conteúdo do contrato a celebrar, através de cedências mútuas e de compensações; c) a fase dos negócios preparatórios ou preliminares, os quais, sendo por natureza facultativos neste domínio, podem ser unilaterais ou contratuais, assumindo designadamente a forma de concurso ou de contrato promessa; d) a fase da proposta e da aceitação, que sendo essencial, corporiza a conclusão do contrato individual de trabalho; e) a fase da redocumentação, exigível em determinados contratos que requerem, mesmo depois da aceitação, o preenchimento de alguns requisitos como sejam a realização de registros ou a comunicação a certas entidades<sup>192</sup>.

O referido autor admite, ainda, a existência de uma fase acrescida, igualmente autonomizável, denominada de a ‘escolha do parceiro contratual’, a qual tenderá, em princípio, a revelar-se num momento imediatamente anterior ao da celebração do contrato definitivo, porventura na sequência de um concurso lançado pela entidade empregadora para a seleção de candidatos. Será nessa fase que emergirão as questões atinentes ao princípio da igualdade e à proscrição da discriminação na formação do contrato individual de trabalho. Também dessa fase resultará, com a mesma

---

<sup>190</sup> FALCÃO, David; TOMÁS, Sérgio Tenreiro; *Lições de direito do trabalho... cit.* p. 45;

<sup>191</sup> DRAY, Guilherme Machado; *O princípio da igualdade no direito do trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 201.

<sup>192</sup> DRAY, Guilherme Machado; *O princípio da igualdade...cit.* p. 201-202.

importância, e em relação a qualquer uma das partes envolvidas, a ideia de ‘liberdade de escolha do parceiro contratual’, assumindo-se tal fase, nessa conformidade, como um elemento decisivo tendo em vista a preservação da autonomia privada<sup>193</sup>.

Ainda segundo Guilherme Machado Dray, verifica-se que o processo conducente à formação de um contrato individual de trabalho trata-se de um encadeamento de actos concatenados tendo em vista a obtenção de um contrato de trabalho válido. Tal processo é regido por eventuais regras de conduta, e a violação de tais regras porventura existentes, por parte dos parceiros negociais, gera responsabilidade pré-contratual. No período contratual, independentemente de posterior celebração de um contrato válido, as partes envolvidas devem, desde cedo, observar determinados deveres de conduta e actuar de acordo com o princípio geral da boa-fé objectiva, sob pena de *culpa in contrahendo*. Ou seja, mesmo nos preliminares contratuais, e independente de posterior celebração de um contrato, as partes devem respeitar os valores gerais da ordem jurídica, traduzidos pela boa-fé, enquanto regra geral de conduta<sup>194</sup>. O princípio constitucional de igualdade representa o instrumento por excelência para a proscrição do arbítrio do empregador; trata-se de um elemento limitativo da autonomia privada, e protetivo do trabalhador enquanto pessoa, cuja dignidade deve ser preservada<sup>195</sup>.

Augusto César Leite de Carvalho afirma que age de boa-fé o sujeito da relação de trabalho, qualquer deles (empregado e empregador), que tem conduta honesta em relação ao outro, não se valendo de comportamento insidioso ao executar a parte que lhe cabe no contrato. Não obstante a conflituosidade quase sempre latente nas relações de trabalho, empregado e empregador não são adversários, devendo mover a ambos o mesmo desejo de prosperidade para a empresa, que alimenta a fonte do salário e do lucro. Segundo esse autor brasileiro, os artigos 482 e 483 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao indicarem a casuística da justa causa, em verdade estão a elencar um rol de hipóteses em que a conduta do empregado ou do empregador acarreta a quebra da confiança que um depositava no outro<sup>196</sup>.

José Cairo Júnior afirma que o princípio da boa-fé norteia não somente o Direito do Trabalho, mas todo e qualquer direito que se dedique, principalmente, à regulação das obrigações, sejam elas derivadas dos negócios jurídicos, do ato ilícito ou

---

<sup>193</sup> DRAY, Guilherme Machado; *O princípio da igualdade...cit.* p. 202.

<sup>194</sup> DRAY, Guilherme Machado; *O princípio da igualdade...cit.* p. 205-206.

<sup>195</sup> DRAY, Guilherme Machado; *O princípio da igualdade...cit.* p. 207-211.

<sup>196</sup> CARVALHO, Augusto César Leite de; *Direito do trabalho: curso e discurso*; São Paulo: LTr, 2016, p. 78.

do abuso do direito, como ocorre com os demais ramos do direito. Segundo o autor, o princípio da boa-fé (*bona fides*) tem como pressuposto a existência de uma obrigação e de um direito correlatos, dentro de uma relação jurídica, e deriva da máxima romana *neminem laedere*, ou seja, da intenção de não lesar ninguém. O princípio revela que tanto os atos praticados com a intenção de prejudicar outra pessoa, com a utilização de meios ardis para obter vantagens indevidas, como também os atos em desacordo com o padrão do *bonus pater familiae*, devem ser destituídos de eficácia<sup>197</sup>.

Ainda, o autor supracitado chama a atenção que também deve ser observado nas relações contratuais de trabalho o princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade do trabalhador, como ser humano, deve ter profunda ressonância na interpretação e aplicação das normas legais e das condições contratuais de trabalho. Faz-se necessária a observação do princípio da dignidade humana, posto que este é de vital importância para a manutenção da Justiça Social e para equilibrar os desajustes existentes na relação entre capital e trabalho. Tal princípio representa a conquista dos povos para descartar a possibilidade de o Direito ser considerado apenas em seu aspecto formal, para que lhe seja conferido um conteúdo permanente. O empregado, antes de qualquer coisa, é um ser humano e deve ser respeitado como tal<sup>198</sup>.

Para Vólia Bomfim Cassar, a boa-fé deve estar presente durante todo o contrato de trabalho, desde a sua formação até o seu término. Dessa forma, todo o ato praticado com má-fé deve ser punido pela abusividade e repellido pelo Direito. O princípio da boa-fé pressupõe que todos devem se comportar em conformidade com um padrão ético, moral, de confiança e lealdade que se espera de todas as pessoas em suas relações. Em decorrência disto, as partes contratuais devem comportar-se de maneira escorreita, mesmo que isto não esteja previsto de forma expressa na lei ou no contrato. É uma espécie do gênero ‘norma de conduta’, pois determina como as partes devem agir<sup>199</sup>.

Guilherme Machado Dray analisa que a liberdade de escolha do trabalhador pelo empregador é algo que não pode ser negado e que resulta, como já se afirmou, do princípio constitucional da liberdade de criação e de gestão empresarial. O próprio caráter ‘*intuitu personae*’ caracteriza o contrato individual de trabalho, segundo o qual na celebração deste contrato a entidade empregadora leva em linha de conta a

---

<sup>197</sup> JÚNIOR, José Cairo; *Curso de direito do trabalho: direito individual e coletivo do trabalho*, Salvador: Juspodivm, 2013, p. 103-104.

<sup>198</sup> JÚNIOR, José Cairo; *Curso de direito do trabalho... cit.*, p. 106-107.

<sup>199</sup> CASSAR, Vólia Bomfim; *Direito do trabalho*, Niterói: Impetus, 2010, p. 234.

personalidade do trabalhador (a sua aptidão, competência, experiência, licenciatura, etc), reforça a existência e a necessidade de ser preservada a aludida liberdade de escolha do trabalhador. Todavia, a liberdade de gestão e a consequente liberdade de escolha do trabalhador por parte da entidade patronal, caindo no âmbito da autonomia privada, não é ilimitada e absoluta, estando condicionada, designada e fundamentalmente, pelo princípio da igualdade, na sua vertente de não discriminação<sup>200</sup>.

O que se avalia neste processo é um juízo de desvalor e de censura relativamente a determinadas motivações “categoriais” de tratamento diferenciado. Aqui o que está em causa é a irrazoabilidade da motivação de diferenciação, assim como a proibição da adoção de práticas distintivas fundadas em certas características comuns a certos conjuntos de indivíduos. Tomando por exemplo a raça, o sexo, a religião, as convicções político-ideológicas e a orientação sexual, verifica-se que estas não são, em princípio, face ao padrão socialmente enraizado na consciência jurídica comunitária e nacionalmente, motivos lícitos de práticas distintivas, pelo que qualquer diferença de tratamento baseada num destes aspectos deverá ser considerada discriminatória e consequentemente juridicamente inadmissível<sup>201</sup>.

A ideia de discriminação envolve, necessariamente, o preenchimento cumulativo de três elementos: a) um elemento objetivo, consistente na existência de uma prática diferenciadora que se consubstancie num privilégio, benefício, prejuízo ou privação de qualquer direito baseada em elementos distintivos rejeitados pela ordem jurídica, tais como ascendência, sexo, raça, língua, orientação sexual, etc.; b) um elemento subjetivo que se traduz na realização daquela distinção com o objetivo de comprometer ou destruir o reconhecimento, o gozo ou o exercício de direitos em condições de igualdade; c) um elemento causal, consistente na violação do princípio da igualdade por força da discriminação operada<sup>202</sup>.

Para tanto, segundo Guilherme Machado Dray, discriminar no âmbito da formação de um contrato individual de trabalho consistirá, consequentemente, na distinção ou exclusão feita por uma entidade empregadora em detrimento ou em favor de algum trabalhador, em função de um dos indicados factores de diferenciação ‘categoriais’, com o objetivo de comprometer ou destruir o reconhecimento, o gozo ou o exercício de direitos do lesado em condições de igualdade e desde que dela resulte, por

---

<sup>200</sup> DRAY, Guilherme Machado; *O princípio da igualdade...cit.* p. 233.

<sup>201</sup> DRAY, Guilherme Machado; *O princípio da igualdade...cit.* p. 274.

<sup>202</sup> DRAY, Guilherme Machado; *O princípio da igualdade...cit.* p. 274-275.

esse motivo, o desvirtuamento e a violação do princípio geral da igualdade de oportunidades no acesso ao emprego. O apuramento de uma prática discriminatória envolverá assim, e sempre, o preenchimento cumulativo dos indicados elementos objetivo e subjectivo que compõem o conceito de discriminação<sup>203</sup>.

O artigo 24º, nº 1º do Código do Trabalho, que trata do direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho dita que o trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos. A previsão do direito à igualdade é concretizada neste artigo que prevê dois fenômenos distintos no que ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreiras profissionais e às condições de trabalho diz respeito: o direito à igualdade de oportunidades; e o direito à igualdade de tratamento.

Ou seja, para que seja assegurado o direito à igualdade de oportunidades e à igualdade de tratamento, a lei enuncia que ninguém poderá ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de diversos fatores (a qual o citado artigo 24º, nº 1 faz referência de forma não taxativa), cabendo ao Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos, nomeadamente no que diz respeito aos critérios de seleção e no acesso à formação, à retribuição e outras prestações patrimoniais, promoção, critérios para seleção de trabalhadores a despedir e a participação em estruturas de representação coletiva.

Do princípio da igualdade e da não discriminação decorre a proibição geral de atos discriminatórios do empregador em razão dos vários fatores de discriminação previstos no artigo 24º do CT. Tal proibição ocorre tanto na fase de

---

<sup>203</sup> DRAY, Guilherme Machado; *O princípio da igualdade...cit.* p. 275.

formação do contrato, como ao longo de sua execução e ainda por ocasião da extinção do contrato de trabalho<sup>204</sup>.

Paula Quintas e Helder Quintas<sup>205</sup> fazem uma análise de como o Código do Trabalho realiza um enquadramento próprio para os direitos da personalidade do trabalhador, nos artigos 14º a 22º. As partes do contrato de trabalho devem respeitar-se quanto aos direitos da personalidade, cabendo-lhes, nomeadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada. Tal reserva de direito abrange tanto o acesso quanto a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, tais como os aspectos relacionados com a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas. Ainda a jurisprudência do Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 128/92, conceitua vida privada como o direito de cada um ver protegido o espaço interior da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias, ou seja, o direito a uma esfera própria inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respetivo titular<sup>206</sup>.

Importante salientar que o direito à reserva quanto à intimidade e vida privada era praticamente desconhecido até o final do jusracionalismo e das respectivas sociedades liberais. Tal direito somente foi reconhecido e afirmado na sociedade contemporânea, diante da revelação da falta de intimidade e de privacidade a que eram submetidos os cidadãos, ocasião em que se passou a ter a afirmação e reconhecimento deste direito, com a efetiva consagração legislativa<sup>207</sup>.

Em 1973, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos, no caso *Roe v. Wade*, afirmou que o conceito de vida privada reconhece uma quádrupla definição: pessoal, familiar, marital e sexual; e que às pessoas deve ser garantido autonomia para tomar decisões referentes aos aspectos íntimos, tais como o uso de métodos contraceptivos, o aborto, a educação dos filhos e as práticas homossexuais. Tais aspectos da vida privada devem ser preservados. Ainda, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em 1981, no caso *Dudgeon contra o Reino Unido*, sustentou que a sexualidade de uma pessoa se concebe como um dos aspectos mais íntimos do indivíduo e, portanto,

---

<sup>204</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma; *Direitos de personalidade e direitos fundamentais em matéria laboral*; In: SOUSA, Marcelo Rabelo de (coord.); *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*; Volume II; Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 635.

<sup>205</sup> QUINTAS, Paula, QUINTAS, Helder; *Manual de direito do trabalho e de processo do trabalho*; Coimbra: Almedina, 2017, p. 191.

<sup>206</sup> Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920128.html>

<sup>207</sup> DRAY, Guilherme Machado; *Direitos de personalidade: Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*; Coimbra: Almedina, 2006; p. 53.

a ingerência por parte dos poderes públicos só pode existir quando houver razões sérias que justifiquem<sup>208</sup>.

Ainda, Gomes Canotilho e Vital Moreira, ditam que o critério constitucional deve utilizar-se dos conceitos de “privacidade” (art. 25º, nº 1, in fine) e “dignidade humana” (nº 2), de modo a definir-se um conceito de esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea. O âmbito normativo do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar deverá delimitar-se, assim, com base num conceito de “vida privada” que tenha em conta a referência civilizacional sob três aspetos: 1) o respeito dos comportamentos; 2) o respeito do anonimato; 3) o respeito da vida em relação. Estas dimensões devem ser convocadas para eventuais “renúncias” à proteção da intimidade da vida privada<sup>209</sup>.

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão afirma que a tutela da personalidade abrange especificamente a imposição de reserva sobre a intimidade da vida privada. A teoria das três esferas distingue, no direito à intimidade da vida privada entre três esferas, quais sejam: a) esfera íntima, cuja proteção é absoluta (abrange vida familiar, saúde, comportamentos sexuais, convicções políticas e religiosas); b) esfera privada, cuja proteção seria relativa quando em conflito com interesses superiores; c) esfera pública, relativa a situações de conhecimento público que possam ser livremente divulgadas. Tal teoria pode ser aplicada às relações laborais, ressaltando-se que tanto a esfera íntima quanto a privada têm proteção absoluta, salvo, quanto à esfera privada, quando exista um direito e interesse superior a salvaguardar<sup>210</sup>.

Contudo, há de se observar os ensinamentos de Guilherme Machado Dray quanto ao fato de que o direito à reserva da intimidade e da vida privada não é um direito absoluto e a sua aplicabilidade não é uniforme. Cada caso concreto fornecerá elementos materiais específicos, o que promove uma aplicação variável do direito, à luz de um sistema móvel<sup>211</sup>.

Ainda, há que se observar que há exceções à tutela da intimidade e vida privada do empregado, posto que tal tutela só se justifica quando os fatos da vida privada

---

<sup>208</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador – Studia Iuridica* 78, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 70-76.

<sup>209</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital; *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora 2007, p. 468.

<sup>210</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes; *Direito do trabalho*; Coimbra: Almedina, 2012, p. 140.

<sup>211</sup> DRAY, Guilherme Machado; *O direito à reserva da intimidade privada. O artigo 80º do Código Civil de 1966*; In: CORDEIRO, António Menezes; *Revista de direito civil*; Ano II; Coimbra: Almedina, 2017, p. 678.

são revestidos de particular significado ético. Dessa forma, quando os aspectos da vida privada do empregado não integrarem a esfera íntima do mesmo e se refiram, por exemplo, ao domicílio do empregado, às habilitações literárias ou à experiência profissional do trabalhador, não há que se falar em proteção da vida privada. Tais aspectos, ainda que manifestem a vida privada do empregado, não integram a sua esfera íntima, além do que são aspectos pertinentes à celebração ou execução do contrato de trabalho.<sup>212</sup>

Em relação à vida sexual do empregado, esta está manifestamente protegida, não podendo o empregador proibir o relacionamento afetivo ou sexual entre os seus trabalhadores fora do local de trabalho, nem os pode questionar sobre as suas tendências sexuais ou impor sanções disciplinares com fundamento na orientação sexual que os trabalhadores adotem<sup>213</sup>.

Importante ressaltar que a orientação sexual do trabalhador inclui-se em sua esfera íntima e deve, em princípio, estar protegida de toda e qualquer indagação por parte do empregador, quer na fase de acesso e formação do contrato de trabalho, quer na sua execução, impedindo comportamentos discriminatórios ou juízos de censura<sup>214</sup>. Tudo o que se refira à vida sexual releva somente da escolha dos trabalhadores e o empregador não se pode imiscuir. Mais ainda, se este pudesse indagar sobre a conduta sexual ou a orientação sexual dos possíveis trabalhadores ocorreria uma estigmatização de determinados grupos sociais como os homossexuais, consagrando os preconceitos que contra eles ainda existem<sup>215</sup>.

Um estudo grego<sup>216</sup>, realizado em 2009, revelou discriminação no acesso ao emprego pelo fator orientação sexual. Apesar de a Grécia ter proibido a discriminação fundada na orientação sexual no local de trabalho (Lei nº 3304/2005 – adoptada em aplicação da Directiva 2000/78/CE), o estudo revelou que, quanto aos empregos menos qualificados, a discriminação persiste. O estudo comparou a taxa de resposta às candidaturas a 1714 postos de trabalho pouco qualificados, em Atenas, entre dois candidatos fictícios igualmente produtivos. A única diferença significativa entre os dois candidatos era o fato de, num dos *Curriculum Vitae*, ser mencionado o trabalho

---

<sup>212</sup> DRAY, Guilherme Machado; *Direitos de personalidade: Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*; Coimbra: Almedina, 2006; p. 75.

<sup>213</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes; *Direito do trabalho*; Coimbra: Almedina, 2012, p. 141.

<sup>214</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Igualdade e não discriminação... cit.*, p. 129.

<sup>215</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Igualdade e não discriminação... cit.*, p. 133.

<sup>216</sup> DRYDAKIS, Nick; *Sexual orientation discrimination in the labour Market*; Elsevier: Labour Economics; 2009, p. 369.

voluntário a favor de uma comunidade homossexual para indicar a orientação sexual. O estudo revelou que a homossexualidade prejudicava consideravelmente as probabilidades de ser contratado: os candidatos heterossexuais eram convidados para uma entrevista em 40,08% dos casos, enquanto os candidatos homossexuais eram convidados em apenas 13,94% dos casos<sup>217</sup>.

Outro estudo realizado na Costa Rica revelou que muitos indivíduos da comunidade LGBTI optam, quando podem fazê-lo, por não revelar a sua condição de homossexual ou transexual, com o objetivo de alcançar o emprego almejado. Tais indivíduos consideram que a ocultação de sua orientação sexual ou identidade de gênero foi fator essencial para que obtivessem êxito em sua contratação de trabalho e na permanência do emprego<sup>218</sup>.

Teresa Coelho Moreira ensina que um dos problemas fundamentais que se coloca no âmbito da discriminação por razão da orientação sexual é, precisamente, na fase de acesso ao emprego em virtude de vários preconceitos enraizados na sociedade e dos quais se presume a inaptidão para determinados postos de trabalho dos trabalhadores com uma determinada conduta sexual ou com uma certa orientação sexual: homossexuais, bissexuais e transexuais. É na fase de acesso que o trabalhador ou candidato se encontra mais fragilizado na medida em que é nessa altura que a desigualdade real entre ele e o empregador mais se evidencia, concretizada numa inferioridade pré-contratual derivada da sua singular debilidade econômica e da escassa expectativa de emprego, o que o induz a abdicar parcialmente da sua personalidade em garantia de adesão do seu comportamento futuro à vontade ordenadora e dispositiva do empregador<sup>219</sup>.

Parece ser nessa fase que são produzidas as violações mais flagrantes da lei e dos direitos fundamentais dos trabalhadores, fazendo-se necessário maior observação para que se efetue a proteção de possíveis intromissões na vida privada do candidato; posto que, o trabalhador, com receio de que seja excluído do processo de admissão, poderá se disponibilizar a fornecer dados e factos da sua vida privada, que não forneceria em situação diversa, ocorrendo uma limitação voluntária do direito de

---

<sup>217</sup> OIT – Organização Internacional do Trabalho; *Igualdade no trabalho: um desafio contínuo*, Conferência Internacional do Trabalho, 100ª Sessão, Genebra, 2011, p. 58.

<sup>218</sup> CABAÑAS, Ana Carcedo, GROH, Maria José Chaves, ARTZA, Larraitz Lexartza, MORA, Alberto Sánchez; *Orgullo (Pride) en el trabajo: un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*; OIT: Genebra, 2016, p. 33.

<sup>219</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Igualdade e não discriminação... cit.*, p. 133-134.

personalidade do trabalhador, que pode se considerar excessivo do que se entende por razoável e necessário para o conhecimento de sua aptidão profissional<sup>220</sup>.

João Leal Amado também vem afirmar que, em sede laboral, a fase pré-contratual assume uma delicadeza muito particular, em virtude da disparidade de poder entre as partes envolvidas e da posição extremamente vulnerável em que se situa o candidato a emprego. Na prática se observa que o trabalhador, no objetivo de conseguir um emprego, submete-se a situações que habitualmente não se submeteria e que é nessa fase pré-contratual que mais ocorrem as práticas discriminatórias, tornando-se necessário proteger o candidato a emprego e a sua posição negocial<sup>221</sup>.

Nessa delicada fase de formação do contrato de trabalho, há que se observar limites no que toca ao dever de informação do trabalhador, pois não de ser observados os direitos à reserva da vida privada (arts. 16º e 17º do CT), os direitos de personalidade (arts. 70º e ss do CC) e os preceitos constitucionais relevantes em matéria de direitos fundamentais. Dessa forma, em princípio, o candidato a um emprego não tem que informar o empregador sobre aspectos ligados à sua vida privada que se relacionem com a sua vida pessoal, familiar ou íntima, tais como informações relativas à saúde, estado civil ou orientação sexual<sup>222</sup>.

Entretanto, o artigo 25º, nº 2 do Código do Trabalho dita que não constitui discriminação o comportamento baseado em factor de discriminação que constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional, em virtude da natureza da actividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional. Podemos observar o compreendido no artigo quando analisamos as organizações de tendência, pois estas têm como característica principal ou diferenciadora serem criadoras ou defensoras de uma determinada ideologia. Exemplificativamente temos os partidos políticos, os sindicatos e os estabelecimentos confessionais. Quando da análise das organizações com fins caritativos, educativos, científicos ou artísticos, há que se observar que nem todas podem ser consideradas institucionalmente expressivas de uma determinada ideologia, não bastando uma abstrata finalidade moral, mas sim a difusão de uma determinada e reconhecida ideologia ou concepção do mundo<sup>223</sup>.

---

<sup>220</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Igualdade e não discriminação... cit.*, p. 134.

<sup>221</sup> AMADO, João Leal; *Contrato de trabalho: noções básicas... cit.*, p. 143.

<sup>222</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte II... cit.*, p. 154-155.

<sup>223</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Igualdade e não discriminação... cit.*, p. 138-139.

Quando se trata da orientação sexual do trabalhador há que se ter cautela na aplicação do referido artigo. Em primeiro lugar, há que se separar, na instituição de tendência, quais são as tarefas identificadas como sendo de tendência e as tarefas consideradas neutras, ou seja, entre os postos de trabalho sobre os quais recai a obrigação de transmitir e difundir a ideologia do centro, daqueles outros sobre os quais não existe uma relação direta com a ideologia da entidade. Quando se verificar que o posto de trabalho tem relação direta com a ideologia da entidade, a discriminação poderá ser justificada se o trabalhador em questão tem um comportamento que desacredite a ideologia da organização ou a credibilidade da mensagem que difunde; desta forma, a orientação sexual, por si só, não pode ser considerada como o fator de discriminação, pois seria considerar que o indivíduo LGBTI, por ter orientação sexual ou de gênero diversa da convencional, teria condutas moralmente reprováveis, o que não é verídico.

Teresa Alexandra Coelho Moreira entende que não poderá ser a orientação sexual mas sim a conduta sexual que impedirá, em certos casos, o acesso a um posto de trabalho ideológico, por exemplo, quando esta é manifestamente contrária à ideologia defendida pela organização de tendência. Assim, por exemplo, não nos choca que um padre seja questionado sobre a sua conduta sexual. O facto de um padre católico ser heterossexual, homossexual ou bissexual não é relevante. O que relevará será o facto de estar vinculado, por força da ideologia que professou, a um dever de celibato e ter feito um voto de castidade. O que releva será a sua conduta sexual que comporta uma violação desse voto que fez e não a forma como o fez (esta sim, conexa com a sua orientação sexual)<sup>224</sup>.

A autora complementa que, quanto às organizações de tendência, somente a manifestação pública de ideias contrárias à ideologia da organização que tragam um verdadeiro prejuízo ou reflexo negativo é que deve ser relevante. Este reflexo pode ocorrer de várias formas, quer através da afetação da imagem, quer na deserção dos fiéis de uma determinada comunidade religiosa, na depreciação da doutrina defendida, mas é imprescindível que ocorra um prejuízo ou reflexo negativo que origine a perda de confiança do empregador em termos tais que deixe de acreditar-se que o trabalhador consiga desempenhar cabalmente as suas tarefas, intimamente ligadas à difusão da ideologia do empregador<sup>225</sup>.

---

<sup>224</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Igualdade e não discriminação... cit.*, p. 139.

<sup>225</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Estudos de direito do trabalho... cit.*, p. 161.

Também é importante analisar, quanto à formação do contrato de trabalho, que o empregador não pode desenvolver em seus processos de seleção de funcionários, questionários ou outros processos análogos que busquem, direta ou indiretamente, indagar sobre a conduta ou orientação sexual do trabalhador. Tais questionários violam os artigos 13º e 26º, nº 1 da CRP e são ilegais, pois supõem uma ingerência da esfera privada das pessoas ao pretenderem respostas como “*sinto-me atraído por pessoas do mesmo sexo*” e “*nunca me entreguei a práticas sexuais fora do comum*”. Claramente os artigos 17º, 23º e 24º do Código do Trabalho proíbe este tipo de questões, considerando-se caso de discriminação direta<sup>226</sup>.

Guilherme Dray, quando da análise da reserva da intimidade e da vida privada prevista no artigo 16º do CT, salienta que a tutela conferida pelo artigo se justifica perante “aspectos da vida privada que revistam particular significado ético” e que quando das análises dos casos concretos deve se atender aos princípios da proporcionalidade e da adequação, onde a reserva da vida privada deve ser a regra, e não a exceção. A limitação da reserva da vida privada só se justifica quando interesses superiores o exijam e dentro dos limites decorrentes do artigo 335º do Código Civil<sup>227</sup>.

Como forma de equilibrar o dever de informar com o direito do trabalhador à reserva da sua vida extra-laboral há que se observarem requisitos justificativos da inquirição do candidato a um emprego sobre aspectos da sua vida privada. Assim vejamos: quanto às informações da vida privada do trabalhador, este só pode ser questionado se a informação for relevante e estritamente necessária quanto à avaliação de sua aptidão para a execução do contrato, ou seja, exige-se uma conexão direta entre a informação prestada e a execução do contrato, formando-se um juízo de aptidão do trabalhador para a execução contratual. Há que se observar a compatibilidade dos deveres de informação do trabalhador no contrato de trabalho com a salvaguarda dos direitos fundamentais e de personalidade; dessa forma, a dúvida sobre a exigibilidade da informação deve ser resolvida através da prevalência daqueles direitos, e a dúvida sobre a extensão da informação a se prestar resolve-se no sentido da restrição dessa informação ao conteúdo mínimo, equivalente à necessidade objectiva da inquirição<sup>228</sup>.

---

<sup>226</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Igualdade e não discriminação... cit.*, p. 135.

<sup>227</sup> DRAY, Guilherme Machado; *In: MARTINEZ, Pedro Romano (coord.), Código do Trabalho Anotado... cit.*, p. 148.

<sup>228</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte II... cit.*, p. 156-159.

A forma como o trabalhador se relaciona afetiva e sexualmente em sua vida privada não constitui informação importante para o empregador, posto que não influencia a sua aptidão profissional. Qualquer atuação do empregador que intente, direta ou indiretamente, questionar o profissional sobre essa sua parte da intimidade e vida privada é ilícita, podendo o trabalhador se recusar a responder e, quando for mesmo necessário dar uma resposta, poderá omitir elementos, posto que a omissão de dados que não são relevantes para a prestação do contrato é lícita na medida em que se apresente como uma das possíveis defesas dos seus direitos fundamentais<sup>229</sup>.

Se o trabalhador tem determinados deveres de informação em relação ao empregador, não tem, contudo, de lhe fornecer informações sobre factos que não sejam diretamente pertinentes para aferir a sua aptidão profissional e idoneidade. Contudo, se o empregador apresentar tal tipo de questionário ao trabalhador, a falta de resposta por este envolverá, por vezes, riscos acrescidos, já que poderá não ser contratado e, por isso mesmo, o candidato poderá falsear os dados, mentindo sobre a sua orientação sexual. O empregador não poderá, mais tarde, alegar a invalidade do contrato de trabalho com base em erros sobre as qualidades da pessoa ou sobre a sua identidade (nos termos do artigo 251º do Código Civil), pois, em que pese o empregado ter mentido, o empregador questionou abusivamente o trabalhador sobre factos da vida privada. Nestes casos, não há que se falar em qualquer quebra da boa-fé por parte do candidato, pois quem agiu ilicitamente foi o empregador, pois este só pode questionar sobre o necessário, imprescindível e diretamente conexo com a prestação laboral<sup>230</sup>.

Maria do Rosário Palma Ramalho corrobora com o entendimento supramencionado. Entende-se que, quando são extrapolados os limites do dever de informação do trabalhador, ou seja, quando o empregador inquire sobre aspectos da vida privada do trabalhador fora dos casos previstos no art. 17º, nº 1, a) e b) do CT, esta actuação é ilícita. A lei permite que o trabalhador se recuse a prestar as informações; contudo, na prática, sobretudo nos processos de recrutamento, tal recusa poderia incorrer na exclusão do candidato do referido processo. Na referida hipótese, o candidato que se sentir na iminência de perder a possibilidade de emprego diante da recusa em prestar informações, poderá, alternativamente, prestar informação incorrecta sobre aquilo que lhe for ilicitamente questionado. Desta forma, sendo ilícito o pedido de informação, não pode o empregador, posteriormente, invocar a quebra do dever de lealdade por prestação de

---

<sup>229</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Igualdade e não discriminação... cit.*, p. 136.

<sup>230</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Igualdade e não discriminação... cit.*, p. 136-137.

informações falsas na formação do contrato de trabalho; isto porque o empregador não pode prevalecer-se das consequências do acto ilícito que ele próprio praticou contra a outra parte. Entende-se, no caso mencionado, que a atuação do empregador constitui abuso de direito e que a atuação do trabalhador que prestou informações incorretas corresponde ao meio substancial de defesa do seu direito à intimidade da vida privada sem sacrifício do direito ao trabalho<sup>231</sup>.

É nesse mesmo sentido João Leal Amado. Afirma o autor que se o empregador exigir ao candidato a emprego que preste informações ilegítimas, referentes à sua vida privada, deve-se reconhecer ao candidato a emprego, em nome da preservação da reserva da sua vida privada e da prevenção de práticas discriminatórias, um direito à mentira. Afirma o autor que tal mentira não constitui prática contrária à boa fé nem comportamento doloso do empregado, pois “a boa fé não manda responder com verdade a quem coloca questões ilegítimas e impertinentes”. Dessa forma, essa eventual mentira não poderá releva em sede anulatória, pois incide sobre aspectos que não podem ser considerados quando da decisão de contratação do trabalhador<sup>232</sup>.

Observa-se um caso, ocorrido em 2010, que revela discriminação por orientação sexual em virtude da não contratação de um jogador de futebol que teve sua vida exposta nas mídias sociais, com a divulgação de sua orientação sexual. Tal fato foi objeto de discussão no Tribunal de Justiça da União Europeia quanto à aplicação da Directiva 2000/78/CE.

Em 25. 04. 2013 o Tribunal de Justiça da União Europeia julgou um pedido de decisão prejudicial, nos termos do art. 267º TFUE, da Curtea de Apel Bucuresti, na Romênia<sup>233</sup>. O Processo C-81/12, tinha como partes Recorrente a *Asociatia ACCEPT* e como Recorrido o *Consiliul National pentru Combaterea Discriminării*. Tal acção versava sobre critérios discriminatórios de seleções de jogadores de um clube de futebol, ligados à orientação sexual. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que se opõe a *Asociatia ACCEPT* ao *Consiliul National pentru Combaterea Discriminării* (Conselho Nacional de Luta contra as Discriminações) a respeito da decisão deste último que indeferiu parcialmente uma queixa apresentada na sequência de declarações públicas, proferidas por uma pessoa que se apresenta e é vista pela opinião pública como dirigente

---

<sup>231</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte II... cit.*, p. 159-160.

<sup>232</sup> AMADO, João Leal; *Contrato de trabalho: noções básicas... cit.*, p. 144.

<sup>233</sup> Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/eu-case-law.html?locale=pt>

de um clube de futebol profissional, que excluem a contratação por esse clube de um futebolista apresentado como sendo homossexual.

O supracitado dirigente do clube de futebol FC Steaua, senhor G. Becali, em 13 de fevereiro de 2010, fez as seguintes declarações aos *media*: “*Nem que tivesse de fechar o FC Steaua, admitiria na equipa um homossexual*”. “*Talvez não seja verdade que é homossexual, mas se pelo contrário o fosse? Não existe lugar para um gay na minha família e o FC Steaua é a minha família*”. “*Em vez de ter um homossexual em campo, é melhor admitir um júnior. Não se trata de discriminação. Ninguém me pode obrigar a trabalhar com qualquer um. Tal como eles têm direitos, também eu tenho direito de trabalhar com quem entendo*”. “*Mesmo que Deus me dissesse em sonhos que é 100% certo que X não é homossexual, não o admitiria! Nos jornais escreveu-se demasiado que é homossexual*”. “*Mesmo que o clube atual do jogador X mo desse grátis não o admitiria! Poderia também ser o maior desordeiro e o maior bêbado... mas se é homossexual não quero mais ouvir falar*”.

A acção tinha por objeto a análise da aplicação da Directiva 2000/78/CE, e dentre outras questões prejudiciais, a Curtea de Apel Bucuresti submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes: 1) se as disposições do art. 2º, nº 2, alínea a) da referida Directiva são aplicáveis no caso em que um acionista de clube de futebol, que se apresenta e é considerado pelos *media* e no meio social como o principal dirigente (‘patrão’) desse clube de futebol, declara aos *media* o que foi transcrito no parágrafo anterior; 2) e em que medida as declarações referidas no parágrafo anterior podem ser qualificadas de ‘elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta’ na aceção do art. 10º, nº 1 da Directiva 2000/78/CE, no que respeita à demandada FC Steaua.

O Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu, quanto às questões prejudiciais acima citadas, que os art. 2º, nº 2, e 10º, nº 1 da Directiva 2000/78 devem ser interpretados no sentido de que factos como os que estão na origem do litígio do processo principal são suscetíveis de serem qualificados de elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação, relativamente a um clube de futebol profissional, quando as declarações em causa sejam de uma pessoa que se apresenta e é vista nos *media* e na sociedade, como sendo o principal dirigente desse clube, independentemente deste dirigente dispor da capacidade jurídica de o vincular ou de o representar em matéria de recrutamento.

Outro caso que merece análise é o “P” *versus* Instituição de Saúde do Estado “Dorozhnaya Polyclinika of Oktyabrskaya Railways” (Processo 1066/05), do Tribunal Distrital de Frunzensky de São Petersburgo, Federação Russa, em 2005<sup>234</sup>. Trata-se de caso ligado ao status médico da homossexualidade e da classificação de alguém como profissionalmente incapaz com base em sua orientação sexual.

Em 2003, “P” foi submetido a um exame pela comissão de especialistas médicos para se inscrever em um curso para guardas de trens de passageiros. Ele apresentou tanto seu cartão militar quanto um certificado de uma clínica psico-neurológica certificando a ausência de transtornos mentais.

Ocorre que, em 1992, o candidato foi diagnosticado com “psicopatia perversa”. Esse diagnóstico foi baseado em sua orientação sexual, já que a homossexualidade era, na época, considerada um “transtorno mental” na União Soviética. Apesar de em 1999, o Ministério da Saúde da Federação Russa obrigar todos os profissionais médicos a usar a Classificação Internacional de Doenças (CID-10) e da mesma ter deixado de classificar a homossexualidade como um transtorno mental em 1992, “P” continuou com diagnóstico incapacitante junto ao registro militar, que classificava a homossexualidade como “distúrbio da identidade sexual”.

A Comissão de Peritos Médicos da Instituição de Saúde do Estado “Dorozhnaya Polyclinika” declarou que o candidato era profissionalmente incapaz com base no seu cartão militar que afirmava que ele tinha uma capacidade limitada de servir nas forças armadas sob o Artigo 7b da Nomenclatura de Desordens de 1987 (“psicopatia”).

“P” interpôs uma acção cível contra a Railway Institute para que a decisão fosse declarada ilegal e obrigasse o recorrido a emitir uma nova decisão. O candidato foi representado pelo Mental Disability Advocacy Centre, uma ONG internacional sediada em Budapeste.

Primeiramente, o Tribunal aceitou o testemunho de um especialista, Dr. Dmitry D. Isaev, que o diagnóstico de “P” foi baseado exclusivamente na declaração de sua orientação homossexual, e que foi fundamentado na antiga compreensão da homossexualidade como uma condição patológica e um distúrbio mental. Salientou o especialista que a homossexualidade deixou de ser considerada um transtorno mental desde que a Rússia adotou a Classificação Estatística Internacional de Doenças e

---

<sup>234</sup> ICJ - International Commission of Jurists; *Sexual orientation, gender identity and justice: a comparative law case book*; Genebra, 2011, p. 82-84.

Problemas Relacionados à Saúde em 1997. Portanto, o Tribunal concluiu que, no exame médico de 2003, o requerente não tinha transtorno mental reconhecido.

O Tribunal entendeu que o requerente não tinha contraindicações na data do seu exame médico pela Clínica Ferroviária. Rejeitou o argumento da recorrida de que a inscrição no cartão militar referente ao diagnóstico de 1992 era um motivo para declarar o recorrente profissionalmente inapto. Por fim, afirmou que a homossexualidade não era um transtorno mental e, portanto, como o requerente não tinha nenhuma condição mental que o tornasse profissionalmente inadequado, a Corte permitiu sua queixa e declarou ilegal a decisão da Clínica Ferroviária.

Outro caso que merece análise é o *Schroer versus Billington*, Tribunal Distrital dos Estados Unidos para o Distrito de Columbia, em 2008<sup>235</sup>. Trata-se de um caso em que uma mulher transgênero, teve rescindida a sua oferta de trabalho após o possível empregador tomar ciência da sua condição de transgênero.

A demandante era uma mulher transgênero que, em 2004, candidatou-se a um cargo de Especialista em Terrorismo e Crime Internacional para o Serviço de Pesquisa do Congresso, um setor da Biblioteca do Congresso. A mulher transgênero ainda estava no início de sua transição de identidade de gênero e usou o seu nome masculino “David J. Schroer” para se inscrever na seleção de emprego e também foi às primeiras entrevistas de emprego como homem.

A demandante era muito bem qualificada para o cargo tanto que recebeu a maior pontuação entre os candidatos e ficou em primeiro lugar na seleção. Antes de se aposentar das forças armadas em 2004, ela foi coronel designada para o Comando de Operações Especiais dos Estados Unidos, atuando como diretora de uma organização de renome que rastreava e alvejava organizações terroristas internacionais de alto risco. Nessa posição, ela analisou relatórios confidenciais de inteligência, planejou operações e informou regularmente altos funcionários militares e do governo, incluindo o vice-presidente e o secretário de Defesa.

Antes de finalizar a contratação, a demandante contou ao representante da empregadora da sua situação de transição de gênero. Como ela estava prestes a começar a vestir roupas tradicionalmente femininas e se apresentar como uma mulher em período integral, a autora acreditava que seria menos perturbador se ela começasse a trabalhar como mulher, em vez de como homem e depois se apresentar como mulher. No

---

<sup>235</sup> ICJ - International Commission of Jurists; *Sexual orientation, gender identity... cit*, p. 84-87.

dia seguinte, o representante ligou para a requerente para rescindir a oferta de trabalho, dizendo: "em nossa conversa de ontem, eu determinei que você não é bom, não é o que queremos". Então chamou-se o segundo candidato e ofereceu-se a posição.

A demandante instaurou uma ação civil contra Billington, o chefe da Biblioteca do Congresso e alegou que a decisão do réu de não contratá-la depois que ela anunciou que passaria por uma transição de gênero de homem para mulher equivalia a discriminação sexual, contrária ao Título VII da Lei de Direitos Civis.

O réu alegou que tinha várias razões não discriminatórias para se recusar a contratar a queixosa, incluindo preocupações sobre sua capacidade de receber e continuar mantendo uma credencial de segurança; sua capacidade de manter seus contatos dentro das forças armadas após a transição; e sua credibilidade ao testemunhar perante o Congresso dos Estados Unidos, uma vez que o cargo exigia testemunho do Congresso. Uma vez que a repartição não foi informada sobre sua transição desde o início, dúvidas foram levantadas sobre a confiabilidade da demandada. Finalmente, o réu alegou que temia que a transição do queixoso pudesse distraí-la de seu trabalho e argumentou que uma decisão de contratação baseada na transexualidade não é uma discriminação ilegal sob o Título VII.

Em primeiro lugar, o Tribunal analisou a credenciação de segurança e outras preocupações levantadas pelo réu e considerou-as claramente fabricadas para justificar a decisão de contratação. A Corte observou que a autora já possuía autorização de segurança de seu emprego em uma agência governamental anterior e que a Biblioteca do Congresso normalmente reconheceria essa credencial de segurança. Quanto às objeções levantadas sobre a credibilidade do demandante e os contatos militares, a Corte observou que eles se basearam explicitamente em sua não conformidade de gênero e sua transição de homem para mulher e eram discriminatórios. De acordo com a Corte, "a deferência ao preconceito real ou presumido de outros é discriminação, não menos do que se um empregador age em nome de seus próprios preconceitos".

Segundo o Tribunal, o presente caso baseou-se em provas diretas e convincentes de que a decisão do réu de não contratar a demandante estava "infetada por estereótipos sexuais". O Tribunal também avaliou a teoria da autora de que, como a identidade de gênero é um componente do sexo, a discriminação com base na identidade de gênero era a discriminação sexual. A Corte observou que o réu estava entusiasmado com a contratação do demandante até que ela divulgou seus planos para uma transição de gênero. O réu revogou a oferta quando soube que o homem a quem havia oferecido o

emprego estava prestes a se tornar uma mulher. Segundo o Tribunal, isso equivalia a discriminação com base no sexo. Por fim, o Tribunal considerou que, ao recusar-se a contratar a queixosa com base na sua transição de gênero e na sua incapacidade de se conformar aos estereótipos sexuais do decisor, a ré violou a proibição do Título VII relativa à discriminação sexual.

Perante qualquer ofensa ao princípio geral da igualdade realizada por uma entidade empregadora, a defesa dos direitos dos trabalhadores que se considerem lesados por discriminação ilícita deverá ser realizada por órgão jurisdicional competente mediante o direito de petição a estes tribunais. Contudo, são raros entre nós os litígios judiciais que envolvem a aplicabilidade do princípio da igualdade no domínio laboral, principalmente no que tange à formação do contrato individual de trabalho. Designadamente, o princípio da igualdade tem sido utilizado e aplicado jurisprudencialmente, basicamente, para efeitos de fixação de categorias profissionais e de determinação da retribuição de acordo com o princípio “a trabalho igual, salário igual”<sup>236</sup>.

Contudo, na hipótese em que o trabalhador entrasse com uma ação judicial contra o empregador em razão de ter sido vítima de discriminação ilícita que se consubstancie um atentado ao princípio da igualdade e da não discriminação, é importante afirmar que mesmo quando comprovado tal fato isto não gera na esfera da entidade empregadora a obrigação (positiva) de contratação do empregador discriminado. Nestes casos não se trata de uma hipótese de reintegração do trabalhador relativamente a um contrato individual de trabalho pré-constituído, porquanto a exclusão do trabalhador ocorre antes de concluída qualquer relação jurídico-laboral. Nestas hipóteses, pela particularidade da relação contratual de trabalho ser *intuitu personae*, não se admite este tipo de solução, rejeitando-se a possibilidade de a entidade patronal se ver compelida a admitir ao seu serviço o trabalhador ilicitamente excluído. Nos referidos casos, quando constatada a discriminação e o dano causado ao trabalhador, a este serão devidos os ressarcimentos pelos danos causados (por exemplo, quando trabalhador tenha sido excluído de forma discriminatório de um concurso público e que não tenha sido apresentado uma candidatura noutra emprego por ter acreditado na seriedade da primeira seleção), assim como também serão devidos, na ocorrência de danos não materiais, a obrigação de indenização por danos morais<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> DRAY, Guilherme Machado; *O princípio da igualdade...cit.* p. 286-287.

<sup>237</sup> DRAY, Guilherme Machado; *O princípio da igualdade...cit.* p. 286.

### 3.3.2. Discriminação no decorrer do contrato de trabalho

Podemos vislumbrar duas espécies de discriminação no decorrer do contrato de trabalho. A primeira a ser analisada será espécie de discriminação que ocorre na modalidade de assédio, seja moral ou sexual, decorrente da situação de o empregador ou de seus prepostos avaliarem que o empregado é homossexual, bissexual ou transexual e em decorrência desta avaliação, promoverem assédio de cunho discriminatório. A segunda modalidade de discriminação ocorre pela não concessão aos trabalhadores enquadrados como um dos LGBTI de benefícios sociais e da empresa, que são concedidos aos trabalhadores homólogos heterossexuais quando estes são casados ou constituíram união de fato. Primeiramente passemos a analisar a primeira modalidade, que é a da espécie assédio dos trabalhadores.

O contrato de trabalho pressupõe o reconhecimento da dignidade do trabalhador; partindo-se deste pressuposto, a execução das obrigações que decorrem do contrato individual de trabalho não pode traduzir-se num atentado à dignidade do trabalhador, posto que o ordenamento jurídico garante ao mesmo o exercício de seus direitos fundamentais enquanto pessoa humana. Verificam-se, portanto, que os direitos da personalidade penetram na relação contratual de trabalho, erigindo-se como um importante limite aos poderes do empregador e, ao mesmo tempo, como uma garantia do exercício de vários direitos fundamentais<sup>238</sup>.

O trabalhador, durante o contrato de trabalho, continuará a gozar de todos os direitos que tem enquanto pessoa. Embora o exercício de alguns direitos possa ser, na prática, comprimido pelo direito do empregador em controlar a atividade laboral, o trabalhador deverá ter protegida a sua esfera privada de possíveis intromissões de outras pessoas. Tudo isso em prol da proteção do direito à dignidade humana dos trabalhadores<sup>239</sup>.

O Código do Trabalho de 2009 incluiu, tal como o Código de 2003, uma subsecção relativa à tutela dos direitos da personalidade, embora a sua eventual não inclusão não implicasse que tais direitos não estivessem assegurados nas relações de laborais, pois o contrato de trabalho não é nem nunca foi um contrato que tivesse por fim

---

<sup>238</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Estudos de direito do trabalho*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 65.

<sup>239</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Intimidade do trabalhador e tecnologia informática – VII Congresso Nacional de Direito do Trabalho*; Coimbra: Almedina, 2004, p. 191-192.

destruir a dignidade dos trabalhadores. Há que se observar também a regulamentação constitucional (arts. 26º, 32º, 34º, 35º e 36º) e civil (arts. 70º a 81º); tais artigos devem continuar a ser seguidos, posto que o Código do Trabalho somente anuncia alguns direitos da personalidade, olvidando o direito à imagem, o direito à honra e o problema das revistas aos trabalhadores. O problema da compressão dos direitos da personalidade deve limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos segundo critérios de proporcionalidade e adequação, o que significa que os direitos de proporcionalidade só podem ceder se, à luz desses critérios os benefícios que os empregadores puderem retirar dessa compressão forem superiores aos prejuízos daí decorrentes para o trabalhador<sup>240</sup>.

O artigo 15º do Código do Trabalho dita que o empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e o trabalhador gozam do direito à respetiva integridade física e moral. Já o artigo 16º, nº 1 do CT dita que o empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada. E o nº 2 dita que o direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspetos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.

Maria do Rosário Palma Ramalho ensina que: “*É a consciência da especial vulnerabilidade dos direitos de personalidade do trabalhador no contrato de trabalho que justifica a tutela reforçada desses direitos, constante dos arts. 14º. ss. do CT, com destaque para a tutela do direito à reserva da vida privada*”. Tal regime de tutela deve ser observado em todas as fases do vínculo laboral, desde o princípio quando da formação do contrato de trabalho até o termo deste contrato. Enquanto está na fase de formação do vínculo contratual de trabalho, a manifestação da tutela do direito à reserva da vida privada do trabalhador ocorre, como já foi visto no item anterior, quanto aos limites impostos pela lei ao empregador, quanto às perguntas que este pode dirigir ao candidato a emprego e quanto aos testes e exames a que o pode sujeitar (arts. 17º a 19º do CT)<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Estudos de direito do trabalho... cit.*, p. 69-70.

<sup>241</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma; *Factos da vida privada do trabalhador, prova ilícita e despedimento: Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de julho de 2013; In: Vinte anos de questões laborais*; Coimbra: Coimbra Editora, 2013; p. 585-586.

Durante toda a execução do trabalho mantém-se os limites estabelecidos na lei, posto que vigora a regra geral de reserva sobre os factos da vida privada do trabalhador (art. 16º do CT); acrescem à regra geral, as seguintes regras específicas referentes aos meios de vigilância no local de trabalho e também sobre o acesso às comunicações pessoais do trabalhador (arts. 20º a 22º do CT). Quanto à cessação do contrato de trabalho ainda podemos observar a projeção da tutela do direito à reserva da vida privada do trabalhador, posto que nesta fase deve ser observado o princípio da irrelevância dos fatos da vida privada do trabalhador para efeitos disciplinares, em especial, para a configuração do despedimento por justa causa do trabalhador<sup>242</sup>.

Tais artigos devem ser analisados em consonância com a Constituição da República Portuguesa. O artigo 25º, nº 1 dita que a integridade moral e física das pessoas é inviolável; já o artigo 26º, nº 1 dita que a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. Ainda há que se analisar o Código Civil nos artigos que se seguem, assim vejamos: o artigo 70º, nº 1 dita que a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral; o artigo 79º, nº 1 revela que o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; e ainda o artigo 80º, nº 1 dita que todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem.

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão afirma que o primeiro direito de personalidade do trabalhador é o direito à integridade física e moral. Como já foi visto, tal direito encontra-se tutelado constitucionalmente. Já o art. 15º do Código do Trabalho estabelece a vigência deste direito especificamente em sede da relação laboral. Com efeito, deve estar assegurada a protecção da integridade física e moral do trabalhador e efetivamente, o contrato de trabalho, mesmo que seja essencial à subsistência do empregado, não deve sujeitar o trabalhador a qualquer sacrifício da sua integridade física ou moral, a qual se encontra protegida pela lei<sup>243</sup>.

A prática de assédio ao trabalhador é proibida conforme afirma o artigo 29º do Código do Trabalho. De acordo com o art. 29º, nº 2, entende-se por assédio o

---

<sup>242</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma; *Factos da vida privada... cit.*, p. 585-586.

<sup>243</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes; *Direito do trabalho... cit.*, p. 131.

comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em factor de discriminação, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afectar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador. Ainda, o nº 3 do mesmo artigo dita que constitui assédio sexual o comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objectivo ou o efeito referido no número anterior.

Pedro Romano Martinez, em anotação a este artigo, escreve que o assédio constitui um conjunto concatenado de comportamentos que tem por objetivo ou efeito criar um ambiente de tal forma hostil, que o trabalhador se vê na contingência de, ele próprio, por se sentir marginalizado, pretender desvincular-se perante o empregador, pondo termo à relação laboral, sendo que o conceito é francamente amplo, abrangendo não apenas as hipóteses em que se vislumbra na esfera jurídica do empregador o objetivo de afetar a dignidade do visado, mas também aquelas em que, ainda que não se reconheça tal desiderato, ocorra o efeito<sup>244</sup>.

Isabel Ribeiro Parreira, afirma que o local de trabalho, assim como os demais agrupamentos humanos, representa uma fonte de tensões entre os indivíduos, ocorrendo conflitos. Contudo, quando tais tensões se concentrarem em uma mesma vítima, a perpetuar-se no tempo, com efeitos de exclusão e de danos psicológicos, configura-se o *mobbing* ou assédio moral<sup>245</sup>. O assédio moral configura-se por ser uma “violência psicológica em pequenas doses”, onde a vítima sofre “microtraumatismos frequentes e repetidos”<sup>246</sup>. O assédio moral concretiza-se por comportamentos persecutórios da vítima de características específicas<sup>247</sup>.

<sup>244</sup> MARTINEZ, Pedro Romano, *Código do Trabalho Anotado*, Coimbra: Almedina 2009, p. 188.

<sup>245</sup> PARREIRA, Isabel Alexandra Botelho Vieira Borges Ribeiro; *O assédio moral no trabalho – Sep. de V Congresso Nacional de Direito do Trabalho*; Coimbra: Almedina, 2003, p. 209-210.

<sup>246</sup> PARREIRA, Isabel Alexandra Botelho Vieira Borges Ribeiro; *O assédio moral... cit.*, p. 214.

<sup>247</sup> “(...) o assédio moral pode ser concretizado por comportamentos com as seguintes características: a) uma perseguição ou submissão da vítima a pequenos ataques repetidos; b) constituída por qualquer tipo de atitude por parte do assediador, não necessariamente ilícita em termos singulares, e concretizadas de várias maneiras (por gestos, palavras, atitudes, omissões, etc.), à excepção de condutas, agressões ou violações físicas; c) que pressupõe motivações variadas por parte do assediador; d) que, pela sua repetição ou sistematização no tempo; e) e pelo recurso a meios insidiosos, subtis ou subversivos, não claros nem manifestos, que visam a diminuição da capacidade de defesa do assediado; f) criam uma relação assimétrica de dominante e dominado psicologicamente; g) no âmbito da qual a vítima é destruída na sua identidade; h) o que representa uma violação da dignidade pessoal e profissional, e, sobretudo, da integridade psicofísica do assediado; i) com fortes danos para a saúde mental deste; j) colocando em perigo a manutenção de seu emprego; k) e/ou degradando o ambiente laboral”. PARREIRA, Isabel Alexandra Botelho Vieira Borges Ribeiro; *O assédio moral... cit.*, p. 213-214.

Maria Regina Redinha ensina que as teorias sobre *mobbing* ou assédio moral surgiram nos anos oitenta e revelam uma prática que ocorre no ambiente laboral, que é a perseguição metódica e prolongada dirigida a um trabalhador, com o objetivo de exclusão deste do ambiente de trabalho. Tal prática é agressiva e violenta, podendo causar no trabalhador que é vítima diversos transtornos de ordem psíquica, psicossomática e social<sup>248</sup>.

Maria do Rosário Palma Ramalho entende que o assédio corresponde a um comportamento indesejado, que viola a dignidade do trabalhador ou candidato a emprego e cujo objetivo ou efeito é criar um ambiente hostil ou degradante, humilhante ou desestabilizador para o trabalhador ou o candidato a emprego, podendo ser moral não discriminatório, quando o comportamento indesejado não se baseia em nenhum fator discriminatório, mas, pelo seu carácter continuado ou insidioso, tem os mesmos efeitos hostis, almejando em última análise, afastar aquele trabalhador da empresa (*mobbing*)<sup>249</sup>.

Para Vólia Bomfim Cassar, o assédio moral é caracterizado pelas condutas abusivas praticadas pelo empregador, direta ou indiretamente, sob o plano vertical ou horizontal, ao empregado, que afetem o seu estado psicológico. Normalmente, refere-se a um costume ou prática reiterada do empregador. O assédio moral também pode ser chamado de *bossing*, *mobbing*, *bullying*, *harcèlement*, manipulação perversa, terrorismo psicológico e psicoterrorismo. Práticas como: retirar a autonomia do empregado que a detinha; transferir seus poderes a outro; isolar o trabalhador no ambiente de trabalho; premiar o “dedo-duro” por entregar as falhas do outro, causando disputa entre os pares; fomentar a inveja de um trabalhador pelo cargo de outro, estimulando-o à competição desleal; criar metas impossíveis de atingimento; rebaixar; diminuir o salário; conceder prazos exíguos para atividades complexas, de forma que o trabalho jamais saia perfeito etc. Todos estes atos, praticados de forma repetida, por meses ou anos, afetam a saúde mental do trabalhador que passa a ter dúvida de sua própria competência<sup>250</sup>.

Trata-se de um conjunto de situações que separadamente poderiam até não ter relevo jurídico, mas que pelo seu carácter reiterado são aptas a atingir um objetivo ou a produzir um efeito em outrem, que não é por este último pretendido. A título exemplificativo, deverá entender-se como consubstanciando um caso de assédio moral as

---

<sup>248</sup> REDINHA, Maria Regina; *Assédio moral ou mobbing no trabalho – V Congresso Nacional de Direito do Trabalho*; Coimbra: Almedina, 2003; p. 169.

<sup>249</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte II: Situações laborais individuais*, Coimbra: Almedina 2010, p. 177.

<sup>250</sup> CASSAR, Vólia Bomfim; *Direito do trabalho... cit.*, p. 924.

situações em que o empregador esvazia funcionalmente o trabalhador, procurando com semelhante conduta que este último, por si próprio, proceda à cessação do contrato de trabalho, denunciando-o (art. 400º a 403º do CT), ou mesmo que aceite a revogação do contrato de trabalho (art. 349º e 350º do CT) mediante uma compensação de valor diminuto<sup>251</sup>.

Conforme Rita Jorge Pinheiro, descrito pela doutrina nacional e internacional como um fenómeno tendencialmente coletivo, que pode ter lugar na execução do contrato, mas também durante a sua fase pré-contratual, o *mobbing* caracteriza-se pela prática de determinados comportamentos, pela sua duração / repetição e pelas consequências corresponsivas, a nível físico e psíquico, sofridas pelo trabalhador às mãos dos seus superiores, colegas, subordinados ou terceiros estranhos ao vínculo contratual. Com efeito, o assédio moral é constituído por situações e comportamentos evolutivos de ‘exuberância polimórfica’, que têm o seu início em pequenos apontamentos de conduta com carácter inofensivo e inócuo, escalando na graduação da violência sub-reptícia empregue para atingir os objetivos do *mobber*. Estes comportamentos, que na sua individualidade não assumem, necessariamente, carácter ilícito, quando ponderados no seu conjunto, consubstanciam um ato ilícito<sup>252</sup>.

Quanto ao assédio sexual, este é o comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objetivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador. Aqui a diferença é o carácter sexual que se reveste o assédio. Quando se pensa em assédio sexual, automaticamente formamos a imagem de um empregador homem assediando uma trabalhadora mulher; contudo, além das mulheres, os indivíduos LGBTI também são vítimas desse tipo de assédio, pelo que também devem constar da análise do presente trabalho.

Vólia Bomfim Cassar, quanto à análise do assédio sexual, defende que é inaceitável que o empregador pratique, permita a alguém praticar ou mantenha ambiente de trabalho hostil e ameaçador sob a ótica sexual. O conceito de assédio sexual deve abarcar toda conduta de natureza sexual não desejada, que embora seja repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada pelo assediador, que cerceia a liberdade sexual do assediado. Para esta autora, o assédio sexual divide-se em duas espécies: por intimidação

---

<sup>251</sup> MARECOS, Diogo Vaz; *Código do trabalho anotado*; Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 148.

<sup>252</sup> PINHEIRO, Rita, Jorge; *A responsabilidade civil dos agentes perante a vítima de assédio moral*; In: *Vinte anos de questões laborais*; Coimbra: Coimbra Editora, 2013; p. 409-410.

e por chantagem. O assédio por intimidação ou ambiental, ocorre quando a vítima é exposta a situações constrangedoras, humilhantes ou inoportunas, tais como investidas sexuais, propostas, piadas, gestos sexuais etc. Os atos fazem parte de um contexto e decorrem de um ambiente de trabalho nocivo, com o intuito de prejudicar, pressionar ou desestabilizar a vítima. Já o assédio por chantagem ou *quid pro quo* (“isto por aquilo”) ocorre quando superior hierárquico, abusando de seu poder, ameaça a vítima com a demissão ou a perda de vantagens caso não lhe preste “favores sexuais”. Esse assédio sempre é praticado por abuso de poder<sup>253</sup>.

Isabel Ribeiro Parreira afirma que, quanto aos personagens do assédio sexual, o assediado ou o sujeito passivo é o trabalhador; já quanto aos sujeitos ativos, estes podem ser o empregador, o superior hierárquico, o colega de trabalho e, eventualmente, algum cliente. Qualquer dessas pessoas pode ser homem ou mulher, existindo assédios homossexuais e de mulheres sobre homens, e a todos é dado o mesmo tratamento<sup>254</sup>. O assédio sexual pode ser concretizado de forma física, verbal ou não verbal. Quanto à concretização física, encontramos o contacto físico pretendido pelo assediador e não desejado pelo assediado, como também gestos vulgares e obscenos<sup>255</sup>. Quanto à concretização verbal encontramos as ofensas ou as propostas de carácter sexual, assim como as perguntas, os comentários e as observações sobre aspectos privados do assediado. Quanto ao aspecto não verbal, verificamos outras formas de exteriorização, tais como fotografias, filmes, desenhos, canções e escritos que se façam chegar ao conhecimento do assediado<sup>256</sup>.

Pesquisa realizada pelo Centro Interdisciplinar de Estudos de Género – CIEG em conjunto com a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego – CITE, no ano de 2015, verificou que 16,5% da população ativa portuguesa ao longo da sua vida profissional já viveu alguma vez uma situação de assédio moral. Por seu turno, o assédio sexual foi experimentado por 12,6% da população inquirida. As mulheres são o alvo preferencial destas duas formas de assédio no local de trabalho. Por um lado, 14,4% das

---

<sup>253</sup> CASSAR, Vólia Bomfim; *Direito do trabalho... cit.*, p. 925-927.

<sup>254</sup> PARREIRA, Isabel Alexandra Botelho Vieira Borges Ribeiro; *O assédio sexual no trabalho – Sep. de IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho*; Coimbra: Almedina, 2001, p. 179.

<sup>255</sup> “É o tocar, o empurrar, o apalpar, o dar encontros ou beliscões, o roçar-se e o esfregar-se no corpo de outrem – incluindo contatos entre os dois corpos, ou seja, entre a totalidade ou parte do tronco, e contatos entre um membro e um corpo, ou mesmo entre membros dos dois corpos, ou ainda, entre o corpo da vítima e algum objecto utilizado pelo assediador ou acção por este praticada, assumindo maior gravidade estas últimas hipóteses porque podem aparentar ser fruto do acaso.” PARREIRA, Isabel Alexandra Botelho Vieira Borges Ribeiro; *O assédio sexual... cit.*, p. 171-172.

<sup>256</sup> PARREIRA, Isabel Alexandra Botelho Vieira Borges Ribeiro; *O assédio sexual... cit.*, p. 171-174.

mulheres já alguma vez sofreu assédio sexual enquanto apenas 8,6% dos homens passaram pela mesma experiência no local de trabalho. Por outro, 16,7% das mulheres já experimentou uma situação de assédio moral contra 15,9% de homens<sup>257</sup>.

A pesquisa supramencionada entende que o assédio moral é um conjunto de comportamentos indesejados percecionados como abusivos, praticados de forma persistente e reiterada podendo consistir num ataque verbal com conteúdo ofensivo ou humilhante ou em atos subtis, que podem incluir violência psicológica ou física. Tem como objetivo diminuir a autoestima da/s pessoa/s alvo e, em última instância pôr em causa a sua ligação ao local de trabalho. As vítimas são envolvidas em situações perante as quais têm em geral dificuldade em defender-se. Ainda a pesquisa entende que o assédio sexual é um conjunto de comportamentos indesejados, percecionados como abusivos de natureza física, verbal ou não verbal, podendo incluir tentativas de contacto físico perturbador, pedidos de favores sexuais com o objetivo ou efeito de obter vantagens, chantagem e mesmo uso de força ou estratégias de coação da vontade da outra pessoa. Geralmente são reiterados podendo também ser únicos e de carácter explícito e ameaçador<sup>258</sup>.

Para efetivação da pesquisa, o conceito de assédio sexual foi operacionalizado através de quatro grandes dimensões ou grandes tipos de assédio: (i) insinuações sexuais (tais como: piadas ou comentários sobre o seu aspeto que o tenham ofendido; piadas ou comentários ofensivos sobre o seu corpo; piadas ou comentários ofensivos de carácter sexual); (ii) atenção sexual não desejada (tais como: convites para encontros indesejados; propostas explícitas e indesejadas de natureza sexual; propostas indesejadas de carácter sexual através de e-mail, sms ou através de sites e redes sociais; telefonemas, cartas, sms, e-mails ou imagens de carácter sexual ofensivos; olhares insinuantes; perguntas intrusivas e ofensivas acerca da vida privada); (iii) aliciamento (tais como: pedidos de favores sexuais associados a promessas de obtenção de emprego ou melhoria das condições de trabalho); (iv) contacto físico e agressão sexual (tais como: contactos físicos não desejados - tocar, mexer, agarrar, apalpar, beijar ou tentar beijar; agressão ou tentativa de agressão sexual)<sup>259</sup>.

---

<sup>257</sup> TORRES, Anália; COSTA, Dália; SANT'ANA, Helena; COELHO, Bernardo e SOUSA, Isabel; *Assédio sexual e moral no local de trabalho em Portugal*; Lisboa: CITE e CIEG, 2016, p. 06.

<sup>258</sup> TORRES, Anália; COSTA, Dália; SANT'ANA, Helena; COELHO, Bernardo e SOUSA, Isabel; *Assédio sexual e moral... cit.*, p. 05.

<sup>259</sup> TORRES, Anália; COSTA, Dália; SANT'ANA, Helena; COELHO, Bernardo e SOUSA, Isabel; *Assédio sexual e moral... cit.*, p. 08.

Já quanto ao assédio moral, o conceito foi operacionalizado também através de quatro dimensões, quais sejam: (i) isolamento social (terem promovido o seu isolamento ou falta de contacto em relação a colegas; terem promovido o seu isolamento ou falta de contacto com chefias); (ii) perseguição profissional (definição de objetivos impossíveis de atingir; desvalorização sistemática do trabalho; funções desadequadas); (iii) intimidação (ameaças sistemáticas de despedimento; ter sido alvo de situações de stress com o objetivo de provocar descontrolo); (iv) humilhação pessoal (ter sido humilhado devido a características físicas psicológicas ou outras<sup>260</sup>).

Como exemplo de assédio em virtude da orientação sexual, vejamos um relato de um caso que ocorreu nos Estados Unidos, e que faz parte de um estudo promovido pelo professor Matthew Green Jr., assim vejamos: Christopher Danvers foi contratado como guarda de segurança na FMC, Inc., onde trabalhou com outros 15 seguranças do sexo masculino. Christopher alega que seus colegas de trabalho passaram a desconfiar que era homossexual, quando passou a ser submetido a assédio. Ele alegou que seus colegas de trabalho, entre outras coisas, faziam frequentes comentários depreciativos em relação às suas preferências e atividades sexuais; que o chamavam de “bicha” e questionavam sua masculinidade; pediam-lhe favores sexuais; e que em certa ocasião, seus colegas de trabalho o algemaram, baixaram as calças e simularam sexo com ele enquanto um dos colegas de trabalho fotografava o incidente. As imagens foram posteriormente colocadas na caixa de correio do local de trabalho de Christopher.<sup>261</sup>

José Cairo Júnior revela que, nos casos de assédio moral, o empregado não é violentado fisicamente; nesses casos a violência é moral e dissimulada, o que dificulta a proteção judicial do direito da personalidade do empregado. O assédio moral constitui ofensa à mencionada cláusula, implícita em qualquer contrato de trabalho, de observância à dignidade da pessoa humana do trabalhador. Também o assédio sexual é consequência da inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana do empregado<sup>262</sup>. Em ambos os casos o trabalhador poderá pedir a rescisão indireta (que é a equivalente à resolução por justa causa do empregador do direito português)<sup>263</sup>.

---

<sup>260</sup> TORRES, Anália; COSTA, Dália; SANT’ANA, Helena; COELHO, Bernardo e SOUSA, Isabel; *Assédio sexual e moral... cit.*, p. 08.

<sup>261</sup> GREEN JR., Matthew W.; *Sexual Orientation and Gender Identity Employment Discrimination*; Chicago: Cali eLangdell Press, 2017, p. 32-33.

<sup>262</sup> JÚNIOR, José Cairo; *Curso de direito do trabalho... cit.*, p. 723-724.

<sup>263</sup> No direito trabalhista brasileiro, a comprovação do assédio moral do trabalhador, justifica o pedido de rescisão indireta por parte do empregado por inadimplemento contratual do empregador. Nesse caso, a hipótese que justifica a rescisão indireta está prevista no art. 483, alínea “d” da CLT, quando o assédio

A comprovação da prática de assédio do trabalhador, seja o assédio moral ou o assédio sexual, realizada pelo empregador ou seus prepostos, confere ao trabalhador o direito a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais do direito, conforme afirma o artigo 29º, nº 4 e 28º do Código do Trabalho. Ainda, a prática de assédio a que o trabalhador foi submetido constitui justa causa de resolução do contrato pelo trabalhador, posto que o artigo 394º, nº 2, f) do Código do Trabalho dita que constitui justa causa de resolução do contrato pelo trabalhador a ofensa à integridade física ou moral, liberdade, honra ou dignidade do trabalhador, punível por lei, incluindo a prática de assédio denunciada ao serviço com competência para inspeção na área laboral, praticada pelo empregador ou seu representante.

Quando são verificadas situações graves, determinadas de acordo com critério semelhante ao da justa causa subjetiva patronal, o empregado, conforme artigo 394º do Código do Trabalho, poderá pôr termo ao contrato, pela via da resolução, sem aviso prévio e sem dar indemnização por este facto.<sup>264</sup> Configurando-se a justa causa, a indemnização a que fará jus o trabalhador deverá ser fixada entre 15 e 45 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, com mínimo correspondente a três meses de retribuição base e diuturnidades. Trata-se de uma compensação ao trabalhador pelos prejuízos patrimoniais e não patrimoniais que este sofreu, dentro daquela faixa predefinida<sup>265</sup>.

Ocorrendo a justa causa (art. 394º, nº 1 do CT), o trabalhador poderá fazer cessar imediatamente o contrato. Ocorrendo a justa causa subjetiva de demissão, por ter o empregador cometido comportamentos ilícitos e culposos, ocorrerá a ruptura contratual, que apesar de ser desencadeada pelo trabalhador, tem como verdadeiro e último responsável o empregador, o qual viola culposamente os direitos e garantias daquele, impelindo-o a demitir-se. Diante da justa causa do empregador, o trabalhador deverá comunicar a resolução do contrato ao empregador, por escrito, com a indicação sucinta dos fatos que a justificam, nos trinta dias seguintes ao acontecimento dos fatos. O trabalhador fará jus a uma indenização e em que pese o *quantum* balizado pela lei já supracitado, o legislador consagra ainda uma moldura indenizatória com padrões mínimos e máximos de referência, devendo o tribunal atender ao valor de retribuição do

---

moral configura “tratamento com rigor excessivo”. No caso do assédio sexual, o despedimento indireto está previsto no art. 483, alínea “e”, que trata do “ato lesivo à honra” do trabalhador.

<sup>264</sup> XAVIER, Bernardo da Gama Lobo; *Manual do direito do trabalho*; Lisboa: Verbo, 2014, p. 892.

<sup>265</sup> FERNANDES, António Monteiro; *Direito do trabalho*; Coimbra: Almedina, 2014, p. 578.

trabalhador e ao grau de ilicitude do comportamento do empregador, a fim de graduar a indenização devida. Ainda, a indenização poderá ser superior ao previsto no art. 396º, nº 1 do CT sempre que o trabalhador sofra danos patrimoniais e não patrimoniais de valor elevado<sup>266</sup>.

Quanto à responsabilidade civil por assédio, Rita Jorge Pinheiro, ao analisar a doutrina nacional portuguesa, verifica que grande parte da doutrina entende que está em causa a responsabilidade contratual do agente, quando a origem do assédio seja o empregador. Afirmar a autora que do contrato de trabalho derivam obrigações para ambas as partes, nomeadamente, os deveres de, no cumprimento das obrigações contratuais, agir de boa-fé e colaborar na promoção humana, profissional e social do trabalhador. Esta doutrina, que se acolhe com grande entusiasmo, afirma que, apesar de estarem em causa direitos absolutos, a responsabilidade contratual destrói a responsabilidade delitual, pois tais ataques à dignidade são perpetuados por causa da relação laboral e em clara violação de deveres conexos à mesma, sendo que o empregador viola a obrigação contratual de proporcionar, a nível físico e moral, condições de trabalho adequadas. A responsabilidade do empregador por *mobbing* funda-se na violação das obrigações que derivam da celebração do contrato de trabalho (art. 127º), pois os comportamentos de assédio implicam, necessariamente, a violação dos direitos à dignidade, ao livre desenvolvimento da personalidade, à integridade física e moral do trabalhador, ao tratamento não discriminatório, à personalidade, à honra e à privacidade<sup>267</sup>.

Quando o assédio do trabalhador tem origem no superior hierárquico, há divergência doutrinária quanto à responsabilização civil. Entendemos que, enquanto responsabilidade contratual, o devedor é responsável perante o credor pelos atos de seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tivesse sido ele mesmo a praticá-los, nos termos do artigo 800º do Código Civil, posto que retira um benefício da possibilidade de utilizar um auxiliar para efetivar o cumprimento da sua obrigação. Nestes casos, perante a configuração de situações de assédio no local de trabalho, onde se tem por assediador o superior hierárquico, deve ser aplicado o artigo 800º do Código Civil, situação mais vantajosa para o trabalhador, que invoca contra o empregador a presunção de culpa pelo incumprimento. Ainda, quando se verificar que o empregador não agiu de forma a se situar como responsável solidário

---

<sup>266</sup> AMADO, João Leal; *Contrato de trabalho: noções básicas... cit.*, p. 391-395.

<sup>267</sup> PINHEIRO, Rita, Jorge; *A responsabilidade civil dos agentes... cit.*, p. 413.

juntamente com o superior hierárquico, entende-se que o empregador terá direito de regresso sobre o superior hierárquico<sup>268</sup>.

O assédio moral (*mobbing*) ou o assédio sexual também poderá configurar crime. A prática do assédio moral, a depender da gravidade do caso em concreto, poderá, segundo a Lei nº 83/2015 que aditou o artigo 154º-A no Código Penal, configurar o crime de perseguição. O referido artigo, afirma que quem, de modo reiterado, perseguir ou assediar outra pessoa, por qualquer meio, direta ou indiretamente, de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de determinação, é punido com pena de prisão até três anos ou pena de multa, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal<sup>269</sup>. Quanto ao assédio sexual este poderá configurar, conforme a gravidade da situação e se forem feitas propostas de teor sexual ao trabalhador, o crime de importunação sexual, previsto no artigo 170º do Código Penal.

O grande problema que os LGBTI enfrentam em relação à discriminação quanto à orientação sexual no decorrer do contrato de trabalho é justamente o da violação aos seus direitos da personalidade, mais precisamente os direitos à integridade física e moral, à honra, à intimidade privada e a imagem. Tais direitos são comumente violados em situações em que se configuram hipóteses de assédio moral e de assédio sexual. Existem inúmeros casos relatados em que indivíduos LGBTI são vítimas de constrangimentos, escárnios e gozações nos locais de trabalho, tanto por parte dos superiores hierárquicos como colegas que trabalham no mesmo ambiente laboral. Tais casos de assédio configuram-se em hipóteses de discriminação ilícita do trabalhador no decorrer do contrato de trabalho. A maior parte das vítimas permanece em silêncio, pois temem o desemprego. Contudo, alguns indivíduos ingressam com ações judiciais frente à reparação de seus direitos violados. Por ausência de jurisprudência dos tribunais portugueses neste sentido, observaremos três jurisprudências brasileiras que bem ilustram o tema, a partir da análise dos Tribunais Regionais do Trabalho do Brasil.

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, localizado no Estado de Minas Gerais, decidiu a favor de trabalhador que sofreu discriminação no ambiente de trabalho, por ter sido vítima de assédio moral pela prática reiterada de comentários de cunho discriminatório e ofensivo à dignidade do trabalhador. Quando da análise da ementa deste Acórdão, verificamos que o supramencionado Tribunal entendeu

---

<sup>268</sup> PINHEIRO, Rita, Jorge; *A responsabilidade civil dos agentes.. cit.*, p. 418-420.

<sup>269</sup> QUINTAS, Paula, QUINTAS, Helder; *Manual de direito do trabalho... cit.*, p. 203.

que o indivíduo que, com base na orientação sexual do trabalhador, faz comentário de cunho discriminatório e pejorativo, pratica ato ilícito absolutamente incompatível com o critério de respeito que deve pautar as relações sociais, mormente as relações de trabalho, posto que o trabalho identifica e posiciona o indivíduo em seu meio social e, entre os sujeitos dessa relação, impõe-se a observância do direito à dignidade, à honra, à imagem e à vida privada - todos constitucionalmente assegurados (a teor dos artigos 1º, inciso III, e 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988)<sup>270</sup>

O Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região<sup>271</sup>, localizado no Estado de São Paulo, decidiu a favor de trabalhadora que sofreu discriminação pelo empregador, que assediava moralmente a empregada com ofensas de cunho homofóbico. Quando da análise do Acórdão, verificamos que o referido Tribunal entendeu que, para efeito de cumprimento das cláusulas do contrato de trabalho é absolutamente irrelevante a orientação sexual adotada pelo empregado, vez que se trata de questão estritamente relacionada à sua intimidade. No caso em análise restou provada a insólita conduta patronal, com a prática reiterada de ofensas de cunho homofóbico por parte de superior hierárquico, que atingiram o patrimônio moral da obreira, resultando a obrigação legal de reparar. O epíteto de "sapatona" utilizado à miúdo por preposta da demandada, é expressão chula de cunho moral e depreciativo que, nas circunstâncias, constitui grave atentado à dignidade da trabalhadora, pelo alto grau de ofensividade e execração moral, agravada por ser proferida diante do corpo funcional.

O Tribunal entendeu que, independentemente da opção sexual da autora, que só a ela diz respeito posto que adstrita à esfera da sua liberdade, privacidade ou intimidade, a prática revela retrógrada e repugnante forma de discriminação, qual seja, o preconceito quanto à orientação sexual do ser humano. A histeria homofóbica e a hipocrisia explicam o incipiente estágio de conquistas na esfera legislativa e a demora na efetivação de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: a dignidade do ser humano, independentemente da forma como cada um expresse a sua sexualidade. Ainda afirmou que no caso, caracterizou-se o atentado à dignidade da trabalhadora, que se viu humilhada com ofensas e atingida em sua intimidade e vida privada (art. 5º, X, CF),

---

<sup>270</sup> TRT-3 - RO: 00466201000503000 0000466-24.2010.5.03.0005, Relator: Paulo Roberto de Castro, Sétima Turma, Data de Publicação: 19/10/2010,18/10/2010. DEJT. Página 149. Disponível em [www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia)

<sup>271</sup> TRT-2 - RO: 00010612020135020078 SP 00010612020135020078 A28, Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros, Data de Julgamento: 05/08/2014, 4ª Turma, Data de Publicação: 15/08/2014. Disponível em [www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia)

malferindo o empregador, por meio do seu preposto, os princípios da igualdade (art. 5º, caput, CF) e da dignidade humana (art. 1º, III, CF), práticas estas intoleráveis numa sociedade que se alça a um novo patamar civilizatório.

Novamente o Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região<sup>272</sup>, localizado no Estado de São Paulo, decidiu a favor de trabalhador que sofreu assédio moral e discriminação pelo empregador, através de seus prepostos. O Tribunal decidiu que o silêncio do empregador frente a conduta de seus prepostos constituiu omissão culposa cuja responsabilidade é objetiva pelo ilícito. Quando da análise da ementa, verificamos que o Tribunal entende que o assédio moral é uma violência psicológica reiterada por meio de atos diretos ou indiretos em que o agressor investe contra a esfera física, psíquica, moral ou social da vítima, mantendo-a acossada a fim de forçá-la a agir segundo os seus interesses, e que a agressão moral de índole preconceituosa investe contra a dignidade da vítima. O Tribunal entende que a livre orientação sexual é um direito humano fundamental cuja gênese está no princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF) e se insere no conceito de uma sociedade livre, justa, solidária e sem preconceitos que é um dos objetivos da República Federativa do Brasil (incisos I e IV do art. 3º da CF).

O Tribunal supramencionado afirma que é dever do empregador garantir um meio ambiente saudável e harmonioso em sintonia com uma sociedade plural e solidária, e que para tanto dispõe do poder disciplinar cujo exercício deve estar voltado para inibir qualquer conduta de seus prepostos que representem aversão à liberdade de orientação sexual e religiosa, à identidade de gênero e racial em especial. O silêncio do empregador diante de situações de humilhações de um empregado em razão da prática discriminatória por seus prepostos constitui omissão culposa cuja responsabilidade é objetiva pelo ilícito.

Passando-se a analisar a segunda modalidade de discriminação no decorrer do contrato de trabalho, há que se observar que, além dos casos de violação dos direitos da personalidade e dos casos de assédio moral, existem outras formas de discriminação que decorrem da relação empregatícia e da não concessão de alguns benefícios a parceiros de uniões homoafetivas. Tais práticas podem ser previstas na legislação trabalhista portuguesa quando os fatos se enquadrem na previsão do artigo 23º

---

<sup>272</sup> TRT-2 - RO: 00021636520135020373 SP 00021636520135020373 A28, Relator: Marcelo Freire Gonçalves, Data de Julgamento: 07/08/2014, 12ª TURMA, Data de Publicação: 15/08/2014. Disponível em [www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia)

do Código do Trabalho que trata da definição de discriminação directa e indirecta. Assim, considera-se: a) Discriminação directa, sempre que, em razão de um factor de discriminação, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável; b) Discriminação indirecta, sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja susceptível de colocar uma pessoa, por motivo de um factor de discriminação, numa posição de desvantagem comparativamente com outras, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários.

Muitas vezes, um empregador concede a um empregado certos benefícios que podem se estender ao cônjuge se ele for casado. Alguns exemplos incluem a 'pensão de sobrevivência' para o viúvo ou viúva de um funcionário que morre, ou um passe livre para o marido ou a esposa de um funcionário de uma empresa de transportes. Como esses benefícios estão relacionados ao emprego, a proibição da discriminação baseada na orientação sexual se estende aos benefícios do cônjuge do empregado LGBTI. Ocorre que nem todos os Estados-Membros da União Europeia permitem o casamento de casais do mesmo sexo; há alguns países que permitem parcerias registadas de pessoas do mesmo sexo. Onde o casamento não é possível, a parceria registada é a única maneira de reconhecer legalmente um relacionamento, e embora nesta situação os parceiros não são tecnicamente 'cônjuges', o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias estabeleceu que em países onde o casamento entre pessoas do mesmo sexo não é permitido, não é justo tratar as parcerias registadas de maneira diferente, porque é o único meio disponível para demonstrar esse compromisso. No entanto, uma vez que nem todos os Estados-Membros prevêm parcerias registadas, esta abordagem específica continua a ser injusta para os casais que não podem contratar uma parceria registada<sup>273</sup>.

Nos casos a seguir expostos quando da análise de jurisprudências sobre o assunto, faremos a análise da discriminação (direta ou indireta) mas conforme o que dita as Directivas da União Europeia, posto que os julgados foram levados à análise de questões prejudiciais no Tribunal de Justiça da União Europeia. Faz-se mister afirmar que o enunciado do art. 23º do Código do Trabalho está em conformidade com o que diz o enunciado sobre o tema das Directivas da União Europeia que tratam sobre a discriminação do trabalhador.

---

<sup>273</sup> FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia; *Omofobia e discriminazione basate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere negli Stati membri dell'UE*; Luxemburgo, 2009, p. 17-18.

No processo nº C-249/96, *Lisa Grant v. South West Trains, Ltd.*<sup>274</sup>, analisou-se um caso em que se pretendia averiguar se houve discriminação em função do sexo por parte da empresa *South West Trains* que se recusou a conceder benefícios nos transportes à companheira da trabalhadora *Lisa Grant*. A trabalhadora pretendia que fosse concedido à sua companheira, com quem tinha ligação estável a mais de dois anos, reduções nos transportes. Baseou sua solicitação na cláusula 18 de convenção coletiva de trabalho que previa a concessão da gratuidade de transportes e a redução dos preços aos casais unidos tanto por vínculo matrimonial como por união de facto. O empregador recusou-se à concessão do benefício requerido pela trabalhadora sob a alegação que a previsão da concessão do benefício era somente para casais heterossexuais. A trabalhadora, então, interpôs um processo no Tribunal de Southampton invocando que sofrera discriminação por razão de sexo, o que constituía uma contrariedade à *Equal Pay Act* de 1971, ao artigo 119º do TCE e à Directiva 76/207/CEE, e ainda fez referência ao seu antecessor no posto de trabalho - um homem - que obteve a concessão do benefício de transportes por declarar-se em união estável a mais de 10 anos com uma mulher.

No caso descrito o Tribunal somente analisou se a conduta empresarial vulnera o artigo 119º do Tratado, a Directiva 76/207/CEE e a Directiva 75/117/CEE, sem ter em atenção outro tipo de valores como seria se a conduta afetasse a dignidade do trabalhador ou o livre desenvolvimento da sua personalidade. O TJCE entendeu que “*um empregador não é obrigado a assimilar a situação de uma pessoa que tem uma relação estável com um parceiro do mesmo sexo à de uma pessoa que é casada ou que tem uma relação estável fora do casamento com uma pessoa do sexo oposto*”. Para este Tribunal, a discriminação por razão de sexo não abarca a discriminação de orientação sexual. Observa-se que tal decisão é anterior à Directiva 2000/78/CE, que faz referência expressa à discriminação em razão da orientação sexual.

Passa-se à análise do processo C-117/01 em que estava em causa um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Court of Appeal* do Reino Unido. Quanto aos fatos, uma trabalhadora britânica pretendia que o seu companheiro transexual (que mudou de sexo de mulher para homem) pudesse um dia gozar do benefício da pensão de viuvez que lhe faria jus se cômjuge sobrevivente. Ocorre que a legislação do Reino Unido não permitia o casamento de um transexual com base no seu novo sexo e, por esta razão, a trabalhadora se considerava vítima de discriminação sexual de carácter salarial.

---

<sup>274</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Estudos de direito do trabalho... cit.*, p. 257-261.

O advogado-geral, após análise jurisprudencial comunitária concluiu que “*a impossibilidade dos transexuais britânicos casarem com base no seu novo sexo fisiológico é contrária a um princípio geral de direito comunitário (...)*”. Dentre diversos argumentos o referido advogado-geral relatou que “*(...) na maioria dos Estados-membros é aceite a possibilidade do casamento dos transexuais com pessoas do seu sexo biológico já que é possível a mudança do registro civil e, assim, esta circunstância deve bastar (...) para que este direito faça parte do patrimônio jurídico comum*”. Entendeu que se trata de uma questão que diz respeito à dignidade e liberdade a que os transexuais têm direito e considera que a resposta à questão que foi submetida pelo *Court of Appeal* do Reino Unido deveria ser “*A proibição da discriminação em razão do sexo, consagrada no artigo 141º CE opõe-se a uma legislação nacional que, ao negar o direito dos transexuais a contraírem casamento em conformidade com o seu sexo adquirido, os priva de aceder a uma pensão de viuvez*”.

O Tribunal decidiu este caso no Acórdão de 7 de Janeiro de 2004 e seguiu a opinião do advogado-geral, concluindo que “*uma legislação como a que está em causa no processo principal, que, em violação da CEDH, impede um casal, como K.B. e R., de preencher a condição de casamento necessária para que um deles possa beneficiar de um elemento de remuneração do outro, deve ser considerada, em princípio, incompatível com as exigências do artigo 141º CE*”.

Vejamos, ainda, a análise do processo nº267/06, de 1 de Abril de 2008, a decisão *Tadao Maruko vs Vddb*<sup>275</sup>. Trata-se novamente de analisar a aplicação da Directiva 2000/78/CE. A questão versa sobre a recusa de concessão de prestações de sobrevivente a parceiros do mesmo sexo previstas por um regime socioprofissional de pensões de inscrição obrigatória; e de se analisar se esta recusa pode ser considerada discriminação com base na orientação sexual.

Quanto aos fatos, T. Maruko constituiu, nos termos do § 1 da *LPartG*, uma união de facto com seu companheiro em 8 de Novembro de 2001. O companheiro de Maruko esteve inscrito na *Vddb* desde 1 de Setembro de 1959, sempre pagando as contribuições, até a data de seu falecimento em 2005. Perante a morte de seu parceiro, T. Maruko requereu à *Vddb* pensão por viuvez; contudo, a empresa indeferiu o pedido por não haver em seus estatutos a previsão de benefícios para parceiros sobrevividos. T. Maruko interpôs recurso para o Tribunal argumentando que a legislação alemã estabelecia

---

<sup>275</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Estudos de direito do trabalho... cit.*, p. 261 - 266.

equiparação entre a união de facto e o casamento e que a recusa pela *Vddb* em conceder a uma pessoa, após a morte de seu parceiro, o benefício de prestações de sobrevivência nas mesmas condições que a um cônjuge sobrevivente, constituía uma discriminação baseada na orientação sexual da referida pessoa.

O advogado-geral Ruiz-Jarabo Colomer entendeu, em sua conclusão nº 78 que *“direito a não-discriminação em razão da orientação sexual integra-se no artigo 14º da Convenção Europeia para Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 e é explicitamente acolhido no artigo 21º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. O seu carácter fundamental implica, segundo o artigo 6º EU, que a União garanta o seu respeito”*.

No caso em questão o advogado-geral concluiu pela existência de uma discriminação indirecta com base na orientação sexual, entendendo que: *“1- Uma pensão de sobrevivência como a requerida no processo principal, que decorre da relação laboral do recorrente, é abrangida pelo âmbito de aplicação da Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, não constituindo um pagamento efectuado por um regime público de segurança social ou equiparado; 2- Recusar a referida pensão por não ter sido celebrado casamento, instituto que está reservado às pessoas de sexo diferente, quando foi registrada uma união com efeitos substancialmente idênticos entre pessoas do mesmo sexo, constituiu uma discriminação indirecta em razão da orientação sexual, contrária à referida Directiva 2000/78, competindo ao órgão jurisdicional nacional verificar se a posição jurídica dos cônjuges é semelhante à dos membros das uniões de facto registradas”*.

O Tribunal seguiu as conclusões acima transcritas para, em 1 de Abril de 2008, decidir que: *“As disposições conjugadas dos artigos 1º e 2º da Directiva 2000/78 opõem-se a uma legislação como a que está em causa no processo principal, por força da qual, após a morte do seu parceiro, o parceiro sobrevivente não recebe uma prestação de sobrevivência equivalente à concedida a um cônjuge sobrevivente, apesar de, segundo o direito nacional, a união de facto colocar as pessoas do mesmo sexo numa situação comparável à dos cônjuges no que respeita à referida prestação de sobrevivência. Incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se um parceiro sobrevivente está numa situação comparável à de um cônjuge beneficiário da prestação de sobrevivência prevista pelo regime socioprofissional de pensões gerido pela *Versorgunganstalt der**

*deutschen Bühnen*”. Em virtude desta decisão, o Tribunal alemão competente decidiu, em 30 de Outubro de 2008 atribuir a pensão de sobrevivência ao senhor T. Maruko.

Por último, vejamos a decisão C-147/08, de 10 de Maio de 2011, caso *J. Römer vs. City of Hamburg*<sup>276</sup>, cuja matéria de facto do acórdão versa sobre a discordância das partes quanto ao montante da pensão a que teria direito *J. Römer* a partir de Novembro de 2001 e sobre a interpretação da Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, no tocante à discriminação em razão da orientação sexual no emprego e na atividade profissional.

Quanto aos factos, observa-se que o trabalhador *J. Römer*, esteve a serviço da empresa *Freie und Hansestadt Hamburg*, como empregado administrativo, desde 1950 até 31 de Maio de 1990, quando ficou incapacitado para o trabalho. A partir de 1969 tinha vivido com U. e em 15 de Outubro de 2001, celebrou com o companheiro união de facto, registrada ao abrigo da *LPartG*, comunicando o facto ao seu antigo empregador por carta de 16 de Outubro de 2001. Através de nova carta, datada de 28 de Novembro de 2001, requereu que fosse recalculado o montante da sua pensão de reforma por aplicação da retenção mais vantajosa que decorria do recurso ao escalão III do imposto, com efeitos a partir de 1 de Agosto de 2001, sendo que afirmava que apenas requereu este aumento da sua pensão de reforma com efeitos a partir de 1 de Novembro de 2001. Por ofício de 10 de Dezembro de 2001, a *Freie und Hansestadt Hamburg* informou *J. Römer* que este não podia beneficiar da aplicação do escalão III do imposto em vez do escalão I porque, nos termos do §10, nº 6, ponto 1, da Primeira RGG, o escalão III do imposto era unicamente aplicável aos beneficiários casados que não viviam duradouramente separados e aos beneficiários que tinham direito a beneficiar do abono de família ou de prestações equivalentes.

A questão chegou à análise do Tribunal de Justiça da União Europeia, que se socorreu, em parte, das conclusões do advogado-geral N. Jääskinen, de 15 de julho de 2010, e do anterior acórdão Maruko. O Tribunal de Justiça entendeu que: “A Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, deve ser interpretada no sentido de que não escapam ao seu âmbito de aplicação material, nem em razão de seu artigo 3º, nº 3, nem em razão do seu vigésimo segundo considerando, as pensões complementares de reforma como as pagas aos antigos empregados da *Freie und*

---

<sup>276</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Estudos de direito do trabalho... cit.*, p. 153 – 155.

*Hansestadt Hamburg* e aos seus sobrevividos a título da Lei do *Land* de Hamburgo relativas às pensões complementares de reforma e de sobrevivência dos trabalhadores da *Freie und Hansestadt Hamburg*” e considerou poder existir, eventualmente, uma discriminação direta em razão da orientação sexual.

Importante analisar algumas considerações feitas pelo advogado-geral, tais como: na Conclusão nº 74, afirma que, embora o instituto do estado civil e as prestações dele decorrentes sejam matérias da competência dos Estados-Membros, há que se ter atenção, contudo, que estes devem, no exercício desta competência, respeitar o direito comunitário, nomeadamente as disposições relativas ao princípio da não discriminação; na Conclusão nº 76, o advogado formula a hipótese de que se um Estado-Membro não admitir qualquer forma de união legalmente reconhecida que esteja aberta às pessoas do mesmo sexo, pode ser considerado como uma discriminação em razão da orientação sexual, passível de derivar do princípio da igualdade, conjugado com o dever de respeito da dignidade humana das pessoas homossexuais, o que cria a obrigação de lhes reconhecer a faculdade de viverem uma relação afetiva duradoura no quadro de um compromisso juridicamente consagrado; na Conclusão nº 129, afirma que não há qualquer justificação para uma aplicação mais amena do princípio da igualdade de tratamento quanto às discriminações em razão da orientação sexual relativamente às fundadas em outras razões mencionadas no artigo 13º do CE.

Ainda o advogado-geral dita que: “*O facto de se admitir a existência neste domínio de sensibilidades especiais que assumissem relevância jurídica significaria que o Tribunal de Justiça atribuiria importância a preconceitos injustificados, qualquer que seja a sua origem, e negaria uma proteção jurídica igualitária às pessoas de orientação sexual minoritária*” – afirma-se que a proibição da discriminação em razão da orientação sexual deve ser considerada um princípio geral do direito da União; na Conclusão 166, o advogado dita que há que se atender ao princípio do primado do Direito da União em matéria de igualdade de tratamento e por isso, as normas da GG que visam a proteção do casamento e da família, ainda que sejam de nível constitucional, “*não podem afetar a validade ou a aplicação do princípio da não discriminação consagrado no direito da União. Se o direito da União se opuser a disposições de direito nacional, o seu primado impõe ao juiz nacional a aplicação do Direito da União e a não aplicação das disposições nacionais contrárias*”.

No caso concreto, o *Bundesverfassungsgericht* já havia decidido em, 07 de Julho de 2009 (jurisprudência do processo nº267/06 - *Tadao Maruko vs Vddb*) que,

no que diz respeito ao estatuto relativo ao regime de previdência profissional, não se justifica uma distinção entre o casamento e a união de facto registrada visto que a instituição do casamento pode ser protegida sem que seja necessário colocar em desvantagem outros modos de vida. A decisão do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto ao processo C-147/08 do caso *J. Römer vs. City of Hamburg*, é importante no sentido de que nos faz concluir que, mesmo que um Estado-Membro prefira instituir um regime diverso do casamento para as uniões entre pessoas do mesmo sexo, tem, entretanto, que garantir o acesso a estes indivíduos a todos os benefícios laborais a que fazem jus as pessoas casadas. Se a lei separa os dois regimes tem, porém, de lhes conferir os mesmos direitos e obrigações neste sector<sup>277</sup>.

### 3.3.3. Despedimento em decorrência da discriminação

A orientação e a conduta sexuais são aspectos da vida privada do empregado e por isso escapam ao crivo de qualquer juízo de censura emitido pelo empregador. Isto se justifica porque tais condições pessoais, em princípio, não afectam a capacidade profissional dos indivíduos, não podendo dar azo a um despedimento com justa causa. No ordenamento jurídico português, qualquer sanção aplicada ao trabalhador com base na sua orientação ou conduta sexuais serão ilícitas por violarem o princípio da igualdade, da não discriminação e da protecção da reserva da intimidade da vida privada<sup>278</sup>.

Guilherme Machado Dray afirma que, em princípio, os factos e comportamentos integrantes da vida privada do empregado não são relevantes para efeitos de justa causa de despedimento. Somente em algumas situações, excepcionalmente pode se justificar o despedimento, tais como os casos em que podem ser afetados o bom nome, imagem ou honorabilidade do empregador ou quando reste inviável a subsistência da relação laboral pelos reflexos causados no ambiente de trabalho.<sup>279</sup> <sup>280</sup> Contudo, a orientação sexual do trabalhador, por si só, não se enquadra nestas situações justificativas de despedimento.

---

<sup>277</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Estudos de direito do trabalho... cit.*, p. 256.

<sup>278</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Da esfera privada do trabalhador... cit.*, p. 474-475.

<sup>279</sup> DRAY, Guilherme Machado; *Direitos de personalidade: Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*; Coimbra: Almedina, 2006; p. 76.

<sup>280</sup> O autor trás como exemplo o trabalhador que, por força do consumo de álcool ou de drogas, viola deveres laborais, tais como lealdade, urbanidade e probidade.

Entende-se que o despedimento que tem por justificativa a discriminação em função da orientação sexual do trabalhador, é despedimento ilícito. Trata-se da hipótese do art. 381º, a) do CT. Apesar do referido artigo enunciar como fundamentos para o despedimento somente os motivos político, ideológico, étnico ou religioso, outros motivos discriminatórios justificariam igual ênfase, quais sejam: as práticas discriminatórias em razão do sexo, da nacionalidade, da idade, da deficiência e da orientação sexual. Esse é o entendimento de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, que afirma que o enunciado do art. 381º, a) do CT deve ser aplicado analogicamente aos demais factores de discriminação previstos no art. 24º, nº 1 do CT<sup>281</sup>.

Maria do Rosário Palma Ramalho entende que a ilicitude do despedimento previsto no art. 381º, a) do CT é ainda de raiz substancial, posto que, o despedimento com este fundamento é, por natureza, imotivado. A autonomização desta causa de ilicitude se destina apenas a sublinhar a importância axiológica da proibição destes despedimentos discriminatórios. Dessa forma, a ilicitude do despedimento disciplinar ou por justa causa pode ser declarada nos casos acima transcritos, onde se configurará um caso de falta ou de inconsistência da situação de justa causa alegada pelo empregador<sup>282</sup>.

Em Portugal, perante um despedimento ilícito, o trabalhador pode lançar mão de dois mecanismos de defesa concedidos por lei, quais sejam: a providência cautelar de suspensão de despedimento (art. 386º do CT); e a acção judicial para apreciação do despedimento com vista à respectiva impugnação (art. 387º do CT). Se a suspensão judicial do despedimento for decretada, o contrato de trabalho retoma a sua eficácia, até a decisão final da causa na acção de impugnação; assim, o trabalhador tem o direito de retomar as suas funções e de auferir a retribuição, nos termos gerais. Quanto à apreciação da licitude e da regularidade de despedimento, esta será feita em sede de acção de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento (art. 98º - B do CPT); neste regime o trabalhador pode intentar a acção de forma simples, sem patrocínio judiciário e ocorre a consagração da inversão do ônus da prova da ilicitude do despedimento, uma vez que passa a caber ao empregador a demonstração da licitude e da regularidade do mesmo<sup>283</sup>.

---

<sup>281</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes; *Direito do trabalho... cit.*, p. 404.

<sup>282</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte II... cit.*, p. 937-938.

<sup>283</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte II... cit.*, p. 941-944.

A suspensão judicial do despedimento é feita em sede de procedimento cautelar e o trabalhador tem a faculdade de requerer a suspensão no prazo de cinco dias úteis a contar da recepção da comunicação de despedimento, alegando-se como motivo de suspensão quer a falta de observância das formalidades legais de despedimento, quer a ausência dos fundamentos que o justificaram. Este procedimento cautelar encontra-se previsto nos arts. 34º e ss. do CPT. Já quanto à acção de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento (arts. 98-B e ss do CPT), esta deve ser apreciada por tribunal judicial, devendo o trabalhador opor-se ao despedimento, mediante apresentação de requerimento em formulário próprio, junto do tribunal competente, no prazo de 60 dias, contados a partir da recepção da comunicação de despedimento ou da data de cessação de contrato, se posterior<sup>284</sup>.

Como efeitos da ilicitude do despedimento temos o direito do trabalhador à reintegração ou, em alternativa, o direito a uma indemnização (art. 389º, nº 1 a) e b) e art. 391º do CT). O princípio geral em matéria de ilicitude do despedimento é o da reintegração do trabalhador, uma vez que é a reintegração que assegura plenamente a reposição da situação que existia antes do despedimento ilícito. O art. 392º, nº 2 do CT, que trata da ilicitude do despedimento baseada em fatores discriminatórios por motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos, traz casos em que o empregador não poderá opor-se à reintegração<sup>285</sup>. Entendemos que os casos de despedimento ilícito baseado em fator discriminatório quanto à orientação sexual, enquadra-se nesses casos.

Ainda em virtude da ilicitude do despedimento, e sem prejuízo da indemnização, o trabalhador tem direito a receber as retribuições que deixou de receber desde a data do despedimento até ao trânsito em julgado da sentença (art. 390, nº 1 do CT). Também o trabalhador deverá ser ressarcido pelos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos em decorrência do despedimento, desde que comprovados (art. 389º, nº 1, a) do CT). Havendo condenação do empregador à reintegração do trabalhador à empresa, quando esta não for efetuada, ocorrerá a violação do dever de ocupação efectiva (art. 129º, nº 1, b) do CT) e o trabalhador poderá solicitar a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória (arts. 829º-A do CC e 74º-A do CPT). Ocorrendo a indemnização em substituição da reintegração determinada por opção do trabalhador, a mesma será fixada entre 15 e 45 dias de retribuição base e diurtunidades por cada ano completo ou fracção de antiguidade (art. 391, nº 1 do CT), sendo incluído o tempo

---

<sup>284</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes; *Direito do trabalho... cit*, p. 407.

<sup>285</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte II... cit*, p. 947-951.

decorrido desde a data do despedimento até a sentença (art. 391º, nº 2 do CT), e tendo o limite mínimo de três meses de retribuição base e diurtunidades (art. 391º, nº 3 do CT)<sup>286</sup>.

O Tribunal de Justiça da União Europeia já teve que por vezes se debruçar sobre a problemática da igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional e sobre a discriminação baseada na orientação sexual, que culminaram no despedimento do empregado. Passemos a analisar a jurisprudência a seguir.

O processo nº C-13/94 de 30 de Abril de 1996, *P. e S. e County Council*<sup>287</sup>, tratava de uma sentença que analisava o despedimento de um transexual. O referido empregado trabalhava como administrativo de uma escola e, no decorrer do contrato de trabalho resolveu realizar cirurgia interventiva de mudança de sexo. O empregado, embora já tivesse realizado outras intervenções cirúrgicas que lhe trouxeram mudanças parciais referente ao gênero, foi demitido antes da cirurgia definitiva de transformação de sexo, após informar ao empregador que após a recuperação de sua cirurgia voltaria ao trabalho vestido de mulher. O trabalhador, em 13 de Março de 1993 intentou uma acção judicial contra a escola, alegando ter sido vítima de discriminação em função do sexo. Por ocasião de sua defesa, a empresa alegou ter demitido o trabalhador por motivo de “excesso de pessoal”.

O Tribunal *a quo* decidiu que, embora houvesse “excesso de pessoal”, o real motivo da dispensa do empregado teria sido a recusa do Conselho de Administração da empresa à intenção do empregado ser submetido a cirurgia de mudança de sexo. O referido Tribunal recorreu então, a título prejudicial ao Tribunal de Justiça, que entendeu que a Directiva 76/207/CEE não compreendia somente as discriminações que derivam da pertença a um ou outro sexo, alcançando também as discriminações que ocorram por mudança de sexo, pois tais discriminações fundam-se essencialmente sobre o sexo do interessado. O Tribunal de Justiça salientou que “*quando uma pessoa é despedida por ter a intenção de se submeter a uma intervenção cirúrgica de mudança de sexo, recebe um tratamento desfavorável perante as pessoas do sexo ao qual se considerava que pertencia anteriormente*”; e defendeu ainda que “*tolerar tal discriminação suporia atentar contra o respeito que é devido à dignidade e à liberdade que a essa pessoa tem direito e que o Tribunal de Justiça deve proteger*”.

Consuelo Chacartegui Jávega nota que, em relação a esta decisão há que distinguir duas situações: a discriminação por razão do sexo; e a discriminação por

---

<sup>286</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes; *Direito do trabalho... cit.*, p. 408-411.

<sup>287</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Estudos de direito do trabalho... cit.*, p. 256-257.

razão de orientação sexual. Tendo em atenção o caso concreto, o que influenciou a decisão discriminatória do empregador não foi o sexo do trabalhador que estaria na base de uma discriminação em função do sexo, mas sim o facto de se ter procedido a uma mudança de sexo durante a relação laboral. O despedimento do trabalhador teve por base os preconceitos morais do empregador e as suas convicções contra a intervenção cirúrgica do trabalhador, não contra a sua situação de mulher (que seria no futuro), ou homem (que tinha no passado) pelo que não se estaria perante uma discriminação por razão de sexo propriamente dita<sup>288</sup>. Há que se observar, também, que a jurisprudência analisada se refere a processo com data anterior à Directiva 2000/78/CE.

Teresa Alexandra Coelho Moreira afirma que o despedimento de um transexual poderá levantar alguns problemas, colocando-se a questão de saber se o comportamento do trabalhador que é contratado com um determinado sexo e que no decurso da relação contratual o muda, não avisando o empregador, poderá ser considerado uma quebra da boa-fé contratual, fundamentando por isso o despedimento. Afigura-se que será discriminatório o despedimento que se baseie somente na mudança de sexo, sem qualquer outro motivo, já que o trabalhador não tem a obrigação de manifestar as suas circunstâncias pessoais ou sociais prévias à contratação e também porque, em princípio, a transexualidade não afeta a sua capacidade profissional<sup>289</sup>.

Segundo a autora, qualquer comportamento discriminatório se baseará, em regra, em juízos morais e preconceitos que não têm qualquer relação com a sua capacidade profissional. Mesmo que se pretenda fazer cessar o trabalho com base na inaptidão para o trabalho não deverá ser, em regra, promovido porque, a admitir-se o contrário, significaria aceitar que há postos de trabalho para homens e postos de trabalho para mulheres. Contudo, poderão ocorrer situações excepcionais, onde o sexo é determinante para um posto de trabalho. Assim, figure-se o caso em que uma mulher é contratada para ser modelo de uma marca de lingerie feminina, ou o trabalhador que é contratado para representar um papel masculino num filme. São casos onde uma mudança de sexo torna inviável o contrato de trabalho por manifesta inaptidão do trabalhador. Nestes casos parece-nos que, preenchidos todos os pressupostos, o contrato de trabalho poderá cessar por caducidade já que estaremos perante uma impossibilidade

---

<sup>288</sup> JÁVEGA, Consuelo Chacartegui, *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001.

<sup>289</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Estudos de direito do trabalho... cit.*, p. 160-161.

superveniente, absoluta e definitiva. Porém, salvo raras exceções, como as referidas, não consideramos que possa extinguir-se o contrato de trabalho com base neste facto<sup>290</sup>.

Passemos, por fim, à análise de uma jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho do Brasil, quanto ao despedimento por motivo de discriminação quanto à orientação sexual do trabalhador.

O Tribunal Superior do Trabalho do Brasil, em julgamento de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista de decisão do Tribunal Regional do Trabalho da nona Região, no Estado do Paraná<sup>291</sup>, entendeu que no caso analisado foram desrespeitadas a honra, a imagem, a dignidade, a igualdade e a liberdade (sexual) do trabalhador, ficando demonstrado que a dispensa do reclamante se deu em razão de prática discriminatória decorrente de sua opção sexual. Pela análise da ementa verifica-se que o Tribunal entende que a vedação à discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho fundamenta-se na ordem constitucional que, além de erigir a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho entre os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III e IV), impõe como objetivo primeiro a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

O Tribunal supracitado entendeu que, a teor do art. 5º da Constituição Federal brasileira, que inicia o título II referente aos direitos e garantias fundamentais, estabeleceu-se a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, demonstrando claramente a repulsa à prática de atos discriminatórios pelo constituinte originário. Garantiu-se, ainda, no inciso V, "o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem". Também se previu no inciso X que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação".

No caso em análise o Tribunal entendeu que a dor íntima e o sofrimento psicológico experimentados pelo Autor decorreram do tratamento depreciativo e pejorativo que lhe era dispensado pelo superior hierárquico em razão de sua opção sexual. Os princípios fundamentais da pessoa humana, previstos na Constituição da República,

---

<sup>290</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Estudos de direito do trabalho... cit.*, p. 160-161.

<sup>291</sup> TST - AIRR - 74240-53.2002.5.02.0019, Relator Ministro: Waldir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 09/02/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: 18/02/2011). (TRT-9 69522009872903 PR 6952-2009-872-9-0-3, Relator: Ubirajara Carlos Mendes, 1A. TURMA, Data de Publicação: 01/07/2011. Disponível em [www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia).

tais como a honra, a imagem, a dignidade, a igualdade e a liberdade (sexual), foram desrespeitados. Verifica-se que o reconhecimento e a concretização do princípio da igualdade estão intimamente ligados à idéia de liberdade, inclusive no que concerne às questões relacionadas à opção sexual. O direito à liberdade sexual vai muito além de simples disposição do próprio corpo de maneira livre e voluntária, ele envolve a proteção à intimidade, à vida privada, à honra, à dignidade, etc. Assim, não basta ter a liberdade de opção sexual formalmente garantida, é preciso igualdade de direitos materialmente estabelecida.

O Tribunal entendeu por inconstitucional e antijurídica qualquer discriminação à pessoa do homossexual, decorrente de sua opção sexual, eis que tal modalidade discriminatória ofende profundamente sua honra subjetiva enquanto indivíduo livre. Assim, a eleição da orientação sexual como critério de diferenciação na relação empregatícia é discriminatória, porquanto não guarda qualquer referência com o contrato de trabalho, trata-se, em verdade, de distinção a partir de característica pessoal, o que afronta o princípio da igualdade. Não aceitar a possibilidade de orientação sexual é negar a natureza humana e violar princípios constitucionais de igualdade e promoção do bem de todos sem qualquer preconceito que leve à discriminação. O preconceito que gera a discriminação dos homossexuais, não permitindo a inclusão social, é a negação da aceitação das diferenças. Este é o desafio para a concepção atual do Direito do Trabalho efetivar o princípio da proteção ao meio ambiente do trabalho, mormente a tutela da personalidade do trabalhador em face dos danos ambientais, materiais e morais decorrentes dos abusos perpetrados pelo empregador ante a opção sexual de seus empregados.

Diante do conjunto probatório, ficou comprovado que os superiores hierárquicos faziam "comentários" e "brincadeiras" pejorativas sobre a opção sexual do Autor. A sexualidade dos indivíduos diz respeito à intimidade, à vida particular de cada um e, portanto, é inaceitável permitir invasões nesta esfera (art. 5º, X, da Constituição Federal), ainda que se alegue tratar de "brincadeira". Evidentemente que as chacotas e brincadeiras jocosas atingem a imagem e ofendem qualquer empregado. O tratamento no ambiente de trabalho deve ser cordial, saudável, respeitoso, fomentar o crescimento profissional e até mesmo pessoal do trabalhador, nunca ser palco para atitudes que possam rebaixar sua autoestima. Diante do conjunto fático-probatório dos autos, a Corte concluiu que ficou demonstrado que a dispensa do reclamante se deu em razão de prática discriminatória decorrente de sua opção sexual, que tal motivo está desvinculado do liame

jurídico que une empregado e empregador por meio do contrato de trabalho. Concluiu-se que o caso revela-se violador dos direitos personalíssimos do ser humano, o qual encontra sua máxima expressão na liberdade de escolha, entre a qual se insere a de definir, livremente, a opção sexual.

A decisão do Tribunal Superior do Trabalho do Brasil, ilustra bem a problemática da discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho. Como bem abordado no acórdão referido, o Direito do Trabalho deve ter como desafio a proteção do meio ambiente do trabalho. O ambiente laboral deve ser saudável, livre de perturbações, onde os direitos da personalidade de todos os trabalhadores são respeitados, independentemente de sua orientação sexual. A sexualidade do trabalhador diz respeito à intimidade e à vida particular do mesmo, não podendo, jamais, o empregador adentrar nesta esfera privada. O despedimento do trabalhador que tem por base os preconceitos morais do empregador, não pode ser admitido no Direito do Trabalho, que deve assegurar aos trabalhadores a dignidade, a igualdade e a liberdade (inclusive a referente a sexualidade).

#### 4. O porquê da importância do tema

Nos últimos anos, em Portugal no que diz respeito à promoção dos direitos humanos das pessoas LGBTI e de combate ao estigma, à exclusão social e à discriminação em função da orientação sexual e da identidade de gênero houve várias conquistas. Para tal, foram fundamentais várias mudanças legislativas, que promoveram a igualdade no acesso ao casamento civil, o reconhecimento da identidade de gênero, a eliminação das discriminações no acesso à adoção, além de mudanças no Código do Trabalho e no Código Penal<sup>292</sup>.

Para além do avanço legislativo, tem sido também desenvolvido um trabalho significativo de sensibilização para mudança de atitudes face às pessoas LGBTI, além de que têm sido efetuadas várias ações de formação dirigidas a profissionais de saúde, segurança social e segurança pública, tanto por parte da sociedade civil, como por parte do Estado, nomeadamente, com vista ao cumprimento dos planos nacionais para a igualdade de gênero, cidadania e não discriminação e dos planos nacionais de prevenção e combate à violência doméstica e de gênero<sup>293</sup>.

O Direito do Trabalho português desenvolveu-se, tradicionalmente, a apoiar-se no princípio da proteção do trabalhador, constituindo-se em um sistema normativo de carácter tutelar, garantístico e expansionista<sup>294</sup>. Na atualidade, o sistema laboral tem enfrentados desafios novos frente à proteção dos trabalhadores em matérias referentes aos direitos da personalidade e à igualdade e não discriminação dos trabalhadores<sup>295</sup>.

O Código do Trabalho português, quando da análise do contrato de trabalho (Título II) traz em suas disposições gerais (Capítulo I) uma subsecção referente aos direitos de personalidade (Subsecção II – arts. 14º a 22º) e outra referente à igualdade e não discriminação (Subsecção III – arts. 23º a 32º). O Código do Trabalho protege o trabalhador contra a discriminação em decorrência da orientação sexual e identidade de gênero (art. 24º, nº 1 do CT), devendo, portanto, o Estado português proteger a igualdade de direitos no acesso do emprego das pessoas LGBTI.

---

<sup>292</sup> CIG – Comissão para a Cidadania e Igualdade de Gênero; *Violência doméstica: boas práticas no apoio a vítimas LGBT: guia de boas práticas para profissionais de estruturas de apoio a vítimas*; Lisboa, 2016, p. 11.

<sup>293</sup> CIG – Comissão para a Cidadania e Igualdade de Gênero; *Violência doméstica... cit.*, p. 11.

<sup>294</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma; *O direito do trabalho português – algumas notas*; In: MELLO, Alberto de Sá (coord.); *O Direito em Portugal*; Madrid: Reus, 2017, p. 225-226.

<sup>295</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma; *O direito do trabalho português... cit.*, p. 238 – 240.

Contudo, ainda há muito preconceito e estigma em relação aos indivíduos LGBTI em Portugal. O preconceito ainda é uma “realidade profunda e transversal na sociedade portuguesa”<sup>296</sup>. Na maioria das vezes sob a forma velada ou sutil, continuam a persistir oposições marcantes, estigmatização ou discriminação, muitas vezes resultado da desinformação e de crenças religiosas.

Quanto ao resto do mundo ainda há situações muito mais gravosas, posto que em alguns países ainda persiste a criminalização das práticas homossexuais e não são reconhecidos os direitos destes indivíduos quanto à sua orientação sexual e à sua identidade de gênero.

A criminalização da homossexualidade dá origem a uma série de violações independentes, mas correlacionadas. Leis que criminalizam a homossexualidade também violam: o direito individual de ser livre de discriminação (art. 2º da Declaração Universal de Direitos Humanos); o direito de ser protegido contra interferência em sua vida privada e detenção arbitrária (arts. 9º e 12º da Declaração Universal de Direitos Humanos e arts. 9º e 17º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos). Ainda, quando a lei impõe a pena de morte para a conduta sexual, também ocorre a violação do direito à vida (art. 3º da Declaração Universal de Direitos Humanos e art. 6º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos). Tais leis, mesmo que nunca sejam executadas, violam as obrigações do Estado perante o regime internacional de direitos humanos<sup>297</sup>.

Tratar do tema de igualdade e não discriminação das pessoas LGBTI ainda é, nos dias de hoje, tarefa um tanto árdua, pois há ainda forte resistência que pode ter razões históricas, psicológicas ou sociológicas. Encontra-se tal dificuldade, inclusive quanto ao estudo do tema, posto que o material bibliográfico e doutrinário é escasso. Raros são os autores que abordam o tema, seja no continente americano ou no europeu<sup>298</sup>. Por isso é importante a análise do tema em questão e o estudo do fenômeno da discriminação das pessoas LGBTI, inclusive no âmbito laboral, que é o tema do presente trabalho.

---

<sup>296</sup> CIG – Comissão para a Cidadania e Igualdade de Gênero; *Violência doméstica... cit.*, p. 12.

<sup>297</sup> ACNUDH - Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos; *Nascidos livres e iguais: Orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos*; Brasília, 2013, p. 29.

<sup>298</sup> RIOS, Roger Raupp, PIOVESAN, Flávia; *A discriminação por gênero... cit.*, p. 155-156.

#### 4.1. Identificação da comunidade LGBTI como minoria

Entende-se por minorias os grupos de pessoas que se encontram em situação de desvantagem na ordem social, especialmente no que tange à efetividade dos direitos, liberdades e garantias que lhe são iminentes. Nesse sentido, a noção de minoria não se revela da ordem do quantitativo, pouco importando o número de pessoas, mas sim da ordem do qualitativo, importando como pessoas ou grupos de pessoas que desenvolvem laços entre si ou entre as que revelam uma pertença comum.

No mundo hodierno, a maioria dos Estados tem em seus territórios um ou mais grupos minoritários caracterizados por uma identidade étnica, linguística ou religiosa própria e diferente da identidade da maioria populacional. Neste contexto também se enquadram aqueles que são rejeitados de nossos mercados materiais ou simbólicos, de nossos valores, no qual se incluem idosos, homossexuais, deficientes psicossomáticos, pobres, e outros que são vítimas das iniquidades e injustiças sociais. Isto acontece porque as sociedades mundiais da atualidade são compostas, cada vez mais, por uma diversidade multiétnica e multicultural<sup>299</sup>.

No atual mundo da diversidade é de suma importância que as relações sejam harmoniosas e, para tal, é vital que haja o respeito pela identidade de cada grupo. A garantia dos direitos das minorias e a satisfação de suas aspirações constitui um reconhecimento da dignidade e igualdade da sociedade como um todo, condições essenciais para que se estabeleçam a estabilidade e a paz sociais.

Segundo Roger Raupp Rios, pode-se afirmar que “*vivemos numa sociedade branca, masculina, cristã, mas, também, heterossexual, ou, mais modernamente denominado, heterossexista*”<sup>300</sup>. Ainda, observa-se que pode se encontrar indivíduos LGBTI em todos os estratos sociais, independente de raça, credo, classe social ou orientação política. Independente da quantidade de pessoas LGBTI existentes, estas podem ser enquadradas como minorias, pois são marginalizadas em virtude da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero que está disseminada por toda a sociedade.

---

<sup>299</sup> CAMARGO, José A. *Princípio da Igualdade: efetividade dos direitos, liberdades e garantias das minorias e dos excluídos*. In: DONIZETTI, Elpídio, GARBIN, Rosana Broglio, OLIVEIRA, Thiago de (coord.); *Diversos Enfoques do Princípio da Igualdade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 202.

<sup>300</sup> RIOS, Roger Raupp, PIOVESAN, Flávia; *A discriminação por gênero... cit., p. 156*.

Há que se falar em princípio da igualdade e não discriminação quanto à orientação sexual e identidade de gênero e há que se analisar o fenômeno do preconceito social disseminado contra os indivíduos LGBTI, pois, como afirma Roger Raupp Rios, “os direitos humanos são mais necessários onde são mais combatidos e mais desafiados”<sup>301</sup>.

Elpídio Donizetti entende que o princípio da igualdade foge a uma apreensão temporal. A igualdade não está no tempo, mas as regras de igualdade nele se contém. O princípio da igualdade deve ser compreendido de forma dinâmica, pois este é fluido e flexível em relação ao contexto e perece em relação ao tempo<sup>302</sup>.

Desta forma, o princípio isonômico permanecerá sempre em consonância com o ordenamento, não se modificando com o tempo; mas, as suas regras deverão se modificar para se adaptarem às novas necessidades da sociedade conforme estas necessidades se transformem. Assim, o princípio da igualdade se prestará sempre ao seu fim, resguardando os direitos tanto das majorias como das minorias.

No contexto atual, compreende-se que as ações afirmativas podem constituir-se em ação transformadora e igualadora das minorias, constituindo-se um instrumento possibilitador da superação do problema do não-cidadão, daquele que não participa política e democraticamente, como lhe é, na letra da lei fundamental, assegurado.

Os indivíduos LGBTI caracterizam-se, como já foi referido, como minoria social, pois são postos à margem da sociedade e sofrem preconceitos diversos por todos os estratos sociais. Os Estados devem, portanto, dispor-se a proteger estes indivíduos contra a discriminação através de ações afirmativas, seja através de mudanças legislativas ou de projetos que promovam maior consciência e tolerância quanto às diferenças, seja de orientação sexual ou de identidade de gênero.

Tais medidas justificam-se nas sociedades contemporâneas, pois sendo cada vez mais heterogêneas e multiculturais, torna-se necessária a procura de um equilíbrio entre bem comum e interesse de grupo como também entre igualdade e aquilo que se vem denominando de direito à diferença e à diversidade. Neste contexto, deve-se entender a concepção da igualdade à luz do direito à diferença e do direito ao

---

<sup>301</sup> RIOS, Roger Raupp, PIOVESAN, Flávia; *A discriminação por gênero... cit.*, p. 168.

<sup>302</sup> DONIZETTI, Elpídio; *Igualdade e Tempo: a legitimação das (des)igualdades dos homens no processo*. In: DONIZETTI, Elpídio, GARBIN, Rosana Broglio, OLIVEIRA, Thiago de (coord.); *Diversos Enfoques do Princípio da Igualdade*; Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.93.

reconhecimento de identidades (neste caso igualdade orientada pelos critérios de identidade de gênero e orientação sexual).

#### **4.2. Diferenças entre a discriminação contra os LGBTI e outras minorias**

As minorias normalmente podem ser identificadas como “*grupos minoritários nos seus territórios, caracterizados por uma identidade étnica, linguística ou religiosa própria e diferente da identidade da maioria da população*”<sup>303</sup>. A primeira diferença quanto às minorias LGBTI é que não há como distingui-la por uma identidade étnica, linguística ou religiosa próprias, pois existem indivíduos LGBTI em todos os estratos sociais, pouco importando a etnia, língua ou religião dessas pessoas.

Por tal razão, quanto às pessoas LGBTI, deve-se utilizar o conceito de minorias equivalente à exclusão social. Como já observado no item 4.1., os indivíduos LGBTI, assim como outras pessoas excluídas, sofrem rejeição social, sendo vítimas das iniquidades e injustiças sociais.

Quanto à discriminação étnica, observa-se que primeiramente o colonialismo conduziu à uma discriminação étnica e à xenofobia, verificando-se quanto aos indígenas, e às pessoas de ascendência africana e asiática este tipo de discriminação<sup>304</sup>. Agora nós temos a situação da migração e dos refugiados de guerra e de regiões de conflito. Estes migrantes e refugiados também podem ser vítimas de discriminação por parte dos nacionais, que podem rejeitar essas pessoas.

Quanto à discriminação racial, observa-se também que primeiramente o colonialismo e posteriormente a migração contribuíram para este tipo de discriminação. Podemos verificar mais claramente a discriminação contra os negros, fruto da herança histórica da escravidão e do tráfico de escravos, o que culminou em alguns países no

---

<sup>303</sup> Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Procuradoria Geral da República; *Os direitos das minorias*; Lisboa, Comissão Nacional para as Comemorações do 50º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos, 2008, p. 3.

<sup>304</sup> Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Procuradoria Geral da República; *Racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância conexa*; Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações do 50º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos, 2007, p. 27.

*apartheid* e em fatores que contribuíram para aumentar as desigualdades sociais e econômicas, deixando parte da população negra em situação de miséria e precariedade<sup>305</sup>.

Quanto à discriminação religiosa, há que se observar que já houve discriminação contra os judeus, no período da Segunda Guerra Mundial; que já houve discriminação de judeus e cristãos em países de religião majoritariamente muçulmana; que já houve discriminação e proibição do culto das religiões africanas no Brasil no período colonial e do império; e que há discriminação quanto à religião muçulmana nos Estados Unidos e alguns países da Europa em decorrência de atentados terroristas nestes países terem sido praticados por muçulmanos. A religião é sempre um fator que gerou e ainda gera discriminações entre as pessoas, causando comoção e antipatia entre os extremistas religiosos.

Quanto à discriminação quanto à mulher, verifica-se que apesar das conquistas na luta pelos direitos da mulher, ainda há muito para ser alcançado. As mulheres ainda são vítimas de preconceito e há muito a ser feito para diminuir a desigualdade de gêneros. Ainda persiste a exclusão feminina na distribuição dos cargos de liderança e as mulheres ainda hoje recebem até 30% a menos que os homens no mesmo cargo. Ainda há violência contra as mulheres, inclusive a violência doméstica. É tarefa fundamental do Estado promover a igualdade entre mulheres e homens, sendo princípio fundamental da Constituição da República Portuguesa e estruturante do Estado de direito democrático.

Atualmente, o V Plano Nacional para a Igualdade de Género, Cidadania e Não-discriminação 2014 - 2017 (V PNI) é o instrumento de execução das políticas públicas que visam a promoção da igualdade de género. Por este plano, “*a prossecução de políticas ativas de igualdade entre mulheres e homens é um dever inequívoco de qualquer governo e uma obrigação de todos aqueles e aquelas que asseguram o serviço público em geral. A dimensão da igualdade de género deve, por isso, ser tida em consideração em todos os aspetos da tomada de decisão pública e política*”<sup>306</sup>.

Quanto à discriminação quanto ao deficiente físico, observa-se que as pessoas com deficiência física e intelectual costumam não receber o mesmo tipo de tratamento que as pessoas “saudáveis”. As pessoas deficientes são vítimas de discriminação, têm a liberdade de ir e vir prejudicada pelas más condições de vias de

---

<sup>305</sup> Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Procuradoria Geral da República; *Racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância conexas...* cit., p. 28.

<sup>306</sup> CIG – Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género; *V Plano nacional...* cit., p. 7036.

acesso públicos e privados. A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência defende a dignidade da pessoa com deficiência, que deve gozar, no maior grau possível, dos direitos comuns a todos os cidadãos e, em hipótese nenhuma, sofrer discriminação, ofensa ou tratamento degradante.

Quanto à discriminação em relação aos indivíduos LGBTI, verifica-se que estes estão presentes em todas as esferas sociais e sofrem preconceitos em todas elas. A maioria dos casos de preconceitos são gerados pela desinformação e outra parte pela fobia social contra as pessoas LGBTI. Para uma grande parte da sociedade, ser homossexual ou transexual é sinônimo de pecado, imoralidade ou doença. Tal pensamento é fruto de crenças religiosas ou de crenças em antigas afirmações científicas, da época em que a homossexualidade era tratada em hospícios. Tais crenças ainda estão enraizadas em nossas sociedades e o preconceito, quando não é exteriorizado, é realizado de forma velada. Por tal razão, muitas pessoas LGBTI, quando podem, escolhem por manter segredo quanto à sua orientação sexual ou identidade de gênero, por medo de sofrer as consequências da discriminação e da marginalização social.

Enquanto em relação aos outros tipos de discriminação descritos acima já há uma maior consciência social, maior histórico de defesa, com farta jurisprudência sobre o assunto; em relação à discriminação contra os LGBTI, ainda há muito que se conquistar no mundo. Ainda há países que criminalizam a homossexualidade e não realizam a promoção dos direitos básicos a esses indivíduos. E quanto aos países que detêm uma legislação protetiva (como é o exemplo de Portugal), o que falta é ocorrer a efetividade social desses direitos. Ora, como já foi relatado neste trabalho, muitos indivíduos LGBTI, quando são vítimas de discriminação, não denunciam seus abusadores por medo de sofrer represálias ou de sofrer nova discriminação perante autoridades preconceituosas.

Ainda, há que se observar que um indivíduo LGBTI, além de sofrer discriminação quanto à sua orientação sexual ou identidade de gênero, também pode se enquadrar nos outros tipos de discriminação prevista para as outras minorias. Podemos imaginar uma pessoa do sexo feminino, lésbica, estrangeira, negra, cega e que tenha por religião o candomblé<sup>307</sup>. Esta pessoa, além de sofrer discriminação por ter orientação sexual diversa da convencional, também pode sofrer discriminação de gênero, étnica, racial, religiosa e quanto à sua deficiência física.

---

<sup>307</sup> Religião africana de pouca aceitação social.

### 4.3. Medidas a serem aplicadas para efetivação do princípio da igualdade e da não discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero dos trabalhadores

Igualdade formal e igualdade material não são institutos estanques e contrapostos. Pelo contrário, a igualdade formal ou jurídica é condição preliminar para que a igualdade material ou social aconteça. Para que se proporcione a criação de novas condições confirmadoras de uma igualdade social é necessário antes que haja estabelecida a garantia do direito à igualdade, o que se dá pela concretização de uma igualdade jurídica. Concretizada a igualdade jurídica, esta não é um instituto rígido e acabado, mas sim um instrumento, um alicerce, de que se valerão as instituições sociais, para se edificar, através do tempo, uma construção histórica, cheia de conquistas políticos-sociais, onde se materializará a igualdade social.

Segundo Flores: “*Nunca devemos esquecer que o direito é um produto cultural que persegue determinados objetivos no marco dos processos ‘hegemônicos’ de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano*”. Por tal razão, faz-se necessária a criação de concepções e práticas que trabalhem política, econômica, cultural e “juridicamente” para transformar esses contextos que condicionam a satisfação das necessidades humanas<sup>308</sup>. Ainda, o autor afirma que o Direito deve se sustentar sobre dois pilares: primeiro, pelo reforço das garantias formais; segundo, pelo “*empoderamento dos grupos mais desfavorecidos ao lutar por novas formas, mais igualitárias e generalizadoras, de acesso aos bens protegidos pelo direito*”<sup>309</sup>.

Em Portugal já existe a igualdade formal dos indivíduos LGBTI, posto que a legislação portuguesa, seja a constitucional como a trabalhista proíbe a discriminação em relação à orientação sexual ou à identidade de gênero. O que falta é a igualdade material, ou a efetividade social para a concretização do direito à igualdade destes indivíduos. Para este efeito é necessário que tanto o Estado como a sociedade promovam um estímulo à educação social, dos formadores de opinião e das entidades públicas e privadas de que ser uma pessoa LGBTI não significa ser uma pessoa imoral ou doente, mas somente ser um indivíduo diferente do convencional. Deve-se, sobretudo, estimular a tolerância.

---

<sup>308</sup> FLORES, Joaquín Herrera; *A (re)invenção dos direitos humanos*; Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 58.

<sup>309</sup> FLORES, Joaquín Herrera; *A (re)invenção dos direitos humanos... cit.*, p. 59.

A tolerância é o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo, inclusive do pluralismo cultural, da democracia e do Estado de Direito<sup>310</sup>. A prática da tolerância significa que a toda pessoa cabe a livre escolha de suas convicções – pressupostos da autonomia e da autodeterminação – e aceita que o outro desfrute da mesma liberdade. Significa aceitar o fato de que os seres humanos se caracterizam naturalmente pela diversidade física, cultural, de crenças e convicções e valores, e têm o direito de viver em paz e de ser tais como são. Significa também que ninguém deve impor seu modo ou jeito de ser a outros.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE indica que Portugal dispõe de uma legislação mais protetora do trabalhador do que a média global e que se encontra na média europeia<sup>311</sup>. Contudo, em termos gerais, Portugal tem “*um mercado de trabalho centrado essencialmente no trabalho dependente, com mais precariedade do que há uma década atrás, com menos trabalhadores no ativo e com maior desigualdade de rendimentos*”<sup>312</sup>.

Ora, a discriminação dos indivíduos LGBTI também ocorre no mercado de trabalho. No âmbito do trabalho encontram-se tanto pessoas tolerantes como pessoas preconceituosas. Em momentos em que a precariedade do trabalho é maior, também é maior a probabilidade dos indivíduos estarem sujeitos à discriminação e aos abusos dos empregadores.

Contudo, efetivando-se uma maior consciência social quanto ao direito à diferença e o respeito aos diferentes, há posteriormente que se estimular a necessidade de se exigir o cumprimento da proteção jurídica. Assim, as pessoas LGBTI devem ser estimuladas a denunciar os seus discriminadores para que seja cumprida a legislação e que sejam efetivados os seus direitos.

Devem ser realizadas então a promoção dos direitos das pessoas LGBTI, desde da educação e conscientização da sociedade, como da conscientização das próprias pessoas LGBTI que, quando da violação dos seus direitos, devem lutar para que haja a penalização dos indivíduos violadores da lei.

Dessa forma poderá, futuramente, ser alcançada a efetividade social em relação a estes indivíduos que sofrem com a discriminação e a marginalização. Há uma

---

<sup>310</sup> CAMARGO, José A; *Princípio da igualdade... cit*, p.200.

<sup>311</sup> DRAY, Guilherme Machado; *O livro verde sobre as relações laborais & o mercado de trabalho português da última década*; In: XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, MARTINEZ, Pedro Romano (dir.) *Revista de direitos e de estudos sociais*; Coimbra: Almedina, 2017, p. 159-160.

<sup>312</sup> DRAY, Guilherme Machado; *O livro verde sobre as relações laborais... cit.*, p. 161.

crença de que no futuro haverá maior consciência das pessoas e maior respeito e tolerância pelas diferenças dos outros. Assim ocorrerá uma evolução social, para a aceitação das diferenças que são comuns na sociedade de diversidades em que vivemos.

## CONCLUSÃO

Como o prisma tocado pelo sol, assim é a igualdade. Conforme o sol ilumina o prisma, este irá refletir tons diferentes. O sol pode ser interpretado como a sociedade que está em constante modificação. O prisma da igualdade irá refletir os tons que a sociedade pede, que no caso são regras necessárias ao lugar e à época. Conforme se modifique a sociedade, um novo raio solar penetrará o prisma da igualdade, que refletirá novas regras imprescindíveis ao novo contexto social.

O princípio da igualdade foi uma conquista histórica que resultou de confrontos sociais entre povo e o poder soberano. Contudo, a experiência demonstra que a proclamação do princípio da igualdade não significou a sua aceitação e aplicação prática por parte da sociedade. Tal princípio comporta manifestações diversas consoante os sectores e os interesses em presença e sofre as refrações decorrentes do ambiente de cada país e de cada época.

A conquista da igualdade somente tem sido conseguida através de lutas travadas por aqueles que se encontram em situações de inferioridade, por vezes subjugados. Tais lutas sociais compreendem a divulgação de ideias que pretendam o extermínio ou a minoração de desigualdades, como meio de efetivação de maior justiça social, aqui alicerçada no princípio da igualdade.

Há que se entender a concepção da igualdade à luz do direito à diferença e do direito ao reconhecimento de identidades. Ao lado do direito à igualdade, surge também, como direito fundamental, o direito à diferença e à diversidade, o que assegura aos indivíduos diferentes por diversas variáveis um tratamento especial, um direito a não discriminação. Isto porque, fazendo-se uma análise histórica, verificamos que as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do “eu *versus* o outro, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos.

A ética dos direitos humanos vê no outro um ser merecedor de igual respeito e consideração. Os seres humanos são dotados do direito de desenvolver as potencialidades humanas de forma livre, autônoma e plena. Tal ética orienta a afirmação da dignidade e a prevenção ao sofrimento humano. Nesse sentido e adotando a concepção do direito à diferença, compreende-se que os seres humanos têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza; e têm o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

A discriminação quanto aos indivíduos LGBTI vem acontecendo em todo mundo; somente há pouco tempo é que os direitos dessas pessoas vêm sendo conquistados, posto que tais indivíduos vêm desde há muito tempo sendo marginalizados pela sociedade seja por motivos religiosos, entendimentos médicos equivocados ou simplesmente pelo fato de se diferenciarem do que é considerado convencional e dentro dos parâmetros da normalidade.

A partir do final do século passado, vem sendo reconhecidos os direitos dos indivíduos LGBTI, dentre eles o direito à igualdade e a não discriminação frente a várias relações, inclusive as referentes ao direito do trabalho. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que reforça e amplia as disposições sobre não discriminação da Directiva 2000/78/CE sobre igualdade no trabalho, foi o primeiro instrumento internacional em matéria de direitos humanos que proibiu totalmente a discriminação com base na orientação sexual. Em Portugal, tanto a Constituição como o Código de Trabalho proíbem a discriminação em razão da orientação sexual.

Contudo, ainda há muito preconceito e estigma em relação aos indivíduos LGBTI em Portugal. Na maioria das vezes sob a forma velada ou sutil, continuam a persistir oposições marcantes, estigmatização ou discriminação, muitas vezes resultado da desinformação e de crenças religiosas. Quanto ao resto do mundo ainda há situações muito mais gravosas, posto que em alguns países ainda persiste a criminalização das práticas homossexuais e não são reconhecidos os direitos destes indivíduos quanto à sua orientação sexual e à sua identidade de gênero.

A legislação protetiva, por si só, não é o suficiente para pôr entraves à discriminação dos indivíduos LGBTI nas relações contratuais de trabalho. Tais indivíduos podem sofrer discriminação quando da formação da relação contratual de trabalho, sendo impedidos de aceder ao trabalho por motivos de cunho discriminatório. Também podem sofrer discriminação no decorrer da relação contratual quando sofrem assédio moral ou sexual por parte de seus empregadores ou seus prepostos em virtude de serem homossexuais ou transgêneros. Ainda podem sofrer discriminação no decorrer do contrato de trabalho quando deixam de receber benefícios, sendo preteridos em relação aos seus homólogos heterossexuais. Por fim, também sofrem discriminação quando a sua condição de ser indivíduo LGBTI é a motivação para o empregador dispensá-lo do trabalho.

Na ocorrência de uma das hipóteses transcritas acima, o trabalhador poderá ajuizar ação judicial contra o seu empregador, que o prejudicou sem motivação lícita, baseando-se tão somente em justificativas de cunho discriminatório ilícito.

Ao trabalhador que sofreu discriminação na fase de formação contratual será devida indenização pelos danos materiais e imateriais causados. No referido caso, quando constatada a discriminação e o dano causado ao trabalhador, a este serão devidos os ressarcimentos pelos danos causados (por exemplo, quando trabalhador tenha sido excluído de forma discriminatória de um concurso público e que não tenha sido apresentado uma candidatura noutra emprego por ter acreditado na seriedade da primeira seleção), assim como também serão devidos, na ocorrência de danos não materiais, a obrigação de indenização por danos morais.

Ainda, quando da configuração do assédio moral ou sexual no decorrer do contrato de trabalho, o empregado pode proceder à resolução do contrato de trabalho por justa causa do empregador. A comprovação da prática de assédio do trabalhador, seja o assédio moral ou o assédio sexual, realizada pelo empregador ou seus prepostos, confere ao trabalhador o direito a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais do direito, conforme afirma o artigo 29º, nº 4 e 28º do Código do Trabalho.

Quanto aos casos de despedimento em decorrência da discriminação por orientação sexual, tal despedimento é ilícito. Nestes casos, perante um despedimento ilícito, o trabalhador poderá lançar mão de dois mecanismos de defesa concedidos por lei, quais sejam: a providência cautelar de suspensão de despedimento (art. 386º do CT); e a ação judicial para apreciação do despedimento com vista à respectiva impugnação (art. 387º do CT).

Em Portugal há ainda muitos trabalhadores lesados que não vão em busca de seus direitos pela via de reparação judicial. Na maioria das situações de discriminação não há denúncia a nenhuma autoridade ou entidade responsável. Os indivíduos não denunciam por receio ou medo de represálias; de exposição da identidade a um contexto não seguro; de consequências negativas no contexto familiar ou no local de trabalho; além de vergonha e descrença ou expectativa de discriminação quanto às autoridades e entidades competentes. Espera-se que em um futuro próximo essa situação se modifique para que os indivíduos LGBTI busquem seus direitos e a reparação dos danos causados, posto que a impunidade dos infratores é a maior causa da reiteração destas práticas discriminatórias.

A discriminação dos indivíduos LGBTI nos processos de formação do contrato de trabalho, a comprovação de assédio discriminatório durante a relação laboral, a inobservância de concessão de benefícios em prejuízo dos trabalhadores homossexuais frente aos trabalhadores homólogos heterossexuais no decorrer do contrato, além da rescisão contratual motivada por fatores discriminatórios ocorrem diariamente na realidade da sociedade portuguesa e internacional. No que tange à sociedade portuguesa, verifica-se que somente a mudança da legislação, seja a constitucional como a infraconstitucional, não é suficiente para prevenir os diversos tipos de discriminação que decorrem da atividade laborativa.

No Estado português já existe a igualdade formal dos indivíduos LGBTI, posto que a legislação, seja a constitucional como a trabalhista, proíbe a discriminação em relação à orientação sexual ou à identidade de gênero. O que falta é a igualdade material, ou a efetividade social para a concretização do direito à igualdade destes indivíduos. Para este efeito é necessário que tanto o Estado como a sociedade promovam um estímulo à educação social, dos formadores de opinião e das entidades públicas e privadas de que ser uma pessoa LGBTI não significa ser uma pessoa imoral ou doente, mas somente ser um indivíduo diferente do convencional. Deve-se, sobretudo, estimular a tolerância.

Aguarda-se um futuro mais promissor para os trabalhadores LGBTI, onde o mercado de trabalho os trate em pé de igualdade com os outros trabalhadores heterossexuais. Que a sociedade seja cada vez mais tolerante com a diferença e a diversidade, pois afinal, é este o universo em que vivemos, um mundo constituído de pessoas diferentes, mas que podem se unir para um propósito maior, que é a construção de uma sociedade mais justa e solidária para com todos os indivíduos, visando sempre um bem maior, que é a evolução social.

## BIBLIOGRAFIA

ACNUDH – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos; *A carta internacional dos direitos humanos - Ficha informativa sobre direitos humanos*, nº 2, Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações do 50º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos, 2007. ISBN 972-8707-02-9.

ACNUDH - Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos; *Nascidos livres e iguais: Orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos*; Brasília, 2013. HR/PUB/12/06.

ALMEIDA, Antonia Camargo de, MARTINS, Marcio André Conde; *Discriminação por orientação sexual e identidade de gênero no mercado de trabalho: uma visão crítica sobre a jurisprudência trabalhista no Brasil*; Lisboa: RIDB, Ano 2 (2013 – nº 12). Disponível na internet <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/12/2013\\_12\\_13253\\_13271.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/12/2013_12_13253_13271.pdf)> ISSN 2182-7567.

AMADO, João Leal; *Contrato de trabalho: noções básicas*; Coimbra: Coimbra Editora; 2015. ISBN 978-972-32-2337-8.

APA – American Psychological Association; *Key terms and concepts in understanding gender diversity and sexual orientation among students*; APA, 2015. Disponível na internet <<https://www.apa.org/pi/lgbt/programs/safe-supportive/lgbt/key-terms.pdf>>

ÁVILA, Humberto; *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*; São Paulo: Malheiros, 2009. ISBN 85-7420-937-6.

BALLESTRERO, Maria Vittoria; *Igualdad y acciones positivas. Problemas y argumentos de una discusión infinita*; Madrid: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2007. Disponível na internet <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmccgq7d3>>

BELEZA, Teresa Pizarro, MELO, Helena Pereira de; *Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no direito português*; Lisboa: Revista do Ministério Público do Trabalho; Ano 31; Jul-Set 2010. ISSN 0870-6107.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Ações afirmativas e inserção de pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho*. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da USP, Vol.100 (Jan.-Dez.2005). Disponível na internet <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67681/70289>> ISSN 2318-8235.

CABAÑAS, Ana Carcedo, GROH, Maria José Chaves, ARTZA, Larraitz Lexartza, MORA, Alberto Sánchez; *Orgulho (Pride) en el trabajo: um estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidade de gênero em Costa Rica*; Genebra: OIT, 2016. Disponível na internet

<[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms\\_481592.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_481592.pdf)> ISBN 978-922-33-1045-5

CAMARGO, José A. *Princípio da Igualdade: efetividade dos direitos, liberdades e garantias das minorias e dos excluídos*. In: DONIZETTI, Elpídio, GARBIN, Rosana Broglio, OLIVEIRA, Thiago de (coord.); *Diversos Enfoques do Princípio da Igualdade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. ISBN 978-857-70-0819-3

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital; *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.

CANOTILHO, José J. Gomes; *Parecer Jurídico*; Coimbra, 2012. Disponível na internet: <[http://www.aofa.pt/rimp/Parecer\\_Gomes\\_Canotilho.pdf](http://www.aofa.pt/rimp/Parecer_Gomes_Canotilho.pdf)>

CARVALHO, Augusto César Leite de; *Direito do trabalho: curso e discurso*; São Paulo: LTr, 2016. ISBN 978-85-361-8901-7.

CASSAR, Vólia Bomfim; *Direito do trabalho*; Niterói: Impetus, 2010. ISBN 978-85-7626-387-6.

CIG – Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género; *V Plano nacional para a igualdade de género, cidadania e não discriminação, 2014-2017*; In: Diário da República, 1.ª série — N.º 253 — 31 de dezembro de 2013. Disponível na internet <[https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2014/01/V\\_PL\\_IGUALD\\_GENERO.pdf](https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2014/01/V_PL_IGUALD_GENERO.pdf)>

CIG – Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género; *Violência doméstica: boas práticas no apoio a vítimas LGBT: guia de boas práticas para profissionais de estruturas de apoio a vítimas*; Lisboa, 2016. ISBN 978-972-597-415-5. Disponível na internet <[https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2017/03/Violencia-domestica\\_boas-praticas-no-apoio-a-vitimas-LGBT-Guia-para-profissionais-de-estruturas-de-apoio-a-vitimas.pdf](https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2017/03/Violencia-domestica_boas-praticas-no-apoio-a-vitimas-LGBT-Guia-para-profissionais-de-estruturas-de-apoio-a-vitimas.pdf)>

ÇINAR, Melike, FINKE, Bastian, FOHSEL, Hermann-Josef, GHATTAS, Dan Christian, ZIRKEL, Christof; *Sexuelle Orientierung*; Berlin: Aktioncourage, 2007. Disponível na internet <[www.schule-ohne-rassismus.org/fileadmin/Benutzerordner/PDF/Publikationen\\_\\_als\\_pdf\\_/TH\\_Sexuelle\\_Orientierung.pdf](http://www.schule-ohne-rassismus.org/fileadmin/Benutzerordner/PDF/Publikationen__als_pdf_/TH_Sexuelle_Orientierung.pdf)> ISBN 978-3-933-247-56-8.

Commissioner for Human Rights; *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*; France: Council of Europe Publishing, 2011. Disponível na internet <[https://www.coe.int/t/commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011\\_en.pdf](https://www.coe.int/t/commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_en.pdf)> ISBN 978-92-871-7257-0.

CORRÊA, Marilena Villela; *Sexo, sexualidade e diferença sexual no discurso médico: algumas reflexões*; In: LOYOLA, Maria Andréa (org.), *A sexualidade nas ciências humanas*; Rio de Janeiro: EdUERJ, 1998. ISBN 85-85881-43-7.

DONIZETTI, Elpídio; *Igualdade e Tempo: a legitimação das (des)igualdades dos homens no processo*. In: DONIZETTI, Elpídio, GARBIN, Rosana Broglio, OLIVEIRA,

Thiago de (coord.); *Diversos Enfoques do Princípio da Igualdade*; Belo Horizonte: Fórum, 2014. ISBN 978-857-70-0819-3

DRAY, Guilherme Machado; *O princípio da igualdade no direito do trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*; Coimbra: Almedina, 1999. ISBN 972-904-00-1172-9

DRAY, Guilherme Machado; *O sentido jurídico do princípio da igualdade: perspectiva luso-brasileira*; Revista Brasileira de Direito Constitucional (nº 2, jul./dez.), 2003. Disponível na internet <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/download/43/43>>

DRAY, Guilherme Machado; *Direitos de personalidade: Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*; Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-402-801-1

DRAY, Guilherme Machado, *Igualdade e não discriminação*; In: CARVALHO, Paulo Morgado de; *Código do trabalho: a revisão de 2009*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1867-1.

DRAY, Guilherme Machado; *O princípio da proteção do trabalhador*, Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5900-6.

DRAY, Guilherme Machado; *A influência dos Estados Unidos da América na afirmação do princípio da igualdade de emprego nos Países da Lusofonia: a propósito dos 50 anos do Civil Rights Act of 1964*; Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6423-9.

DRAY, Guilherme Machado; *O direito à reserva da intimidade privada. O artigo 80º do Código Civil de 1966*; In: CORDEIRO, António Menezes; *Revista de direito civil*; Ano II; Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-03-17-35535-2.

DRAY, Guilherme Machado; *O livro verde sobre as relações laborais & o mercado de trabalho português da última década*; In: XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, MARTINEZ, Pedro Romano (dir.) *Revista de direitos e de estudos sociais*; Coimbra: Almedina, 2017. ISSN 0870-3985.

DRYDAKIS, Nick; *Sexual orientation discrimination in the labour Market*; Elsevier: Labour Economics; 2009. Disponível na internet <[https://www.researchgate.net/publication/46507138\\_Sexual\\_Orientation\\_Discrimination\\_in\\_the\\_Labour\\_Market](https://www.researchgate.net/publication/46507138_Sexual_Orientation_Discrimination_in_the_Labour_Market)>

FALCÃO, David; TOMÁS, Sérgio Tenreiro; *Lições de direito do trabalho: a relação individual de trabalho*; Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6472-7.

FERNANDES, António Monteiro; *Direito do trabalho*; Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5682-1.

FLORES, Joaquín Herrera; *A (re)invenção dos direitos humanos*; Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. ISBN 978-85-7840-012-5.

FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia; *A legislação comunitária e a proteção contra a discriminação em razão da orientação sexual*; Luxemburgo, 2009. Disponível na internet <[http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1227-Factsheet-homophobia-protection-law\\_PT.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1227-Factsheet-homophobia-protection-law_PT.pdf)>.

FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia; *Omofobia e discriminazione basate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere negli Stati membri dell'UE*; Luxemburgo, 2009. Disponível na internet <[https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1224-Summary-homophobia-discrimination2009\\_IT.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1224-Summary-homophobia-discrimination2009_IT.pdf)>

FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia; *Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity*, Luxemburgo, 2010. Disponível na internet <[http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1759-FRA-2011-Homophobia-Update-Report\\_EN.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1759-FRA-2011-Homophobia-Update-Report_EN.pdf)> ISBN 978-92-9192-631-2.

FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia; *Direitos das pessoas lésbicas, homossexuais, bissexuais e transexuais (LGBT) na União Europeia*; Luxemburgo, 2011. Disponível na internet <[http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1757-FRA-Factsheet-Homophobia-Study-2010-FS1\\_PT.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1757-FRA-Factsheet-Homophobia-Study-2010-FS1_PT.pdf)>.

FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia; *Principais tendências jurídicas na proteção dos direitos dos LGBT na União Europeia 2008-2010*; Luxemburgo, 2011. Disponível na internet <[http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1758-FRA-Factsheet-Homophobia-Study-2010-FS2\\_PT.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1758-FRA-Factsheet-Homophobia-Study-2010-FS2_PT.pdf)>.

FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia; *Professionally speaking: challenges to achieving equality for LGBT people*; Luxemburgo, 2016. Disponível na internet <[http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2016-lgbt-public-officials\\_en.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2016-lgbt-public-officials_en.pdf)> ISBN 978-92-9491-007-3.

Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Procuradoria Geral da República; *Racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância conexas*; Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações do 50º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos, 2007. ISBN 978-972-8707-31-6.

Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Procuradoria Geral da República; *Direitos humanos – Compilação de instrumentos internacionais*; Vol. I; Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações do 50º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos, 2008. ISBN 978-972-8707-30-9.

Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Procuradoria Geral da República; *Direitos humanos – Compilação de instrumentos internacionais*; Vol. II; Lisboa, Comissão Nacional para as Comemorações do 50º Aniversário da Declaração Universal

dos Direitos do Homem e Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos, 2008. ISBN 978-972-8707-30-9.

Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Procuradoria Geral da República; *Os direitos das minorias*; Lisboa, Comissão Nacional para as Comemorações do 50º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos, 2008. ISBN 978-972-8707-24-8.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D; *Estudos sobre o princípio da igualdade*; Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 978-972-4026-50-3.

GREEN JR., Matthew W.; *Sexual Orientation and Gender Identity Employment Discrimination*; Chicago: Cali eLangdell Press, 2017. Disponível na internet <<https://www.cali.org/sites/default/files/Nov2017-LGBT-Employment-Discrimination.pdf>>

HEALEY, Justin; *Sexual orientation and gender identity*; The Spinney Press: Australia, 2014. ISBN 978-192-2084-57-6.

ILGA; *Relatório sobre a implementação da Recomendação CM/Rec (2010)5 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-membros sobre medidas para o combate à discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de género*; Portugal: Ilga Portugal, 2012.

ILGA – Observatório da discriminação em função da orientação sexual e identidade de género; *Relatório 2016: A discriminação homofóbica e transfóbica em Portugal*; ILGA Portugal, 2017. Disponível na internet <[http://ilga-portugal.pt/ficheiros/pdfs/observatorio/ILGA\\_RELATORIO\\_OBS\\_2016.pdf](http://ilga-portugal.pt/ficheiros/pdfs/observatorio/ILGA_RELATORIO_OBS_2016.pdf)>

ICJ - International Commission of Jurists; *Sexual orientation, gender identity and justice: a comparative law case book*; Genebra, 2011. ISBN 978-92-9037-156-0. Disponível na internet < <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/05/Sexual-orientation-gender-identity-and-Justice-report-2011.pdf>>

JÁVEGA, Consuelo Chacartegui, *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001. ISBN 978-848-40-6926-3.

JOHNSON, Marguerite, RYAN, Terry; *Sexuality in Greek and Roman society and literature: a sourcebook*; New York: Routledge, 2008. ISBN 978-0-415-17331-5.

JÚNIOR, José Cairo; *Curso de direito do trabalho: direito individual e coletivo do trabalho*; Salvador: Juspodivm, 2013. ISBN 857-761-661-4.

LAMBELHO, Ana, GONÇALVES, Luísa Andias; *Manual de direito do trabalho: da teoria à prática*; Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-2297-5.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes; *Direito do trabalho*; Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4915-1.

LGBT Resource Center; *Key concepts for understanding LGBT identity development*; University of California, Riverside. Disponível na internet <[http://out.ucr.edu/docs/lgbt\\_identity\\_development\\_theory.pdf](http://out.ucr.edu/docs/lgbt_identity_development_theory.pdf)>

MALLET, Estêvão; *Igualdade e discriminação do direito do trabalho*; São Paulo: Ltr, 2013. ISBN 978-85-361-2505-3.

MALLORY, Christy, HASENBUSH, Amira, LIEBOWITS, Sara; *Employment Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity in West Virginia*; California: UCLA, 2013. Disponível na internet <<https://escholarship.org/uc/item/80n6v43m>>

MARECOS, Diogo Vaz; *Código do trabalho anotado*; Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1846-6.

MARTINEZ, Pedro Romano; *Direito do trabalho*; Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5908-2.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Código do Trabalho Anotado*, Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-4030-1.

MARTINEZ, Pedro Romano (coord.), *Código do Trabalho Anotado*, Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6608-0.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de; *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*; São Paulo: Malheiros, 2000. ISBN 85-7420-047-6.

MIRANDA, Jorge; *Manual de Direito Constitucional – tomo IV – Direitos Fundamentais*; Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 972-32-1613-4.

MONTEIRO, Rosa, FERREIRA, Virgínia; *Trabalho, igualdade e diálogo social: estratégias e desafios de um percurso*; Lisboa: CITE, 2013. ISBN 978-972-8399-51-1.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador – Studia Iuridica 78*; Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-1228-5.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Intimidade do trabalhador e tecnologia informática – VII Congresso Nacional de Direito do Trabalho*; Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 972-40-2394-X.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Estudos de direito do trabalho*; Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4630-3

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho; *Igualdade e não discriminação – Estudos de direito do trabalho*; Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5284-7.

NOGUEIRA, Conceição, OLIVEIRA, João Manuel de; *Estudo sobre a discriminação em função da orientação sexual e da identidade de género*; Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2010. ISBN 978-972-597-326-4.

OIT – Organização Internacional do Trabalho; *Igualdade no trabalho: um desafio contínuo - Relatório Global no quadro do seguimento da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*; Conferência Internacional do Trabalho, 100<sup>a</sup> Sessão, Genebra, 2011. Disponível na internet <[http://www.cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs/Relatorio\\_igualdade.pdf](http://www.cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs/Relatorio_igualdade.pdf)> ISBN 978-92-2-123092-6.

Painel Internacional de Especialistas em Legislação Internacional de Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Género; *Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de género*; Yogyakarta - Indonésia, 2006. Disponível na internet <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf)>

PARREIRA, Isabel Alexandra Botelho Vieira Borges Ribeiro; *O assédio sexual no trabalho*; In: MOREIRA, António (coord.); *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*; Coimbra: Almedina, 2001. ISBN 978-972-40-1662-7.

PARREIRA, Isabel Alexandra Botelho Vieira Borges Ribeiro; *O assédio moral no trabalho*; In: MOREIRA, António (coord.); *V Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*; Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-1864-5.

PERES, Célia Mara; *A igualdade e não discriminação nas relações de trabalho*; São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-3054-5.

PINHEIRO, Rita, Jorge; *A responsabilidade civil dos agentes perante a vítima de assédio moral*; In: *Vinte anos de questões laborais*; Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 978-972-32-2218-0.

PIOVESAN, Flávia, SILVA, Roberto B. Dias da; *Igualdade e diferença: O direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro*. In: VIEIRA, José Ribas (org.); *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?*; Rio de Janeiro: Forense, 2008. ISBN 978-85-309-2730-11.

QUINTAS, Paula, QUINTAS, Helder; *Manual de direito do trabalho e de processo do trabalho*; Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6985-2.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte II: Situações laborais individuais*; Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4227-5.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma; *Direitos de personalidade e direitos fundamentais em matéria laboral*; In: SOUSA, Marcelo Rabelo de (coord.); *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*; Volume II; Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISSN 0870-3116.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma; *Factos da vida privada do trabalhador, prova ilícita e despedimento: Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de julho de 2013*; In: *Vinte anos de questões laborais*; Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 978-972-32-2218-0.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma; *Tratado de direito do trabalho: Parte I – Dogmática geral*, Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5030-0.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma; *Tratado de direito do trabalho: Parte II – Situações laborais individuais*, Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5597-8.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma; *O direito do trabalho português – algumas notas*; In: MELLO, Alberto de Sá (coord.); *O Direito em Portugal*; Madrid: Reus, 2017. ISBN 978-84-290-1997-1.

REDINHA, Maria Regina; *Assédio moral ou mobbing no trabalho*; In: MOREIRA, António (coord.); *V Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*; Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-1864-5.

REIS, Toni (org.); *Manual de comunicação LGBTI+*; Curitiba: Aliança Nacional LGBTI/ Gay Latino, 2018. ISBN 978-85-66278-11-8.

RÍO, Josefina Alventosa del; *Discriminación por orientación sexual e identidade de género em el derecho español*; Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008. ISBN 978-84-8417-295-6.

RIOS, Roger Raupp; *Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade*; Revista CEJ, Vol. 2, nº 6, 1998. Disponível na internet <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/160/248>> ISSN 1414-008X

RIOS, Roger Raupp, PIOVESAN, Flávia; *A discriminação por gênero e por orientação sexual. In: Seminário internacional as minorias e o direito*; Série Cadernos do CEJ, Vol. 24. Brasília, 2001. Disponível na internet <<http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo05.pdf>> ISBN 85-85572-72-8

RIOS, Roger Raupp; *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. ISBN 85-203-2224-7.

RIOS, Roger Raupp; *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. ISBN 978-85-7348-552-3

RIOS, Roger Raupp, SILVA, Rodrigo da; *Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação*; Revista Brasileira de Ciência Política; nº 16; 2015. Disponível na internet <<http://www.periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/15302/10925>> ISSN 2178-4884.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. A. 33. N. 131. (Julho – Setembro) Brasília, 1996. Disponível na internet: <<http://livraria.senado.leg.br/revista-de-informacao-legislativa>>

SANCHES, Vanessa K. C. *A discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho*; São Paulo: Ltr, 2009. ISBN 978-85-361-1377-7.

SANTOS, Boaventura de Sousa; *Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.); *Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. ISBN 85-200-0617-5.

SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da. *Os princípios da igualdade e da proporcionalidade e suas relações nos ordenamentos jurídicos brasileiro e portugueses*. In: DONIZETTI, Elpídio; GARBIN, Rosana Broglio; OLIVEIRA, Thiago de (Coord.); *Diversos enfoques do princípio da igualdade*; Belo Horizonte: Fórum, 2014. ISBN 978-85-7700-819-3.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2004. ISBN 85-7420-619-9.

TAKÁCS, Judit; *How top put equality into practice? Anti discrimination and equal treatment policymaking and LGBT people*; Budapest: ÚMK, 2014. Disponível na internet <<http://mek.oszk.hu/06600/06653/06653.pdf>>

TORRES, Anália, COSTA, Dália, SANT'ANA, Helena, COELHO, Bernardo, SOUSA, Isabel; *Assédio sexual e moral no local de trabalho em Portugal*; Lisboa: CITE e CIEG, 2016. ISBN 978-972-8399-61-0.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo; *Manual do direito do trabalho*; Lisboa: Verbo, 2014. ISBN 978-972-22-3099-5.

Demais sítios consultados na internet:

[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)

[www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia)

<https://www.juonline.pt/politica/artigo/18098/as-leis-salazar.aspx>

<https://dre.pt/application/dir/pdfgratis/1938/08/18500.pdf>

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920128.html>

<http://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/eu-case-law.html?locale=pt>

[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

[www.ilga-portugal.pt](http://www.ilga-portugal.pt)

[www.lgbt.pt](http://www.lgbt.pt)