

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS LGBTQIA+ NO DIREITO DO TRABALHO: COMO O ATIVISMO JUDICIAL VEM AUXILIANDO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DO MOVIMENTO LGBTQIA+ NO MERCADO DE TRABALHO?

JUDICIAL ACTIVISM AND LGBTQIA+ RIGHTS IN LABOUR LAW: HOW HAS JUDICIAL ACTIVISM BEEN ASSISTING IN THE REALISATION OF THE RIGHTS OF THE LGBTQIA+ MOVEMENT IN THE LABOUR MARKET?

Domingos Gustavo Xavier de Albuquerque¹
Sergio Torres Teixeira²

RESUMO: É notável que a população LGBTQIA+ é uma das principais vítimas da inércia legislativa brasileira e ações voltadas para o combate à discriminação na contratação dessas pessoas no mercado de trabalho. Assim, questiona-se: como o ativismo judicial pelo Poder Judiciário vem auxiliando na concretização dos direitos do movimento LGBTQIA+ no mercado de trabalho? A relevância deste estudo reside no seu objetivo que é o de analisar como o ativismo judicial vem sendo realizado pelos tribunais no combate à discriminação e ao preconceito sofridos por pessoas LGBTQIA+ no mercado de trabalho. O estudo é desenvolvido por meio da abordagem qualitativa, valendo-se do método comparativo e das técnicas de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. O estudo revela que a atuação do Poder Judiciário, na seara no Direito do Trabalho, tem-se mostrado ínfima, de modo que a comunidade LGBTQIA+ não tem percebido este Poder como um verdadeiro guardião dos seus direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: LGBTQIA+. Ativismo Judicial. Ambiente de Trabalho. Direito do Trabalho.

ABSTRACT: It is notable that the LGBTQIA+ population is one of the main victims of Brazilian legislative inertia and of actions aimed at combating discrimination in the hiring processes in the labor market. Thus the question: how has judicial activism by the Judiciary Power been helping to implement the rights of the LGBTQIA+ movement in the labor market? This study's relevance lies in its objective, which is to analyze how judicial activism has been carried out by the courts in the fight against

1 Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap); graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Lattes: <https://lattes.cnpq.br/3459168766334487>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6642-141X>. E-mail: domingos.2021603070@unicap.br.

2 Doutor em Direito; professor adjunto IV da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap) e professor associado IV da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco (FDR/UFPE); pesquisador; líder do Grupo de Pesquisa LOGOS – Processo, Hermenêutica e Tecnologia; desembargador do TRT da 6ª Região, Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5251373969908944>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8729-5563>. E-mail: sergio.torres@unicap.br.

discrimination and prejudice suffered by LGBTQIA+ people in the labor market. The study is developed through a qualitative approach, using the comparative method and bibliographical and jurisprudential research techniques. The study reveals that the performance of the Judiciary Power in labor law has been negligible, so the LGBTQIA+ community has not perceived this Power as a true guardian of its fundamental rights.

KEYWORDS: LGBTQIA+. Judicial Activism. Work Environment. Labour Law.

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – O movimento LGBTQIA+; 3 – A pessoa LGBTQIA+ no mercado de trabalho; 4 – Ativismo judicial; 5 Ativismo judicial em favor das pautas da comunidade LGBTQIA+ na seara do Direito do Trabalho; 6 – Conclusões; 7 – Referências bibliográficas.

1 – Introdução

As discussões acerca da diversidade sexual vêm se intensificando cada vez mais no mundo, o que faz com que surjam movimentos sociais que buscam ser reconhecidos e ter seus direitos assegurados.

Um dos maiores movimentos sociais da atualidade é a comunidade LGBTQIA+ (LIMA JÚNIOR, 2020)³, que é composto por lésbicas, gays, bissexuais, travestis/transsexuais, *queer*, intersexo, assexuais, e qualquer outra forma identitária de sexualidade, orientação ou gênero, sendo, portanto, um “movimento político e social que defende a diversidade e busca mais representatividade e direitos para essa população” (SIGNIFICADO da sigla LGBTQIA+, 2022).

É cediço que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948 pela Organização das Nações Unidas (ONU), reconheceu em cada indivíduo o direito à liberdade e à dignidade e no seu artigo 1º dispõe que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

3 Acerca dessa sigla, Lima Júnior (2020, p. 8-9) explica o significado de cada letra: a letra “L” refere-se a “Lésbica – Mulher (cis ou trans) que é atraída afetiva e/ou sexualmente por pessoas do mesmo sexo/gênero”; a letra “G”, a “Gay – Pessoa do gênero masculino (cis ou trans) que tem desejos, práticas sexuais e/ou relacionamento afetivo-sexual com outras pessoas do gênero masculino”; a letra “B”, a “Bissexual – É a pessoa que se relaciona afetiva e sexualmente com pessoas de ambos os sexos/gêneros”; a letra “T”, a “Transsexual/Transgênero – Pessoa que nasce com o sexo biológico diferente do gênero com que se reconhece. Essas pessoas desejam ser reconhecidas pelo gênero com o qual se identificam. Vale lembrar que o que determina se uma pessoa é transsexual é a identidade, independente da realização de qualquer processo cirúrgico. / Termo genérico que engloba qualquer pessoa que se identifique com o gênero diferente do sexo de nascimento”; a letra “Q”, a *Queer* – É um adjetivo utilizado por algumas pessoas, em especial pessoas mais jovens, cuja orientação sexual não é exclusivamente heterossexual. De modo geral, para as pessoas que se identificam como *queer*, os termos lésbica, gay, e bissexual são percebidos como rótulos que restringem a amplitude e a vivência da sexualidade. O termo *queer* também é utilizado por alguns para descrever sua identidade e/ou expressão de gênero”; a letra “I”, a “Intersexo – pessoas cujo desenvolvimento sexual e corporal – expressado em hormônios, genitais, cromossomos, e/ou outras características biológicas – não se encaixa na norma binária”; a letra “A”, a “Assexual – É um indivíduo que não sente nenhuma atração sexual, seja pelo sexo/gênero oposto ou pelo sexo/gênero igual”; e o “Sinal + – abriga todas as diversas possibilidades e orientação sexual e/ou de identidade de gênero que existam”.

Por sua vez, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 guarda o princípio da dignidade humana, o qual possui como objetivo fundamental, entre outros, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988). Assim, os direitos humanos das pessoas LGBTQIA+ vêm sendo conquistados através de árduas lutas, travadas tanto em âmbito internacional como nacional, contudo essa população continua sendo privada de muitas liberdades em decorrência dos preconceitos existentes na sociedade.

No Brasil, por exemplo, é visível que o Poder Legislativo tem pouco interesse em querer criar leis em prol da comunidade LGBTQIA+, de modo que até a presente data, por exemplo, não há lei que permita o casamento homoafetivo ou, então, lei que criminalize as condutas homofóbicas e transfóbicas, situações essas que demonstram as dificuldades que a comunidade LGBTQIA+ vem travando na sociedade para assegurar os mínimos direitos fundamentais de um ser humano como o de casar e o de não ter sua vida ceifada.

Essa realidade é igualmente presente na área do Direito do Trabalho, haja vista que há raríssimas leis, a exemplo da Lei nº 9.029/95, que visam combater a discriminação na contratação de pessoas LGBTQIA+ pelas empresas e mesmo as existentes têm pouca ou nenhuma aplicabilidade em razão da dificuldade de se provar o preconceito no ambiente de trabalho, fazendo com que essa população fique com receio de falar abertamente sobre a sua sexualidade e, por vezes, tenha que alterar o próprio comportamento para se integrar entre os demais empregados no ambiente de trabalho.

Assim, a ausência de outras legislações de proteção dos direitos dos homossexuais quanto à discriminação baseada em orientação sexual acarreta na proliferação de atitudes preconceituosas dentro do ambiente de trabalho, o que faz com que a própria empresa tenha que criar ações visando combater esse problema, contudo o que se observa na prática é que normalmente tais ações, por vezes, são ineficazes.

O Center for Talent Innovation realizou um estudo que “ouviu mais de 12,2 mil profissionais em países como China, Rússia, Cingapura, África do Sul, Turquia, Reino Unido, Estados Unidos e o Brasil” (BELLONI, 2016), para saber se existia ou não discriminação e preconceito contra pessoas LGBTQIA+ no ambiente de trabalho, tendo sido constatado que, no Brasil, “61% dos funcionários *gays* e *lésbicas* decidem por esconderem sua sexualidade de gestores e colegas em virtude do medo de perderem o emprego” e “33% das empresas do Brasil não contratariam para cargos de chefia pessoas LGBTQIA+; 41% das pessoas LGBTQIA+ afirmam terem sofrido algum tipo de discriminação em razão da sua orientação sexual ou identidade de gênero no ambiente de trabalho” (FUNDO BRASIL, 2023).

Em entrevistas *online* com a população do Brasil feita pela Oldiversity com o intuito de levantar dados acerca de como as empresas brasileiras vêm operando com assuntos ligados à longevidade e à diversidade, incluindo orientação sexual, “75% declaram que as empresas brasileiras têm preconceito em contratar LGBT+” (OLDIVERSITY, 2020, p. 36).

Na cartilha “Mundo do Trabalho e Direitos das Pessoas LGBT: Resistir para Existir”, publicada pela Secretaria de Políticas Sociais e do Coletivo de Trabalhadores e Trabalhadoras LGBT da CUT-SP, expressa-se que 68% dos LGBTs relataram que já sofreram preconceito no local de trabalho (SÃO PAULO, CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES, 2019, p. 26).

Pesquisa realizada no ano de 2015 pela empresa de recrutamento e seleção Enlancers, com 10 (dez) mil empregadores de todo o Brasil, revelou que 7% das empresas entrevistadas declararam que não contratariam homossexuais em hipótese alguma (G1 SÃO PAULO, 2015), o que evidencia temor de ter a imagem da empresa associada à população LGBT+ (PEREIRA, 2021).

Nesse contexto, o ativismo judicial torna-se um instrumento indispensável para a efetivação de direitos humanos fundamentais em virtude da inércia do Poder Legislativo, que se abstém de querer tratar no campo político temas voltados à diversidade sexual e à discriminação sexual no ambiente de trabalho, fato que impede ou, ao menos, dificulta que pessoas LGBTQIA+ possam conseguir empregos ou mesmo de trabalhar com tranquilidade, sem medo de represálias e/ou pilhérias do(s) chefe(s) e dos demais empregados.

Diante dessa realidade, suscita-se o seguinte questionamento: Como o ativismo judicial vem auxiliando na concretização dos direitos do movimento LGBTQIA+ no mercado de trabalho? Assim, o presente artigo tem como principal objetivo verificar se há (ou não) ativismo judicial por parte dos Tribunais pátrios, em especial os Tribunais da Justiça do Trabalho, no que toca à concretização dos direitos do movimento LGBTQIA+ e ao combate à discriminação no ambiente de trabalho.

O trabalho é desenvolvido por meio da abordagem qualitativa, associada ao método de procedimento comparativo e à técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

E, para fins de organização, esclarece-se que, além desta seção introdutória, o capítulo encontra-se dividido em quatro seções principais: em um primeiro momento, aborda-se o movimento LGBTQIA+, suas diretrizes e suas finalidades; em um segundo momento, discute-se acerca da pessoa LGBTQIA+ no mercado de trabalho e, em seguida, acerca da doutrina do ativismo judicial; por último, apresentam-se os julgados nos quais o ativismo judicial contribuiu

ou não para combater a discriminação e a ampliação dos direitos da comunidade LGBTQIA+ no ambiente de trabalho, para então se apresentarem as conclusões.

2 – O movimento LGBTQIA+

A história e a memória tornaram-se importantes instrumentos de batalha para os movimentos LGBTQIA+ de diversos países.

Sabe-se que o movimento surgiu, inicialmente, representado pela sigla GLS, que englobava unicamente os *gays*, as lésbicas e os simpatizantes. Essa sigla começou a se popularizar na década de 1960 em cidades norte-americanas, como Nova York e San Francisco, em virtude da agitação incitada por grupo de lésbicas, *gays*, travestis e *drag queens*. Nas palavras de Gonçalves e Stolz (2021, p. 106):

“Durante a madrugada do dia 28 de junho de 1969 e por mais seis dias consecutivos ocorreram manifestações públicas que ficaram conhecidas como *Stonewall Riot* (Rebelião de Stonewall) em resposta às ações arbitrárias da Polícia de Nova Iorque que, rotineiramente, promovia humilhantes e degradantes revistas noturnas no bar *Stonewall Inn*, localizado no bairro de Greenwich Village (Manhattan), frequentado por lésbicas, *gays*, travestis e *drag queens*. O chamado marco zero do movimento LGBTQIA+ contemporâneo ficou consagrado como o Dia Internacional do Orgulho LGBTQIA+.”

No Brasil, o movimento ganhou força na década de 1960, na ditadura militar, quando apareceram os primeiros grupos de lutas e reivindicações contrárias à política da época e quando grande parte da população se encontrava insatisfeita com as mudanças existentes tanto no âmbito econômico quanto no social.

Devido às lutas sociais ao longo dos anos, a invisibilidade da homossexualidade foi sendo lentamente substituída por uma visibilidade social e, com isso, passou-se a reconhecer a existência de outras formas de diversidade sexual que se apresentavam diferentes daquelas que eram representadas apenas por *gays*, lésbicas e simpatizantes, implicando, por conseguinte, a necessidade da criação e adição de novas siglas/símbolos no nome do movimento com o intuito de obter maior amplitude de representatividade.

De acordo com Facchini e França (2009), foi no XII Encontro Brasileiro de *Gays*, Lésbicas e Transgêneros no ano de 2005, que a letra “B”, de bissexuais, entrou oficialmente como sigla do movimento, e houve também a entrada da letra “T”, que representa os indivíduos travestis, transexuais e transgêneros. Assim, a antiga sigla GLS, que englobava apenas *gays*, lésbicas e simpatizantes,

deixou de ser utilizada, sendo substituída pela expressão LGBT (lésbicas, *gays*, bissexuais e transexuais).

É importante registrar que, no Brasil, o movimento social de luta pelo reconhecimento da diversidade sexual e de gênero sofreu inúmeras transformações profundas, sendo uma delas a denominação (designação) desse movimento que, inicialmente, era chamado de Movimento Homossexual Brasileiro (MHB) e, posteriormente, passou a ser denominado de Movimento LGBT, a fim de incluir a multiplicidade de bandeiras de luta e maior amplitude de representatividade, além dos homossexuais (FERREIRA; SACRAMENTO, 2019).

É notável elucidar que o vocábulo “homossexual”, segundo Dias (2009, p. *online*), “tem origem etimológica grega, significando ‘homo’ ou ‘homoe’, que exprime a ideia de semelhança, igual, análogo, ou seja, homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter”. Já o vocábulo “homossexualidade” se refere a um modo de ser, a um estilo de vida, que não pode ser confundido com enfermidade ou doença (CHAVES, 2012).

Com o passar dos anos, nasceram novas letras para simbolizar as novas modalidades de diversidade sexual, quais sejam, as letras “I”, de *intersex*, “Q”, de *queer*, e “A”, de agêneros e assexuados, assim como o símbolo “+”, que passou a integrar o nome do movimento, e ele implica a possibilidade de inserção futura de novas diversidades (BORTOLETTO, 2019).

Assim, a busca pela aceitação social desse movimento vem acontecendo até os presentes dias, contudo, o que se observa é que o Poder Legislativo brasileiro, por exemplo, não vem dando atenção às pautas LGBTQIA+, haja vista que é notável a dificuldade de se aprovar no Congresso Nacional qualquer projeto de lei que verse sobre a diversidade sexual.

No contexto do Direito do Trabalho, verifica-se, por exemplo, a ausência de uma legislação específica ou mesmo de um artigo de lei com o intuito de proteger os direitos à vida e à integridade humana dos membros do grupo LGBTQIA+ no ambiente de trabalho, o que faz com que essas pessoas não venham a discutir abertamente sobre a sua sexualidade, sob pena de represálias e pilhérias dos chefes e dos demais empregados.

3 – A pessoa LGBTQIA+ no mercado de trabalho

A discriminação em razão de orientação sexual ou identidade de gênero divergente dos padrões heteronormativos é um problema bastante presente na sociedade e que desponta no ambiente de trabalho.

Em geral, há uma discriminação em todos os momentos da trajetória de trabalho de uma pessoa LGBTQIA+, identificando-se a sua ocorrência desde o

acesso e processos de admissão aos postos de trabalho, durante a permanência no emprego e mesmo no momento da rescisão do contrato de trabalho: em todos esses momentos, a LGBTfobia está presente, sendo um mal recorrente nas empresas que torna o ambiente de trabalho um espaço aberto para atitudes discriminatórias (NICOLI; DUTRA, 2022).

Medeiros (2007) assevera que o preconceito e a discriminação em razão de orientação sexual ou identidade de gênero se dá em fases no que toca à relação de trabalho, de modo que as divide em quatro diferentes etapas em que esse fenômeno se apresenta, quais sejam: a) fase pré-contratual; b) fase contratual; c) desligamento do emprego; d) pós-contrato.

Segundo o que a referida autora apresenta, na fase pré-contratual (1ª fase), a discriminação acontece no momento da contratação do empregado e decorre, por vezes, por meio de questionamentos e investigações sobre a vida privada do trabalhador, visando-se, com esse procedimento, constatar se o contratado (empregado) é ou não homossexual (MEDEIROS, 2007).

Nas palavras de Silva e Ferraz (2020, p. 38):

“(...) eles [os homossexuais] vivenciam várias experiências negativas tais como a discriminação no processo de seleção de profissionais se a empresa notar que ele é homossexual, ou ele declarar explicitamente sua orientação, podendo haver uma perda de emprego em virtude da orientação sexual ou a perda de uma promoção. Com esse cenário, os indivíduos homossexuais das mais variadas profissões, tendem a esconder a orientação social na tentativa de evitar a discriminação e o enfraquecimento da carreira profissional, ou outros acabam indo ao trabalho autônomo.”

Além desse aspecto, outro fator muito corriqueiro que é exigido, ainda que de forma indireta, é verificar se a postura ou o comportamento do candidato LGBTQIA+ à vaga de trabalho se apresenta como “inadequada”, “destoante” ou “inapropriada” para a empresa, firmando-se em um estereótipo heterossexual de ser e agir (MENEZES; OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2018).

Ultrapassada a fase de contratação, o empregado homossexual por muitas vezes tem a sua condição sexual desvendada durante o desenvolvimento do contrato de trabalho, isto é, na chamada fase contratual (2ª fase), quando o preconceito e a discriminação se dão por ocasião do exercício do trabalho.

Durante a vigência desse contrato, o empregado LGBTQIA+ passa, em regra, a ser submetido a situações vexatórias que vão desde a exclusão pelos outros colegas de trabalho, passando a ser objeto de piadas, gracejos e ofensas, tornando-se vítima de assédio moral discriminatório pelos seus colegas ou pelos seus superiores hierárquicos (MEDEIROS, 2007).

Nessa situação, o anonimato da homossexualidade é empregado como um instrumento de defesa desse empregado, haja vista que, além de permitir a sua permanência no mercado de trabalho e que ele possa desempenhar o seu ofício com tranquilidade, possibilita o seu crescimento profissional, que poderá desencadear na sua promoção dentro dos quadros da empresa.

Ainda na fase de contratação há casos em que a situação de preconceito e discriminação chega a prejudicar a saúde do empregado LGBTQIA+, a ponto de não restar outra alternativa ao empregado LGBTQIA+ que não a de pedir o desligamento do emprego (3ª fase).

Esse pedido de desligamento ocorre normalmente quando a homossexualidade do empregado é desvendada e alguns colegas de trabalho ou mesmo superiores hierárquicos demonstram que se incomodam com a presença de uma pessoa LGBTQIA+ no ambiente de trabalho, de modo que passam a atacar física e psicologicamente o empregado LGBTQIA+, a fim de que ele venha a solicitar a rescisão do seu contrato de trabalho (MEDEIROS, 2007).

Caso o empregado LGBTQIA+ se recuse a solicitar o seu desligamento, essas pessoas que se incomodam com a sua presença começam a criar situações ou motivos para que a empresa venha a demitir o empregado LGBTQIA+.

Após o desligamento do empregado, há casos em que o preconceito e a discriminação em desfavor do empregado LGBTQIA+ se sustentam, introduzindo-se, assim, a chamada fase pós-contrato (4ª fase), ou seja, a discriminação do trabalhador agora após a sua despedida.

Esse tipo de discriminação ocorre quando a empresa coloca o nome do seu ex-empregado LGBTQIA+ nas chamadas “listas discriminatórias” e, em sequência, divulga-as com informações distorcidas em relação ao comportamento profissional desse funcionário para outras empresas, a fim de que estas não venham a contratá-lo (MEDEIROS, 2007).

As “listas discriminatórias” são uma prática odiosa e abominável presente na sociedade e que afronta diversos direitos fundamentais dos empregados como o direito à honra, à dignidade humana, à intimidade e à imagem, pois, por meio delas, o trabalhador tem dificuldade de retornar ao mercado de trabalho, haja vista que as empresas buscam contratar alguém que represente o mínimo de risco possível ao empreendimento, de modo que as empresas que têm acesso a essas listas acabam optando por nomes de trabalhadores que não estejam inseridos nelas.

É salutar destacar que tais “listas discriminatórias” são também usualmente utilizadas para identificar os trabalhadores que tenham sido autores de reclamações trabalhistas ajuizadas em face de antigos empregadores ou que tenham figurado como testemunhas em processos trabalhistas.

De todo o contexto acima exposto, tem-se que o preconceito e a discriminação contra a diversidade sexual e de gênero violam direitos fundamentais de qualquer cidadão brasileiro, uma vez que as suas opções afetivas e sexuais não podem ser um critério para impedir que a pessoa venha a exercer alguma atividade laboral.

Segundo o que Nardi (2007, p. 72) discute, no momento em que pessoas, e neste artigo se chama a atenção para as pessoas LGBTQIA+, são impedidas de trabalhar “em razão de sua orientação sexual estamos diante de outra condenação, aquela que remete à morte, pois após a modernidade só o trabalho insere o sujeito na vida (digna) em sociedade”.

Ante esse quadro de ofensa aos direitos humanos fundamentais, a comunidade LGBTQIA+ vem pedindo ajuda ao Poder Judiciário brasileiro para, ao menos, assegurar o cumprimento dos fins e valores contidos no texto constitucional, assim como para efetivá-los na prática e, para isso, o Poder Judiciário teve que se valer da doutrina do ativismo judicial para justificar/motivar os seus julgamentos, doutrina que será analisada na seção a seguir.

4 – Ativismo judicial

A não efetividade dos direitos contidos na Constituição de 1988 impulsionou o Poder Judiciário a deixar de atuar como mero reproduzidor da lei, passando a interpretá-la em consonância com a Constituição do Estado, com a finalidade de dar maior alcance aos direitos constitucionais.

Como resultado dessa nova forma de interpretar e de decidir, constatou-se que nem sempre a lei compreende de forma expressa e taxativa toda e qualquer questão apresentada em juízo, compelindo o magistrado a interpretar a lei com base nos valores e princípios da Constituição para que, ao final, possa proferir uma decisão justa e adequada. Entram, portanto, em choque a omissão legislativa e a atuação do Judiciário em suprir tal omissão.

É sabido que nem todos os casos são passíveis de decisão com base em leis preexistentes ou em teorias hermenêuticas consolidadas e, por conseguinte, há situações em que inexistente norma específica para resolver determinado caso ou, então, o caso comporta mais de uma solução. A doutrina chama esses casos de *hard cases* ou *leading cases* (casos difíceis ou problemáticos).

A doutrina entende como *hard cases* ou *leading cases* quando acontece uma das seguintes situações: “i) dentro do ordenamento jurídico não se encontra norma aplicável para o caso; ii) há mais de uma norma aplicável ao caso *sub judice*; iii) quando a solução encontrada causa extrema estranheza aos costumes e à coletividade” (ESCOLA BRASILEIRA DE DIREITO, 2017, p. *online*).

Ante tais circunstâncias acima descritas e levando-se em conta o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o princípio da vedação ao *non liquet*, tem-se que o magistrado não pode se eximir de julgar, sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico; logo, vê-se obrigado a encontrar uma solução para resolver o caso concreto e, por vezes, vale-se da teoria do ativismo judicial para dar essa solução.

Ressalta-se ainda que o conceito de ativismo judicial tem a sua origem no controle de constitucionalidade difuso norte-americano, mais especificamente no caso *Marbury versus Madison* (1803)⁴, o qual foi o primeiro em que esse controle foi exercido sobre atos oriundos dos poderes políticos, evidenciando-se também a postura ativista da Suprema Corte norte-americana.

Barroso (2009), ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), define o ativismo judicial como uma atitude ou escolha de uma forma proativa e específica de interpretar a Constituição Federal de 1988, expandindo o seu sentido com o propósito de alcançar situações que normalmente não seriam abrangidas ou compreendidas na seara judicial por não ser, a princípio, a função de legislar uma competência do Poder Judiciário, mas devido à inércia do Poder Legislativo de não querer legislar sobre certos temas, o que faz com que certos direitos humanos não estejam, portanto, protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro e, por conseguinte, obriga, por assim dizer, ao Poder Judiciário a atuar para assegurar que tais direitos sejam resguardados e efetivados.

Portanto, a ideia de ativismo judicial “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2009, p. 14).

A esse respeito, Pontes e Teixeira (2013, p. [19]) apresentam o seguinte esclarecimento:

“O aparecimento do fenômeno ativista ocorreu devido a diversos fatores, entre eles, a expansão do Poder Judiciário, os amplos poderes de guardião constitucional atribuídos ao Supremo Tribunal Federal, o maior número de direitos fundamentais previstos nas novas Constituições, a existência de leis vagas e conceitos abertos na Lei Maior, além da retração dos demais Poderes Públicos.”

No Brasil, o ativismo jurídico é identificado, em regra, quando o STF julga, por meio do Controle de Constitucionalidade Abstrato – Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADECON), Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) – ou

4 Para mais detalhe sobre o caso *Marbury versus Madison*, cf. Continentino (2016).

do Controle de Constitucionalidade Difuso, os atos normativos elaborados pelo legislador ordinário, dando-lhes uma interpretação independente e diversa da leitura e compreensão que o legislador ordinário teve quando criou a lei (*lato sensu*). Outro exemplo de demonstração de ativismo judicial é quando o Poder Judiciário impõe uma obrigação de fazer ou uma obrigação de não fazer em relação às condutas e atuações dos outros Poderes (Legislativo e Executivo).

Assim, o ativismo judicial confere ao Poder Judiciário o poder de dar a palavra final para decidir inúmeros assuntos, sejam relacionados aos direitos fundamentais, sejam relacionados às políticas públicas.

De acordo com Madeira e Amorim (2013), William Marshall elenca sete espécies de ativismo, a saber:

“a) o ativismo contra-majoritário: marcado pela relutância em relação às decisões dos poderes diretamente eleitos; b) ativismo não originalista: caracterizado pelo não reconhecimento de qualquer originalismo na interpretação judicial, sendo as concepções mais estritas do texto legal e as considerações sobre intenção do legislador completamente abandonadas; c) ativismo de precedentes: o qual consiste na rejeição aos precedentes anteriormente estabelecidos; d) ativismo jurisdicional: marcado pela resistência das cortes em aceitar os limites legalmente estabelecidos para sua atuação; e) ativismo criativo: resultante da criação de novos direitos e teorias na doutrina constitucional; f) ativismo remediador: marcado pelo uso do poder judicial para impor atuações positivas dos outros poderes governamentais ou controlá-las como etapa de um corretivo judicialmente imposto; e g) ativismo partisan: o qual consiste no uso do poder judicial para atingir objetivos específicos de um determinado partido ou segmento social.”

O ativismo judicial recebe elogios e críticas constantes por parte da literatura jurídica nacional, sendo que os que são favoráveis a essa prática declaram que, para que o ativismo ocorra, fazem-se necessárias, de fato, a defesa e a efetivação dos direitos fundamentais.

Para Oliveira (2014), o ativismo judicial manifesta-se, em regra, em razão da inércia do Poder Executivo e Poder Judiciário de três formas: a primeira, em virtude da inexistência de norma infraconstitucional disciplinadora do direito que se almeja resguardar (hipótese mais comum); a segunda, em razão da inexistência de política pública adequada e capaz de efetivar na prática os programas e objetivos idealizados na Constituição Federal de 1988; e a terceira, que parte da compreensão de que existe, de fato, uma política pública sobre determinado assunto, contudo, esta política não se demonstra apta e eficiente na prática para assegurar o direito por ela visado, o que faz com que a parte prejudicada tenha que levar o caso ao Poder Judiciário.

Para essas situações, o ativismo judicial é visto de forma favorável, haja vista a relevância da atuação do Estado Juiz na figura do Poder Judiciário, que promove a realização e a implementação de direitos fundamentais estabelecidos na Carta Constitucional frente a uma situação concreta de privação, sendo, portanto, um importante meio jurídico para assegurar e garantir a aplicabilidade dos direitos humanos na sociedade.

Doutra banda, há juristas que são contra o ativismo judicial por entenderem que a atividade mais intensa do Judiciário não pode conduzir a situações incompatíveis e que estejam em desacordo com as funções típicas dos poderes do Estado, sob pena de se distorcer o conteúdo democrático da Constituição (SAMPAIO JÚNIOR, 2013 *apud* GUIMARÃES, 2014).

Outros juristas, a exemplo de Pontes e Teixeira (2013[?]), entendem que o ativismo judicial pode ser usado para favorecer as reivindicações de grupos de interesses minoritários que passaram a exercer maior influência política nos debates acerca das políticas públicas, inclusive dentro do STF, excluindo-se, desse modo, a participação do Poder Legislativo, do Poder Executivo e dos demais setores em torno do debate e, com isso, os julgados da Corte Suprema são utilizados como meio impeditivo às modificações futuras nas políticas públicas defendidas por esses grupos de interesses minoritários.

Seguindo essa linha de raciocínio, tem-se que as ADECON, ADI e ADPF vêm sendo usualmente utilizadas por sindicatos, associações, entidades de classe de âmbito nacional e partidos políticos com representação no Congresso Nacional como instrumentos de contestação de políticas, o que pode implicar em risco de favorecimento de determinados grupos de interesses pessoais ou opiniões políticas ou, então, o atendimento de reivindicações de grupos sociais específicos em detrimento da vontade da maioria da sociedade.

Por fim, discute-se a respeito do grau de intensidade com que o ativismo judicial se manifesta no ordenamento jurídico, sendo essencialmente três correntes doutrinárias: procedimentalista, substancialista e pragmatista.

A esse respeito, Moré (2013, p. 158) assim declara:

“O eixo procedimentalista tem em Garapon e Habermas os seus maiores expoentes. Defendem um Ativismo Judicial moderado e necessário apenas a garantir um núcleo mínimo de Direitos Fundamentais, sob pena de tornar a Sociedade impotente e dependente do Poder Judiciário. Garapon e Habermas apontam para a necessidade de mobilização dos grupos sociais e a conciliação de suas diferenças sem a interferência direta judicial. O eixo substancialista por sua vez, representado por Cappelletti e Dworkin, defende uma maior participação do Judiciário na Sociedade como forma de assegurar a efetivação máxima dos direitos constitucio-

nais negligenciados sobretudo pelos Poderes Legislativo e Executivo. Enquanto Cappelletti visualiza o Judiciário como o ‘terceiro gigante’ capaz de deter o avanço incontido dos demais Poderes; Dworkin cria a metáfora do ‘juiz Hércules’ que encontrará no equilíbrio dos princípios a resposta única e mais justa para os casos difíceis. Por fim, os pragmatistas representam a terceira corrente mais radical do Ativismo Judicial, e têm em Richard Posner o seu defensor mais ferrenho. Para Posner a solução mais justa de um caso concreto depende muitas vezes de fatores extrajurídicos voltados para o antifundacionalismo e para o consequencialismo, o que poderá levar a uma pernicioso discricionariedade fora dos limites do razoável.”

Dentre essas três correntes, tem-se que a corrente procedimentalista seria a mais apropriada e ponderada, haja vista que defende o uso de um ativismo judicial de uma forma moderada, do qual se deva valer apenas e tão somente em determinados momentos, em situações extraordinárias e sempre de forma excepcional em que os magistrados – conscientes dos limites das suas capacidades institucionais e desapegados de uma visão utópica e/ou salvadora do mundo – atuariam de modo atípico para resolver um problema a eles apresentado, mas sempre preservando uma postura de autocontenção judicial, a fim de evitar a substituição ou sobreposição dos outros poderes da república.

Reconhece-se a relevância das visões das correntes substancialista e pragmatista, contudo, a interferência do Poder Judiciário nas competências dos demais Poderes, em especial do Poder Legislativo, deve ser sempre evitada, até porque se pode compreender que, quando o Poder Legislativo se omite a querer debater sobre algum assunto, ele está, sim, exercendo o seu poder ao entender que tal matéria não está apta e madura para ser debatida no Congresso Nacional naquele momento e, portanto, não merece ser disciplinada.

Pensamento diverso seria dar ao Judiciário uma autoridade que vai de encontro com as diretrizes da tripartição do poder previsto na Constituição Federal de 1988, o que, por consequência, representaria o enfraquecimento do Poder Executivo e do Poder Legislativo no debate público.

Esses seriam, em síntese, os elogios e críticas relacionadas ao ativismo judicial, lembrando-se de que o ativismo judicial hoje já é um instrumento jurídico amplamente utilizado por diversos tribunais no país como uma maneira de tentar resolver problemas que, a princípio, não são deveres e obrigações do Poder Judiciário de resolvê-los, mas, devido à inércia do Poder Executivo e, principalmente, do Poder Legislativo, cunhou-se essa figura do ativismo judicial como forma utilizada para preencher o que muitos doutrinadores e a mídia chamam de “vácuo do poder”, a partir da força vinculante das decisões das Cortes, dando maior amplitude e alcance às normas constitucionais.

5 – Ativismo judicial em favor das pautas da comunidade LGBTQIA+ na seara do Direito do Trabalho

A inclusão de pessoas LGBTQIA+ no mercado de trabalho é assunto de extrema relevância na sociedade brasileira, o qual demonstra a necessidade de adequação de empregados e empregadores no combate ao preconceito e à discriminação no ambiente de trabalho, até porque a própria Constituição Federal de 1988 estipula no seu art. 3º como um dos objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, independentemente da origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (ALVARES; OLIVEIRA; GOMES, 2022).

É importante ressaltar que, nas searas civil e penal, inúmeras conquistas foram obtidas pela comunidade LGBTQIA+ por meio do ativismo judicial, como por exemplo o reconhecimento de união estável homoafetiva (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ), o casamento civil homoafetivo (REsp 1.183.378/RS e Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ) e a inclusão da transfobia e homofobia como crime de racismo (ADO nº 26).

Essas decisões representam um significativo avanço social para a população LGBTQIA+, já que essas pessoas começaram a ver e a sentir que as suas garantias fundamentais, que outrora eram mitigadas, passaram a ser reconhecidas, asseguradas e respeitadas.

Entretanto, quando se volta a atenção ao ativismo judicial, envolvendo pautas da comunidade LGBTQIA+ na seara do Direito do Trabalho, verifica-se que são raríssimos os julgados do Poder Judiciário, em especial dos Tribunais trabalhistas, em prol da comunidade LGBTQIA+ quando se trata do assunto empregados LGBTQIA+ no mercado de trabalho.

Nota-se que, na seara do Direito do Trabalho, existem casos de ativismo judicial, no entanto, estes são mais voltados para “a limitação a (*sic*) garantia de emprego da gestante, a definição da base de cálculo do adicional de insalubridade, terceirização de serviços e o reconhecimento do direito de greve aos servidores públicos civis” (PARIZI, 2017).

Ampliando-se essa discussão, por exemplo, o tema discriminação, decorrente do fato de o empregado ser portador do vírus HIV ou de outra doença grave, está sedimentado na Súmula nº 443, que foi criada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e estipula a presunção discriminatória da dispensa de empregado quando este é portador de doença grave.

Essa súmula é tida pela doutrina como um caso de ativismo judicial implementado pelo TST na seara do Direito do Trabalho, haja vista que a referida súmula defende um direito constitucional do trabalhador ao estipular como discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de

outra doença considerada séria, suscitando, assim, uma presunção de que o empregado foi demitido em razão de discriminação ou preconceito decorrente de doença, cabendo ao empregador demonstrar causa plausível à dispensa para não ser considerada uma dispensa discriminatória.

Sem sombra de dúvidas, ao editar a Súmula nº 443, o TST desempenhou uma postura ativista, criando uma nova forma de estabilidade no emprego com base em princípios constitucionais, e o fez fundamentando a sua decisão nos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

A título de conhecimento, explicita-se que a Confederação Nacional da Indústria (CNI) ajuizou no STF a ADPF nº 648, com o intuito de tornar nulas ou inválidas as decisões da Justiça do Trabalho que vinham aplicando a diversos tipos de doenças o entendimento fixado pelo TST na Súmula nº 443, tendo os ministros do STF rejeitado essa ADPF no plenário virtual no dia 18 de junho de 2021 por entenderem que a ADPF não era o instrumento jurídico cabível e, portanto, a parte autora se valera de uma via inadequada para questionar os julgados da Justiça do Trabalho embasados na Súmula nº 443 do TST. A parte que discutir esse tema deverá se valer das vias ordinárias recursais previstas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e, subsidiariamente, no Código de Processo Civil (CPC) de 2015, caso queira reformular as decisões da Justiça do Trabalho que vem aplicando de forma “supostamente” indiscriminada a Súmula nº 443 do TST (STF Afirma..., 2021).

Assim, não há dúvidas de que o ativismo judicial está presente na seara do Direito do Trabalho, entretanto, quando se trata de julgados a favor da comunidade LGBTQIA+ no mercado de trabalho com o emprego do ativismo judicial, estes tendem a ser ínfimos e não possuem qualquer repercussão na mídia e na doutrina trabalhista.

Essa ausência de ativismo judicial na seara no Direito do Trabalho produz danos à saúde mental e social dessa população, que sente que o Poder Judiciário trabalhista não se importa com os problemas que essas pessoas passam dia a dia no ambiente de trabalho.

De acordo com Alvares, Oliveira e Gomes (2022), a discriminação em relação às pessoas LGBTQIA+ no ambiente de trabalho ocorre: a) no momento da contratação, haja vista que, mesmo sendo candidatos qualificados, tais pessoas são excluídas das oportunidades em virtude da sua opção sexual; b) no ambiente do trabalho, por meio do assédio moral que tem como objetivo desabonar o(a) empregado(a), humilhá-lo(a) ou colocá-lo(a) em situações desagradáveis que afetem o seu psicológico, instigado pelo seu chefe e/ou pelos colegas de trabalho; c) na ausência de equiparação salarial com outros trabalhadores do mesmo setor que exercem as mesmas atividades e possuem a mesma perfeição técnica, mas que, em virtude da discriminação por parte do(a)

empregador(a), por vezes, não são reconhecidos e, por consequência, ganham remunerações inferiores em comparações com os demais funcionários ou não são recomendados à ascensão profissional no quadro da empresa.

Por fim, é notável registrar que há, sim, decisões proferidas por juízos trabalhistas em favor de empregado LGBTQIA+, a exemplo do acórdão da Oitava Turma do TST, que manteve a condenação da empresa Sendas Distribuidora S.A., em Natal (RN), a uma indenização no valor de R\$ 30 mil (trinta mil reais), em favor de operador de caixa que foi discriminado em razão da sua orientação sexual, o qual foi vítima de *bullying*, cometido pelos demais colegas de trabalho que, nos seis meses em que ficou no emprego, era chamado de “voz fina”, “gay” e “viadinho” (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2019).

Doutra banda, observa-se que a Justiça do Trabalho não se preocupou até o presente momento em editar uma súmula ou, então, uma orientação jurisprudencial direcionada aos empregados LGBTQIA+, protegendo-os de uma dispensa discriminatória em virtude da sua orientação sexual e/ou explicitando que *bullying* em razão da orientação sexual de empregado deva implicar condenação da empresa a uma indenização em favor da vítima, decorrente da omissão da empresa em não querer combater essa prática.

É evidente, portanto, que existe certa inércia por parte da Justiça do Trabalho em não querer resolver ou, ao menos, amenizar essa situação vivida pelos empregados pertencentes à comunidade LGBTQIA+ no dia a dia no ambiente de trabalho.

Não se está defendendo que o Poder Judiciário trabalhista ou qualquer outro ramo do Poder Judiciário venha a assumir o papel e espaço do Poder Legislativo, contudo, enquanto o Poder Legislativo continuar a fechar os olhos para a realidade que acontece aos empregados LGBTQIA+, caberá ao Poder Judiciário tentar assegurar os direitos fundamentais das pessoas pertencentes à comunidade LGBTQIA+ no ambiente de trabalho.

6 – Conclusões

É indubitável que a população LGBTQIA+ ainda se encontre socialmente marginalizada, sendo a principal vítima da inércia legislativa, posto que certos direitos constitucionais fundamentais inerentes a todo e qualquer ser humano, como, por exemplo, o direito de se casar com alguém do mesmo sexo, não estão até os dias atuais previstos e assegurados de forma expressa em nenhuma lei do ordenamento jurídico brasileiro, sendo admitido o seu exercício em razão do julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (REsp 1.183.378/RS) e da Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Sabe-se também que a discriminação contra a diversidade sexual possui raízes profundas, que estão fixadas na formação social da história da humanidade, uma vez que condutas criminais, como as homofóbicas e transfóbicas, marcadas pela extrema violência, ainda se perpetuam por todo o mundo, nas variadas sociedades e, em muitos países, não são previstas como crime.

No Brasil, resta evidente que existe uma inércia por parte do Poder Legislativo em não querer criar leis em favor do grupo LGBTQIA+, de modo que o Poder Judiciário passou a ocupar o espaço e o papel do Poder Legislativo, defendendo e garantindo os direitos fundamentais mínimos da população LGBTQIA+.

Nesse contexto, o ativismo judicial tornou-se um instrumento importante para atender às causas sociais, principalmente as que versam sobre diversidade sexual. Se um caso concreto chega ao Judiciário, a este compete solucioná-lo, e não havendo previsão legal específica e adequada, não pode o magistrado se negar a decidir, devendo valer-se dos valores e princípios constitucionais para suprir a lacuna legislativa e proporcionar ao jurisdicionado uma solução à demanda que lhe foi proposta.

Negar-se a julgar a lide, este, sim, seria um retrocesso a toda a evolução do Constitucionalismo. Denota-se, portanto, que julgamentos que reconheceram a união estável homoafetiva, o casamento homoafetivo e a criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas representam um significativo avanço para a população LGBTQIA+, já que essas pessoas viam diariamente as suas garantias constitucionais fundamentais sendo mitigadas.

Contudo, quando se volta a atenção ao ativismo judicial, envolvendo pautas da comunidade LGBTQIA+ na seara do Direito do Trabalho, constata-se que a atuação do Poder Judiciário é ínfima e não possui qualquer repercussão na imprensa e no direito.

Essa ausência de ativismo judicial na seara no Direito do Trabalho em favor da comunidade LGBTQIA+ produz danos à saúde mental e social dessa população, que sente que até o Poder Judiciário não se importa com os problemas que essas pessoas passam dia a dia no ambiente de trabalho.

Como visto, observa-se, por exemplo, que a Justiça do Trabalho não se preocupou até o presente momento em editar uma súmula ou, então, uma orientação jurisprudencial direcionada aos empregados LGBTQIA+, protegendo-os de uma dispensa discriminatória em virtude da sua orientação sexual e/ou explicitando que *bullying* em razão da orientação sexual de empregado deva implicar condenação da empresa a uma indenização em favor da vítima, decorrente da omissão da empresa em não querer combater essa prática.

É evidente, portanto, que existe certa inércia, agora, por parte da Justiça do Trabalho em não querer resolver ou, ao menos, amenizar essa situação vivida pelos empregados pertencentes à comunidade LGBTQIA+ no dia a dia no ambiente de trabalho.

Por fim, é importante deixar registrado que o Poder Legislativo deve voltar a assumir o seu papel e espaço e passar a se preocupar em criar aparatos legais em defesa e proteção de toda a sociedade brasileira, indiferentemente de raça, cor, gênero, opção sexual. Contudo, enquanto o Poder Legislativo permanecer em sua inércia, caberá ao Poder Judiciário agir em prol de assegurar os direitos fundamentais da comunidade LGBTQIA+.

7 – Referências bibliográficas

ALVARES, Alonso Santos; OLIVEIRA, Flávia Santana de; GOMES, Tassiane Stephanie Gazquez. Sobre os direitos da comunidade LGBTQIA+ no ambiente de trabalho. *Migalhas*, [S.l.], 19 jul. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/370008/sobre-os-direitos-da-comunidade-lgbtqia-no-ambiente-de-trabalho>. Acesso em: 28 maio 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://suffragium.tre-ce.jus.br/suffragium/versoaimpressa> ou: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 27 maio 2023.

BELLONI, Luiza. 61% dos LGBTs do país escondem sua orientação no trabalho. *Exame*, Guia do Cidadão, São Paulo, 4 fev. 2016. Disponível em: <https://exame.com/brasil/61-dos-lgbt-brasileiros-escondem-sua-orientacao-no-trabalho/>. Acesso em: 28 maio 2023.

BORTOLETTO, Guilherme Engelman. *LGBTQIA+ : identidade e alteridade na comunidade*. 2019. Especialização (Gestão de Produção Cultural) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. *DJe/CNJ nº 89*, Brasília, p. 2, 15 maio 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 27 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). REsp: 1183378/RS 2010/0036663-8. DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOA-FETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA AQUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ EDA ADI N. 4.277/DF. (...). Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 25 out. 2011. *DJe*, Brasília, 1 fev. 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/interior-teor-21285515>. Acesso em: 27 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). ADI 4.277/DF. 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE IN-

CONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. (...). Relator: Ayres Britto: 5 de maio de 2011. *DJe*, Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df>. Acesso em: 27 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) (...). Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. *DJe*, Brasília, 6 out. 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/939911266/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-ado-26-df-9996923-642013100000>. Acesso em: 27 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). ADPF 132/RJ. 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. (...). Relator: Min. Ayres Britto: 5 de maio de 2011. *DJe*, Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>. Acesso em: 27 maio 2023.

CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do *judicial review*: o mito de Marbury. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 53 n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. Disponível em: https://redib.org/Record/oai_articulo2515113-historia-do-judicial-review-o-mito-de-marbury ou: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p115. Acesso em: 27 maio 2023.

DIAS, Maria Berenice. Um novo direito: direito homoafetivo. *Maria Berenice [Website]*, Porto Alegre – RS, 20 out. 2009. Disponível em: <https://berenicedias.com.br/um-novo-direito-direito-homoafetivo/?print=print>. Acesso em: 27 maio 2023.

ESCOLA BRASILEIRA DE DIREITO. Afinal, o que são *hard cases*? Veja importantes considerações sobre os ditos “casos difíceis”. Escola Brasileira de Direito. *Jusbrasil*, Salvador, 2017. Disponível em: <https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/420456379/afinal-o-que-sao-hard-cases>. Acesso em: 27 maio 2023.

FACCHINI, Regina; FRANÇA, Isadora Lins. De cores e matizes: sujeitos, conexões e desafios no Movimento LGBT brasileiro. *Sexualidad, Salud y Sociedad, Revista Latinoamericana*, Rio de Janeiro – RJ, n. 3, p. 54-81, 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludySociedad/article/view/41>. Acesso em: 27 maio 2023.

FERREIRA, Vinicius; SACRAMENTO, Igor. Movimento LGBT no Brasil: violências, memórias e lutas. *Reciis, Rev Eletron Comun Inf Inov Saúde*, Instituto de Comunicação e Informação Cien-

tífica e Tecnológica em Saúde, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 13, n. 2, p. 234-239, abr./jun. 2019. Dossiê 40 anos do movimento LGBT no Brasil: comunicação, saúde e direitos humanos. Disponível em: <https://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/1826>. Acesso em: 10 mar. 2023.

FUNDO BRASIL. As dificuldades enfrentadas pelas pessoas LGBTQIA+. *Fundo Brasil [de Direitos Humanos]*, [S.l.], 2023. Disponível em: <https://www.fundobrasil.org.br/blog/as-dificuldades-enfrentadas-pelas-pessoas-lgbtqia/>. Acesso em: 27 maio 2023.

G1 SÃO PAULO. 1 em cada 5 empresas não contrataria homossexuais, diz estudo. *G1*, São Paulo, 13 maio 2015. Disponível em: <https://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2015/05/1-em-cada-5-empresas-nao-contrataria-homossexuais-diz-estudo.html>. Acesso em: 27 maio 2023.

GONÇALVES, Vinícius Viana; STOLZ, Sheila. *Perspectivas Sociais*, Pelotas, v. 7, n. 1, p. 102-128, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/percsoc/article/view/20479>. Acesso em: 27 maio 2023.

GUIMARÃES, Aline Alves. Ativismo judicial: autoritarismo ou mecanismo para a concretude dos direitos constitucionais? *Revista do Curso de Direito do UNIFOR*, Formiga, v. 5, n. 1, p. 44-54, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://periodicos.uniformg.edu.br:21011/ojs/index.php/cursodireitouniformg/article/view/240>. Acesso em: 27 maio 2023.

LIMA JÚNIOR, Ivanildo Alves de. *Guia de inclusão das pessoas LGBTQIA+*. 2020. 19 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Educação Profissional e Tecnológica) – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Pernambuco, Olinda – PE, 2020. Disponível em: <https://educapes.capes.gov.br/handle/capes/597276?mode=full>. Acesso em: 27 maio 2023.

MADEIRA, Daniel Leão Hitzschky; AMORIM, Rosendo Freitas de. O ativismo judicial. Instrumento de concretização de direitos ou ingerência no princípio da separação dos poderes? ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 22, 29 maio a 1 jun. 2013, Centro Universitário Curitiba, Curitiba – PR. *Anais (...)*. Florianópolis: CONPEDI, 2013. Tema: 25 anos da Constituição Cidadã: os atores sociais e a concretização sustentável dos objetivos da República. p. 376-393. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=93> ou: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=20d039f53b4a6786>. Acesso em: 10 mar. 2023.

MEDEIROS, M. O trabalhador homossexual, o direito a (*sic*) identidade sexual e a não discriminação no trabalho. In: POCAHY, Fernando (org.). *Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Nuances, 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/2393403/Rompendo_o_sil%C3%Aancio_homofobia_e_heterossexismo. Acesso em: 27 maio 2023.

MENEZES, Moisés Santos de; OLIVEIRA, Antônio Carlos de; NASCIMENTO, Ana Paula Leite. *LGBT e mercado de trabalho: uma trajetória de preconceitos e discriminações*. [GT 07. Múltiplos Corpos, Múltiplos Gêneros: Saúde, Esporte e Mundo do Trabalho da I Conferência Internacional de Estudos QUEER (CONQUEER), organizada por Alfrancio Ferreira Dias *et al.*]. Campina Grande: Realize, 2018. p. 419-430. *E-book*. Disponível em: <https://www.editorarealize.com.br/index.php/artigo/visualizar/40228>. Acesso em: 27 maio 2023.

MORÉ, João Batista da Cunha Ocampo. *Ativismo judicial e a efetivação dos direitos constitucionais no Brasil*. 2013. 173 f. Dissertação (Mestrado em Fundamentos do Direito Positivo) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2013. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/handle/repositorio/2009>. Acesso em: 28 maio 2023.

NARDI, Henrique Caetano. Nas tramas do humano: a sexualidade interdita o trabalho. In: POCAHY, Fernando (org.). *Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Nuances, 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/2393403/Rompendo_o_sil%C3%Aancio_homofobia_e_heterossexismo. Acesso em: 27 maio 2023.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; DUTRA, Renata Queiroz. Direitos trabalhistas como direitos LGBTI+: uma leitura queer dos retrocessos sociolaborais no STF. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 1289-1318, 2022. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/44416>. Acesso em: 27 maio 2023.

OLDIVERSITY. Impactos da longevidade e diversidade para marcas e negócios. 2. ed. *Croma Group*, São Paulo, out. 2020. Disponível em: https://www.estadao.com.br/blogs/blog/wp-content/uploads/sites/189/2021/01/oldiversity2020_200120213327.pdf. Acesso em: 27 maio 2023.

OLIVEIRA, Carolina Belasquem de. As normas constitucionais de eficácia limitada e a posição concretista geral intermediária. ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 23, 30 abr. a 2 maio 2014, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. *Anais (...)*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Tema: (Re) Pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos paradigmas. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=201>. Acesso em: 27 maio 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. ONU, Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 27 maio 2023.

PARIZI, Kelly Aparecida. Ativismo judicial na Justiça do Trabalho. Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito, 1., 2017, Centro Universitário Eurípides de Marília, São Paulo. *Anais (...)*. São Paulo: Univem, 2017. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/index.php/1simplioconst/article/view/1209/553>. Acesso em: 28 maio 2023.

PEREIRA, Déreck Kássio Ferreira. *Avaliações subjetivas de universitários recifenses acerca da realização de artigo definido feminino diante de antropônimo masculino no português brasileiro*. 2021. 170 f; il. Tese (Doutorado em Letras) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/43330>. Acesso em: 27 maio 2023.

PONTES, Juliana de Brito Giovanetti; TEIXEIRA, João Paulo Allain. A crise do direito legislado e o ativismo judicial como modelo de efetividade constitucional: entre promessas e riscos. In: CONPEDI (ed.). *Teoria do Estado e da Constituição*. Florianópolis: FUNJAB; CONPEDI; UNINOVE, 2013[?], p. 99-124. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=52f4691a4de70b3c>. Acesso em: 27 maio 2023.

SÃO PAULO CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. *Mundo do trabalho e direitos das pessoas LGBT*: resistir para existir. São Paulo: CUT São Paulo; Secretaria Estadual de Políticas Sociais, 2019. Disponível em: <https://sp.cut.org.br/acao/download/f008c46a6f041421f15959585ce44132>. Acesso em: 27 maio 2023.

SIGNIFICADO da sigla LGBTQIA+. *Fundo Brasil de Direitos Humanos*, [S.l.], 2022. Disponível em: <https://www.fundobrasil.org.br/blog/o-que-significa-a-sigla-lgbtqia/>. Acesso em: 27 maio 2023.

SILVA, Renan Antônio da; FERRAZ, Renato Ribeiro Nogueira. Um estudo sobre a inclusão dos LGBTTTT no mercado de trabalho. *Cadernos de Gênero e Tecnologia*, Curitiba, v. 13, n. 42, p. 33-44, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.utfrpr.edu.br/cgt/article/view/10813>. Acesso em: 27 maio 2023.

STF afirma não caber ADPF para decisões sobre dispensa discriminatória. *Amatra 1*, Notícias, Rio de Janeiro – RJ, 21 jun. 2021. Disponível em: <https://www.amatra1.org.br/noticias/?stf-afirma-nao-caber-adpf-para-decisoes-sobre-dispensa-discriminatoria>. Acesso em: 28 maio 2023.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Distribuidora não consegue reduzir valor de condenação por homofobia. *Notícias do TST*, Brasília, 29 out. 2019. Disponível em: <https://www.>

tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/distribuidora-nao-consegue-reduzir-valor-de-condenacao-por-homofobia/pop_up. Acesso em: 28 maio 2023.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula nº 443 do TST: Presume-se discriminação 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. Res. 185/2012. *DEJT*, 25-27 set. 2012. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html. Acesso em: 28 maio 2023.

Recebido em: 29/5/2023

Aprovado em: 14/6/2023

Como citar este artigo:

ALBUQUERQUE, Domingos Gustavo Xavier de; TEIXEIRA, Sergio Torres. Ativismo judicial e direitos LGBTQIA+ no Direito do Trabalho: como o ativismo judicial vem auxiliando na concretização dos direitos do movimento LGBTQIA+ no mercado de trabalho? *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, vol. 89, nº 2, p. 239-260, abr./jun. 2023.