

DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: MUDANÇA DE PARADIGMA

Leda Maria Messias da Silva*

Alisson Silva Rosa**

SUMÁRIO: *Introdução; 2 A Natureza Reprodutiva; 3 Do Preconceito; 4 Do Desrespeito aos não Heterossexuais; 5 Dos Direitos da Personalidade; 6 Do Ambiente de Trabalho; 7 Da Responsabilidade pela Discriminação; 8 Da Discriminação Explícita ou Velada: Mudança de Paradigma; 9 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: O ser humano faz parte da natureza, sendo uma das espécies de animais dentre outras tantas. A natureza tem como uma das suas grandes regras para a perpetuação a reprodução, sendo que esta se dá, entre os animais e vegetais pela mistura do material genético, de forma sexuada. Assim, a regra da natureza é a heterossexualidade, ou seja, a mistura do material genético entre machos e fêmeas; todavia, o ser humano, mais do que um ser sexuado, é um ser dotado de afetividade e sentimento, elementos que culturalmente são necessários para que haja o desenvolvimento desta sexualidade. Alguns animais não desenvolvem esta atração pelo sexo oposto, possuindo uma orientação contrária à regra da heterossexualidade, fato este que independe da sua vontade e que não o faz inferior ou superior a qualquer outro animal, ou, no caso do ser humano, não o faz melhor ou pior que ninguém. A liberdade sexual vivida nos tempos de hoje inclui o reconhecimento público de comportamentos homossexuais, porém este reconhecimento traz consigo o preconceito, fruto de anos de proibição e perseguição. O Direito não pode permitir que este preconceito fira o direito da personalidade em qualquer ambiente social, especialmente no ambiente de trabalho, ambiente onde se passa a maior parte da vida, que abrange desde o processo seletivo até após a cessação do contrato de trabalho, razão pela qual toda relação de emprego deve ser pautada em critérios objetivos para que não haja qualquer tipo de discriminação, sob pena de ter que indenizar o discriminado. Todavia, as relações comerciais estão cada vez mais intensas e isso leva a uma concorrência cada dia mais acirrada, o que exige que os tomadores

* Pós-doutora em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-Portugal, Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais, Subárea de Direito do Trabalho, pela Pontifícia Universidade Católica - PUCSP; Docente da Graduação e do Mestrado em Ciências Jurídicas no Centro Universitário UniCesumar; Docente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá - UEM; Membro da Sociedade Brasileira de Bioética; sendo desta última, ex-membro da Diretoria, no Estado Paraná; Ex-Docente da Universidade Cândido Mendes, no Rio de Janeiro; Pertenceu, ainda, por cerca de oito anos, ao Comitê Permanente de Ética em Pesquisa em Seres Humanos da UNICESUMAR (COPEC); E-mail: lemead@uol.com.br

** Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina - UEL; Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas em Direito da Personalidade no Centro Universitário UniCesumar; Docente do curso de graduação em Direito; Advogado.

de serviço contratem profissionais cada vez mais qualificados e que produzam mais. Isso deveria ser independente da orientação sexual, porém, não raras vezes, em razão da cultura arraigada na sociedade, faz com que, por ocasião de sua admissão ou mesmo no curso do seu contrato de trabalho, haja uma análise da sua orientação sexual, sob o argumento velado de que é desfavorável ao empreendimento. Sabe-se que, para determinadas funções, como, por exemplo, laborar numa sauna feminina, a escolha do sexo é por questões objetivas; no entanto, para a maioria das funções o sexo deve ser indiferente. Assim, é aceitável considerar o argumento de que haveria uma colisão de princípios constitucionais, quando em razão de uma eventual cultura de discriminação da clientela que o empregador atende, opta por esse ou aquele profissional, considerando sua orientação sexual? Ao longo deste artigo, discorre-se sobre essas questões, propondo o enfrentamento dessa questão e uma mudança de paradigma, pois a dignidade da pessoa humana, com orientação sexual diversa ou não, deve prevalecer diante dos interesses do capital, pois o empregador e suas relações faz parte da sociedade e, para que a sociedade mude, é necessário que se mude o comportamento dos integrantes desta.

PALAVRAS-CHAVE: Homossexualidade; Ambiente de Trabalho Digno; Mudança de Paradigma

DISCRIMINATION BECAUSE OF SEXUAL ORIENTATION AT WORK: PARADIGM CHANGES

ABSTRACT: The human being is not merely a child of nature but also one among many species of animals in existence. Reproduction, the great rule for the perpetuation of the species, occurs among animals and plants through the sexual mixture of genetic material. Heterosexuality, the mixture of genetic material between males and females, is nature's norm. However, humans are not merely sexed beings but they are also endowed with affection and feelings which are culturally required for the development of sexuality. Some animals do not develop attraction for the opposite sex, featuring trends contrary to heterosexuality. Since this fact occurs regardless of their will, no inferiority or superiority to other animals is extant. In the human case, this type of orientation does not make the person better or worse. The sexual freedom currently experienced comprises the public acknowledgement of homosexual behavior although it also favors bias caused by years of persecution and prohibition. The Law does not allow that this right jeopardizes the person's rights in any social environment, especially the work milieu. The latter, through which people pass most of their lives, ranges from the selection process to the cessation of the

labor contract. In fact, labor relationships should be based on objective criteria so that discrimination would be shunned. Compensation to the discriminated person is mandatory when the rule is not complied with. However, commercial relationships and competition are so intense that entrepreneurs have to contract professionals with the best qualifications and results. The latter should not be dependent on people's sexual orientation as frequently occurs due to an imbedded culture. An analysis of the person's sexual orientation is often conducted during admission tests under the guise that homosexuals are not apt for the job. In the case of certain jobs, such as working in a sauna for females, the gender of the worker is an objective choice. However, in most jobs sexual orientation is a neutral item. Is it permissible to argue that there is a conflict of constitutional principles when, due to the eventual culture in client discrimination, the employer chooses professionals characterized by their specific sexual orientation? Current research deals with the above issues and proposes a change in the paradigm. The dignity of the person, with a different sexual orientation or not, should be predominant and above the interests of capital. Employers and their relationships are part and parcel of society and their behavior should change so that alterations in society could occur too.

KEY WORDS: Homosexuality; Work Milieu With Dignity; Alterations in Paradigms.

DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL AMBIENTE DE TRABAJO: CAMBIO DE PARADIGMA

RESUMEN: El ser humano hace parte de la naturaleza, siendo una de las especies de animales entre tantas otras. La naturaleza tiene como una de sus grandes reglas para la perpetuación la reproducción, siendo que esta se da, entre animales y vegetales por la mezcla de material genético, de forma sexuada. Así, la regla de la naturaleza es la heterosexualidad, o sea, la mezcla de material genético entre machos y hembras; sin embargo; el ser humano, más que un ser sexuado, es un ser dotado de afecto y sentimiento, elementos que culturalmente son necesarios para que haya el desarrollo de esta sexualidad. Algunos animales no desarrollan esta atracción por el sexo opuesto, poseyendo una orientación contraria a la regla de la heterosexualidad, hecho este que independe de su voluntad y que no lo hace inferior a nadie. La libertad sexual vivida en los tiempos actuales incluye el reconocimiento público de comportamientos homosexuales, pero este reconocimiento trae consigo el prejuicio, fruto de años de prohibición y persecución. El Derecho no puede permitir que este prejuicio hiera el derecho de la personalidad en cualquier ambiente social, especialmente en el entorno laboral, ambiente donde se pasa gran parte de la vida, que cubre desde el proceso selectivo hasta el cierre del contrato de trabajo, razón

por la cual toda la relación de empleo debe ser pautada en criterios objetivos para que no haya cualquier tipo de prejuicio, bajo la pena de indemnizar al que sufrió discriminación. Sin embargo, las relaciones comerciales están cada vez más intensas y eso lleva a una concurrencia cada día más calificados y que produzcan más. Eso debería ser independiente de la orientación sexual, pero, no raras veces, en razón de la cultura arraigada en la sociedad, hace con que, por ocasión de su admisión o mismo en el curso de su contrato de trabajo, ocurra un análisis de su orientación sexual, bajo el argumento velado de que es desfavorable al emprendimiento. Se sabe que, para determinadas funciones, como, por ejemplo, laborar en una sauna femenina, la elección del sexo es por cuestiones objetivas, sin embargo, para gran parte de las funciones, el sexo debe ser indiferente. Así, ¿es aceptable considerar el argumento de que habría un choque de principios constitucionales, cuando en razón de una eventual cultura de discriminación de la clientela que el empleador atiende, opta por ese o aquel profesional, considerando su opción sexual? A lo largo de ese artículo, se discurre sobre tales cuestiones, proponiendo el enfrentamiento de esa cuestión y un cambio de paradigma, pues la dignidad de la persona humana, con orientación sexual diversa o no, debe prevalecer delante de los intereses del capital, pues el empleador y sus relaciones hace parte de la sociedad y, para que la sociedad cambie, se hace necesario que se cambie el comportamiento de los integrantes de esta.

PALABRAS-CLAVE: Homosexualidad; Entorno Laboral Digno; Cambio de Paradigma.

INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade buscam proteger o indivíduo das violações ao seu “eu”, da sua imagem, das suas características, proteger os seus pensamentos.

A sexualidade sempre foi um tema muito fértil, pois somos seres sexuados por natureza, porém, este tema era pouco explorado na área do Direito devido aos preconceitos, a invasão da intimidade, os tabus, mistificações e principalmente porque falar de sexualidade é falar de sentimento, desejo e subjetividades a que o Direito sempre esteve alheio, deixando que outras ciências, como a psicologia, a sociologia ou a medicina cuidassem do comportamento sexual.

Com a liberdade sexual vivida a partir das décadas de 60 e 70, a perda de influência da Igreja e com as pessoas assumindo cada vez mais suas orientações sexuais diferentes da heterossexualidade, a busca de igualdade garantida constitucionalmente, a proteção ao direito da personalidade das pessoas que

possuem orientação sexual diferente da heterossexual, que sempre existiram, mas eram postas à margem da sociedade em decorrência do preconceito histórico, obriga o Direito a rever seus direcionamentos para acolher essas pessoas e punir qualquer forma de preconceito, em especial nas relações de trabalho.

Assim como todos nós somos dotados de sexualidade, somos parte de uma relação de emprego ou trabalho, cabe ao Direito do Trabalho proteger a todos envolvidos nesta relação, tentando promover um saudável ambiente de trabalho, sem qualquer tipo de preconceito, seja pela sua raça, opção religiosa, cor da pele, origem ou orientação sexual, onde se respeita a personalidade do empregado, a sua dignidade de pessoa humana e o empregador possa obter do seu empregado o melhor rendimento possível, fato este que independe da orientação sexual do trabalhador.

Esse respeito vai da pré-contratação até após a demissão do empregado, sendo que em momento algum pode haver desrespeito ao direito da personalidade do trabalhador, em especial quanto à sua orientação sexual, razão pela qual, toda a relação do pré ao pós-contrato deve ser pautada em critérios objetivos.

Todavia, a livre iniciativa, princípio da atividade econômica, e a busca pelo lucro, embora elemento essencial para a existência da empresa, não podem justificar a discriminação, fazendo com que o empregador, ao definir o perfil dos seus colaboradores, atenda ao perfil dos seus clientes, nesse sentido, discriminador, deixando de lado a dignidade da pessoa humana.

Em algumas atividades comerciais, é notório que a orientação sexual do colaborador é indiferente e noutras percebe-se que é dada grande importância, seja pela identificação do vendedor com o cliente, seja pelas fortes questões históricas que impedem que se consuma de forma satisfatória caso a pessoa que lhe ofereça o produto tenha orientação sexual diferente da heterossexual; porém, tal atitude não pode legitimar o preconceito. Apenas com mudanças de atitudes e paradigmas, a sociedade mudará, como já mudou em relação a tantas outras questões.

Cabe ao direito aparar estas arestas, para que se combata qualquer tipo de preconceito e não se fique refém de uma minoria no ambiente de trabalho, preservando todos os princípios que regem as relações de trabalho e a livre iniciativa não será com isso maculada, conforme se demonstrará, pois só assim o País poderá crescer cada vez mais e se alcançar a justiça social.

Os métodos utilizados no decorrer desta pesquisa foram o dedutivo e o indutivo. Aquele se revela na pesquisa teórica, bibliográfica e este na análise prática,

extraída da observação deste comportamento junto à sociedade de trabalho em nosso País, haja vista os poucos trabalhadores como travestis, homossexuais e outros, revelados em certos ambientes de trabalho, principalmente, quando a sua condição é exteriorizada. É necessário garantir a dignidade e a igualdade de oportunidade a estes trabalhadores, o que somente será possível com essa mudança de paradigma que é a proposta deste trabalho.

2 A NATUREZA REPRODUTIVA

É processo natural de todo ser vivo, animal ou vegetal, nascer, crescer, reproduzir, envelhecer e morrer. Para realizar esta reprodução, os seres vivos, com raras exceções, pelas próprias leis da natureza perpetuam as suas espécies se dividindo em macho e fêmea, com órgãos específicos para o fim reprodutivo, próprios de cada espécie.

No caso dos animais, esta compleição física, como características sexuais primárias, combinado com os fatores hormonais, leva a comportamentos chamados instintivos.

Dentro desta visão naturalista, biológica e reprodutiva, os denominados macho e fêmea misturam seus materiais genéticos pela copulação e, no caso dos vegetais, pela força do vento, colaboração dos insetos ou por qualquer outro meio que a natureza tenha encontrado para fazer acontecer a perpetuação das espécies.

O ser humano, por fazer parte desta mesma natureza, para atender esta exigência natural da reprodução e perpetuação da espécie, igualmente possui as características sexuais primárias, ou seja, as necessárias para a reprodução e as secundárias, as que auxiliam nesta reprodução, seja como elemento atrativo e fruto do desenvolvimento hormonal.

Todo esse sistema sexual, se assim pudermos compará-lo com os outros sistemas do corpo humano, como o sistema respiratório ou o sistema circulatório, faz parte de um corpo, onde, mais do que os outros sistemas, além das questões físico-biológicas, é composto de fatores psicológicos que têm que estar em consonância com toda a estrutura física deste corpo, ou seja, o comportamento sexual existente no cérebro e no desejo do indivíduo tem que estar em consonância com a estrutura sexual do corpo.

O ser humano, para a manutenção da sua espécie, também se utiliza da relação sexual, todavia é um ser dotado de inteligência, o que o exclui da necessidade do ciclo do cio, existente nos animais irracionais para realizar a copulação e procriação.

Esta inteligência faz com que o ser humano vincule a sua copulação a afetividade, na verdade esta mais importante do que a própria copulação e, muitas vezes, está desvinculada daquela.

Todavia, esta engrenagem sexual, composta pela constituição física, seja interna ou externa, e hormonal, vem envolta, no caso do ser humano, pelas questões afetivas e culturais, onde se incluem religião, educação, informação, tradição e demais fatores externos, que proíbem um comportamento apenas instintivo do ser humano, ou seja, o que efetivamente o diferencia dos demais animais ditos irracionais. Não há dúvidas de que a sexualidade é muito mais que o ato carnal; é sentimento, afeição, carícia, prazer, sensualidade, cumplicidade.

No dizer que Jonas Alves da Silva Júnior:¹

Isto que dizer que a sexualidade deve ser compreendida como uma dimensão do relacionamento humano, como a práxis da vida com prazer, ao debatê-la não se deve abarcar apenas o ato sexual, ou abordá-la somente como sinônimo deste. Para Xavier Filha (2000), deve-se associá-la com os sentimentos, trocas, manifestações e relações afetivas entre indivíduos sexuados.

(...)

Sexualidade, então, não se restringe ao aspecto genital e à reprodução, envolve a dimensão do prazer, da subjetividade e da intersubjetividade. Está inserida no social e na cultura, da qual a dimensão de gênero deve ser levada com consideração.

Este conjunto de fatores compõe a estrutura do ser humano, pois somos formados e buscamos o equilíbrio entre o corpo, mente e o espírito.

Contrariando este fim reprodutivo, que podemos chamar de “natural”, e mantendo esta sexualidade e o ato sexual, algumas pessoas não têm atração sexual por pessoa do sexo oposto e, em alguns casos, por nenhuma outra pessoa, sem que isso o faça melhor ou pior entre os da sua espécie. Este comportamento não é um privilégio do ser humano, pois é visto nas demais espécies do reino animal.

1 SILVA JÚNIOR, Jonas Alves. Uma explosão de cores: sexualidade, gênero e diversidade. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). **Minorias sexuais: direitos e preconceitos**. Brasília: Consulex, 2012. p. 11-27.

3 DO PRECONCEITO

O ser humano sempre teve sérios problemas com o novo, com aquilo que lhe é diferente, que conflita com suas ideias preconcebidas, o que, em muitas ocasiões, leva-o à intolerância, à aversão, ou seja, ao preconceito.

Este espírito de poder e dominação sempre gerou o preconceito, ou seja, este desrespeito por ser diferente foi sofrido por muitos anos pelo estrangeiro, pela mulher, que foi relegada à coisa, a incapacidade de votar, de ter escolhas próprias entre outras, de ter prazer, pelo negro e pelo índio, que sofreram a escravidão, foram considerados desalmados e até hoje sofrem várias formas de preconceito, pelo deficiente físico ou mental, que até em muitas ocasiões são vistos como inválidos e um peso para a sociedade e para a própria família.

Infelizmente ainda existe o espírito machista e as rotulações, mas, com a mulher conquistando o seu espaço, sem qualquer diferença para com o homem e mostrando a sua plena capacidade de desenvolver qualquer atividade que até pouco tempo era restrita aos homens, tanto quanto as habilidades físicas como intelectuais, administrativas e políticas, preservando, é claro, as diferenças que lhe são naturais, que vão muito além do físico, a mulher vai deixando de ser tratada como objeto ou como pessoa incapaz, e até mesmo que não tem direito de satisfazer-se sexualmente ou em qualquer outra área de sua vida, e passa a ter voz e vez.

E a recíproca é verdadeira, o homem passa a desenvolver tarefas que há pouco tempo atrás eram ditas como exclusivamente femininas, sem que isso lhe faça menos homem ou fira a sua masculinidade. E assim, quando as pessoas conseguem se pôr no lugar do outro, vê-se que grande parte das opiniões são frutos do preconceito, resultantes da falta de convívio e da capacidade de sair dos seus conceitos, do seu universo, enxergar além das aparências e se colocar no lugar do outro.

O preconceito contra mulheres, negros, índios e deficientes, apesar de ainda existir, já não faz frente ao preconceito sofrido pelas pessoas que têm orientação sexual diversa da heterossexualidade. Este preconceito, como qualquer outro, deve ser combatido, pois afronta o direito da personalidade da pessoa, uma vez que a Constituição Federal, quando prevê, no inciso V do art. 1º, como fundamento da República o pluralismo político, não restringe ao pluralismo político partidário, mas alberga, de forma harmônica todos os interesses contraditórios e das diversas

ideologias, servindo de fundamento às diversas liberdades (informação, religião etc.),² ou como no dizer de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, na obra *Curso de Direito Constitucional*:³ “Assim, a pluralidade de ideologias e de partidos indica a solidificação de instituições, como a opinião pública livre e outras fundamentais à preservação da democracia.”

Esta pluralidade vem acompanhada do Direito Fundamental da Liberdade, prevista no caput do art. 5º da Constituição Federal, onde todos têm o direito à liberdade, inclusive sexual, de viverem como bem entendem, desde que esta liberdade, é claro, não fira o direito dos demais concidadãos e os demais preceitos fundamentais.

Esta liberdade não pode ser restrita à vivência da heterossexualidade, pois, se assim for, desprestaríamos a garantia fundamental da igualdade, no dizer de Paulo Bonavides:⁴

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.

De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social.

Esta igualdade, liberdade e respeito ao direito da personalidade, ou seja, da pessoa ser aquilo que ela é, ou quer ser, sem que isso fira o direito de outrem, sem ser obrigada a viver da forma que a sociedade impõe e com isso tolher os seus dons, suas habilidades, seus sonhos, impedir que ela se desenvolva e possa ser feliz, devendo ser respeitada por todos e pelo Estado, passa obrigatoriamente para liberdade de se viver a orientação sexual.

Essa quebra de preconceitos, de prejulgamentos, acontece, pois a ignorância vai sendo desvelada na medida que as pessoas vão descobrindo nas outras que elas não são o que aparentam ser; são muito mais que órgãos genitais, do que a cor da pele, do que a raça, capacidade cognitiva, capacidade motora ou orientação sexual,

2 CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36.

3 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.124.

4 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 376.

pois, como disse a raposa para o Pequeno Príncipe, “É muito simples: só se vê bem com o coração. O essencial é invisível aos olhos.”⁵ E quando se descobre além das aparências, vê-se que não há motivos para preconceitos.

4 DO DESRESPEITO AOS NÃO HETEROSSEXUAIS

É notório que a sociedade sempre foi heteronormativa, ou seja, a sociedade é composta, na sua grande maioria, por pessoas de orientação heterossexual, ou seja, por pessoas que têm atração afetiva/sexual por pessoa do sexo oposto.

Porém, nem todas as pessoas possuem este comportamento, esta orientação. Não cabe aqui discutir a origem desta orientação ou desta atração e, sim, ter o respeito e saber que as pessoas não escolhem não ser heterossexuais.

Estas orientações se diversificam em homossexuais, que podem ser os *gays*, ou seja, os homens que têm atração afetiva/sexual por outro homem; as lésbicas, que são as mulheres que têm atração afetiva/sexual por outra mulher; os bissexuais, ou seja, as pessoas que têm atração afetiva/sexual por pessoa do mesmo sexo e por pessoa do sexo oposto; os travestis, que são as pessoas que se vestem e têm comportamento como pessoas do sexo oposto, sendo que entre eles existem travestis que sentem atração afetivo/sexual por pessoa do mesmo sexo ou por pessoa do sexo oposto ou até mesmo por ambos; e os transexuais, que são as pessoas, que, além da atração, não se identificam com o próprio corpo e fazem mudança física em seus corpos. São os chamados LGBTT.

Esta atração por pessoa do mesmo sexo é um comportamento excepcional, que sempre existiu e, devido a esta excepcionalidade, em alguns momentos da história foi combatida com mais violência ou não.

Não é fácil, hoje, romper com uma cultura secular. Não só muitas religiões posicionam-se contra tal comportamento, como outras filosofias também têm posicionamento contrário à orientação não heterossexual, posicionamento este, que, em alguns segmentos, muitas vezes pode chegar a ser intolerante e radical.

Esse não reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo e a necessidade da procriação advinda desta união, como prevê o Cânon 1055, §1º,

5 EXUPÉRY, Antoine de Saint. *O pequeno príncipe*. Tradução Dom Marcos. 48. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2001.

do Código de Direito Canônico⁶, torna inconcebível o casamento entre pessoas do mesmo sexo para a Igreja Católica, por exemplo.

No Brasil, desde o descobrimento, os não heterossexuais não só são discriminados, como vistos como doentes e tratados como criminosos merecedores das mais cruéis penas. Luiz Mott, extraíndo da obra *Doações e forais das capitânicas do Brasil. 1534-1536*, de Maria José Teixeira Chorão, publicada em Lisboa, pelo Arquivo Nacional da Torre do Tombo, 1999, em artigo intitulado *Raízes persistentes da homofobia no Brasil*,⁷ assim leciona: “desde os primórdios de nossa história, com a criação das Capitânicas Hereditárias (1534), outorgou-se aos Capitães Mores o poder extraordinário de condenar à morte os ‘sodomitas’ sem necessidade de consulta e confirmação real”.

Continua o autor do artigo:

A partir da fundação do Tribunal do Santo Ofício da Inquisição Portuguesa (1536), o amor entre pessoas do mesmo sexo tornou-se crime punível com morte na fogueira, passando a homossexualidade a ser equiparada aos crimes de lesa majestade e traição nacional.

(...)

Três tribunais puniam os homoeróticos: a Santa Inquisição, a Justiça Real e o Bispado. A partir de 1591, com a 1ª Visitação do Santo Ofício à Bahia e Pernambuco, até 1769, quando da última Visitação ao Grão-Pará, 283 colonos portugueses e brasileiros, brancos e mestiços em sua maior parte, foram denunciados à Inquisição, inculcados no ‘mau pecado’.

(...)

Ao todo a Inquisição prendeu e processou 34 sodomitas do Brasil e malgrado nenhum destes réus ter sido efetivamente queimado na fogueira, mas punidos com degredo, galés perpétuas, sequestro de bens e açoites, registraram-se aqui, quando menos, duas execuções de ‘sodomitas’ no período colonial: 1613, em São Luís do Maranhão, os missionários capuchinhos condenaram à morte um índio Tupinambá, publicamente infamado e reconhecido como *tibira* (sodomita paciente): foi amarrado na boa de um canhão, sendo seu corpo estraçalhado com o estourar do morteiro, ‘para purificar a terra de suas maldades’. Em 1678, um segundo mártir homossexual é executado, agora na Capitania de Sergipe: um jovem escravo negro, ‘foi morto de açoites por seu senhor por ter cometido o pecado de sodomia’.

(...)⁸

6 Cân. 1055-§1º. O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio de toda a vida, por sua índole natural ordenado ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, entre batizados foi por Cristo Senhor elevado à dignidade de sacramento. (SANTA SÉ. *Código de Direito Canônico*, 25 de janeiro de 1983).

7 MOTT, Luiz. *Raízes persistentes da homofobia no Brasil*. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*. Brasília: Consulex, 2012. p. 164-182.

8 MOTT, op. cit., 2012.

Extraindo do seu próprio artigo Homossexuais da Bahia: Dicionário Biográfico, Luiz Mott, no artigo Raízes persistentes da homofobia no Brasil, assim expõe:

Nos meados do século XVII, em Salvador, os mais velhos ensinam a um jovem baiano de 16 anos 'que não aceitasse coisa alguma de um violeiro *fachono* Luiz Delgado, porque era sodomítico', recebendo o adolescente muitas pancadas por ter mantido conversação com o mesmo. Outro mancebo de 17 anos, ao saber que o dito violeiro era homossexual, 'não quis mais falar com ele, nem tirou-lhe o chapéu. Outro caso: um menino de 11 anos, sabedor da má fama do tal *gay*, apões ter sido convidado pelo mesmo para se encontrarem numa área despovoada, 'seu pai lhe dera uma faca para trazer consigo, dizendo-lhe que se acaso Luiz Delgado tornasse a falar em semelhantes cousas, lhe desse com a faca'. É de fato, este homossexual, assim como outros registrados nos manuscritos inquisitoriais, trazia em seu corpo várias cicatrizes desferidas como castigo à sua homossexualidade. Digna de nota foi a observação feita por um morador da Bahia, percebendo já no século XVII o que apenas recentes pesquisas sociológicas rurais mais isoladas, do que nos centros urbanos mais heterogêneos. Disse tal informante que ouviu murmúrios em Salvador de que o citado Luiz Delgado era *fachono* 'e muito mais pelo sertão, donde então morava, que o dito violeiro era sodomítico, pois lá no sertão se fala muito mais largamente nesta matéria que aqui na cidade, tanto em galhofas e zombaria de passa-tempo, como fora dela'. O sertão, terra de cabra macho, reduto da homofobia mais violenta: em 1683, outro sodomita notório, o escravo Jerônimo, já beirando os setenta anos, levou uma facada na testa, ferindo-lhe um olho, e outros negros o tinham ferido e maltratado, dando-lhe uma bordoadá com espalhada – nos limites da Bahia com Sergipe, que 'os moradores costumavam desempulhar-se com falar no Jerônimo e outros diziam: guarda-te do Jerônimo do Morato.'

(...)

'Data de 1885 a referência mais antiga, até agora encontrada, relativamente ao assassinato de um homossexual em nosso país: 'Cândido S., português, 26 anos, viúvo, comerciante, morador no 1º andar da Rua da Candelária nº 38, no Rio de Janeiro, vivia com seu caxeiro Albérico, 22 anos, a quem sustentava e protegia. No dia 15 de abril de 1885, enquanto calçava sua botina, Albérico desfechou diversas marteladas na cabeça do pederasta Cândido, acabando de matá-lo com um braço de prensa de fumo. O assassino foi condenado a galés perpétuas e depois reduzida a pena para 30 anos de prisão com trabalho'. Um triste episódio da violência doméstica homossexual onde a vulnerabilidade social do 'pederasta' certamente pesou na execução do homicídio.

(...)

Só em 1821 é abolida a Inquisição Portuguesa e em 1823, por influência modernizante do Código de Napoleão, a sodomia deixou de ser crime também no Brasil.⁹

Além destes relatos que demonstram que desde o descobrimento do Brasil há um combate contra a homossexualidade e qualquer outra forma de orientação sexual que não a heterossexual, as Ordenações Filipinas, que foram promulgadas pelo Rei de Portugal Filipe I, que, apesar de sancionada em 1595, só entrou em vigor em 1603, e vigeram em nosso país até 1830 e em seu Livro V tinha um título próprio, o Título XIII, para tratar das pessoas que cometiam o pecado de sodomia e com alimárias, possuía a seguinte redação:

Qualquer pessoa, de qualquer qualidade que seja, que pecado de sodomia por qualquer maneira cometer, seja queimado e feito por fogo em pó, pra que nunca de seu corpo e sepultura haver memória, e todos os 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 Majesta.

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 dito nos homens.

Outrossim, qualquer homem e mulher, que carnalmente tiver juntamente com alguma alimária, seja queimado e feito em pó. Porém, por tal condenação não ficarão seus filhos, nem descendentes neste caso inabilitados, nem infames, nem lhes fará prejuízo algum acerca da sucessão, nem os outros, que por direito seus bens deva herdar.

Infelizmente, após quase 300 anos de criminalização de um comportamento e mais 200 anos sem criminalização legal, mas social, hoje, apesar das previsões constitucionais e legais de igualdade e não preconceito, ainda há muito preconceito na sociedade contra os comportamentos não heterossexuais, arraigado na cultura e religiosidade da população, combinado com a falta de conhecimento das verdadeiras razões da orientação homossexual. Deve-se lembrar que, além da crença de que o comportamento homossexual é fruto de doença, há também a crença de que o comportamento é fruto de vontade da pessoa, muitos ainda tratando de “semvergonhice”.

Todavia, a forte carga histórica de preconceito e combate ao homossexualismo não justifica qualquer comportamento homofóbico nos dias atuais; o que não pode ser confundido é a discordância da cor do cabelo, da pele, das convicções religiosas, time que torce, roupas que veste, raça ou qualquer outro motivo, especialmente quanto à orientação sexual de alguém, com o desrespeito ou preconceito a estes comportamentos ou principalmente às pessoas que se comportam de forma que contrarie as opiniões pessoais de cada um, que, muitas vezes, baseia-se

apenas no “achismo” ou numa cultura totalmente ultrapassada, preconceituosa e discriminatória.

5 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Hoje, mais do que nunca, são as lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBTT), que tentam se livrar das garras do preconceito, que sempre causa dor ao discriminado, o faz vítima da violência física e, em algumas situações, o leva ao suicídio.

O preconceito aos LGBTT é uma afronta à liberdade sexual. Esta liberdade é um direito da personalidade, sendo este um direito inerente à pessoa, pois, como leciona Adriano de Cupis,¹⁰ sem respeito ao direito da personalidade é como se a pessoa não existisse:

Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados “direitos da personalidade”, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade. Que a denominação de direitos da personalidade seja reservada aos direitos essenciais justifica-se plenamente pela razão de que eles constituem a medula da personalidade.

Sendo o direito da personalidade inerente à própria pessoa, deve por essa razão ser protegido pelo direito, como muito bem doutrinado por Fernanda Borghetti Cantali:¹¹

A tutela da personalidade deve ser a mais ampla e variada possível, eis que esta elasticidade é a única forma e se garantir proteção diante dos inúmeros aspectos em que a personalidade humana se manifesta. Nessa medida, estende-se a tutela da personalidade para atingir toda e qualquer situação jurídica em que esteja envolvido algum direito da personalidade, situações estas que envolvem apenas dever de proteção, mas também faculdades e poderes, tutelando também o direito de exercício.

10 CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

11 CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Esta proteção à personalidade pelo Estado é fundamental, pois a personalidade está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, como também exposto por Fernanda Cantali:¹²

A personalidade é indissolúvelmente ligada à dignidade, é valor fundante de toda a ordem jurídica. Entendida como valor, está na base de uma infinidade de situações jurídicas subjetivas que refletem a exigência de tutela na forma mais ampla e variada possível. Esta elasticidade de tutela que a personalidade exige é fundamental porque é o instrumento necessário para que seja possível garantir proteção também em situações atípicas.

A sexualidade é algo intimamente ligado à pessoa, fazendo parte de sua natureza e essência, ou seja, não proteger este seu direito é não respeitar a sua personalidade, é não lhe conceder o direito à dignidade como pessoa humana, como se observa no voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ayres Britto, quanto ao que foi chamado de reconhecimento da união homoafetiva,¹³ que sabiamente disse:

A preferência sexual se põe como direta emancipação do princípio da dignidade da pessoa humana (...). Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.

No mesmo julgamento, a Ministra Carmem Lúcia também mostra a abrangência da dignidade: “para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem”.

Desta forma, temos que a liberdade sexual é um direito da personalidade ligado à dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual o direito não pode medir esforços para protegê-lo.

6 DO AMBIENTE DE TRABALHO

Assim como a sexualidade está vinculada diretamente a todo ser humano, a grande maioria também está envolta com alguma relação de trabalho, seja ela na

¹² Ibidem, 2009.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277-DF e ADPF 132-RJ. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. DJ. 05/05/2011.

condição de empregado ou empregador, fazendo que os dois temas andem juntos, algumas vezes de forma harmoniosa e outras nem tanto.

A Constituição Federal, quando prevê que todos têm direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, abrange o Meio Ambiente do Trabalho, meio ambiente este que, segundo a Recomendação 193 da Organização Internacional do Trabalho, deve ser decente, ou seja, digno.

Leda Maria Messias da Silva,¹⁴ citando Raimundo Simão Melo, na obra “Direito Ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, perda de uma chance”, 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 24., explica que quando a Constituição garante o meio ambiente ecologicamente equilibrado, no art. 225, abrange o Meio Ambiente do Trabalho:

O meio ambiente natural diz respeito ao solo, à água, ao ar, à flora e à fauna; o artificial, ao espaço urbano construído; o cultural, à formação e cultura de um povo, atingindo a pessoa humana de forma indireta. O meio ambiente do trabalho, diferentemente, está relacionado de forma direta e imediata com o ser humano trabalhador no seu dia-a-dia, na atividade laboral que exerce em proveito de outrem.

A mesma autora, juntamente com Livia Maria Bressani de Oliveira, assim define o ambiente de trabalho:¹⁵

Meio ambiente de trabalho é um conjunto de fatores, sendo que físico, quando se envolve a saúde do trabalhador e as condições em que está subordinado a trabalhar; psicológico, quando envolve todo tipo de assédio e sofrimentos psíquicos vivenciados pelo trabalhador, e como estes influenciam em sua qualidade de vida. Assim, o ambiente de trabalho está diretamente envolvido com os direitos da personalidade, pois estes garantem a efetiva proteção à dignidade do indivíduo, como um valor inerente à essência do ser humano.

Segundo Marllon Beraldo:¹⁶

Sendo assim, o meio de trabalho deve ser um ambiente colocado a favor dos direitos da personalidade do empregado, isto é, o ambiente de trabalho não pode atentar contra o direito à integridade

14 SILVA, Leda Maria Messias da. O Cumprimento da função social do contrato no tocante ao meio ambiente do trabalho. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15, 2006, Manaus. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/leda_maria_messias_da_silva.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

15 SILVA, Leda Maria Messias da; OLIVEIRA, Livia Maria Bressani de. **A diversidade sexual no ambiente de trabalho e os direitos de personalidade.** *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 12, n. 1, p. 283-310, jan./jun. 2012.

16 BERALDO, Marllon. **Assédio moral e sua criminalização.** São Paulo: LTr, 2012. p. 51.

física, psíquica e moral do trabalhador; o ambiente de trabalho é um local onde o bem-estar daqueles que o utilizam deve prevalecer.

Desta forma, o ambiente de trabalho não pode ser local de qualquer tipo de preconceito, de discriminação ao trabalhador quanto à sua orientação sexual, ou qualquer outro tipo de discriminação que seja.

Esta discriminação pode começar na fase de contratação do trabalhador. Quando se consegue relacionar a pessoa com o currículo apresentado, efetuar pesquisas nas redes sociais, caso essa pessoa tenha estereótipos que demonstrem seu comportamento sexual diverso do heterossexual, se o contratante for preconceituoso e não analisar o currículo do candidato, pelo simples fato do preconceito pré-existente, é ato discriminatório, passível de indenização, todavia, que dificilmente será provado.

Esta discriminação também se estende às fases da entrevista ou dos demais atos de seleção, ou seja, na medida que vai conhecendo o candidato e se descobre a sua homossexualidade, o preconceito pode ser fator determinante para a sua exclusão do processo seletivo e muitas vezes prevalecendo sobre o principal fator de um processo seletivo, qual seja, a aptidão para a função e a capacidade produtiva do candidato.

Como traz Vanessa Karam de Chueiri Sanches:¹⁷

Não existe qualquer prova ou fundamento que justifique a atitude discriminatória destes empregadores, na medida em que a orientação sexual de cada indivíduo não guarda qualquer relação com a sua produtividade e sua capacidade intelectual. Da mesma forma que os heterossexuais, os homossexuais têm totais condições para desenvolver suas atividades com competência e sucesso. Inexiste, 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.

No decorrer do contrato de trabalho, deve -se pautar pelo profissionalismo, impessoalidades e por uma relação objetiva, pois sendo a empresa uma pessoa jurídica que tem o objetivo de obter lucro, qualquer ato que não tenha o fim de obtê-lo, dentro da ética, legalidade e responsabilidade, é ato desvirtuado da finalidade da empresa.

¹⁷ SANCHES, Vanessa Karam de Chueiri. **Discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

Qualquer ato praticado no ambiente de trabalho, seja na relação horizontal ou na vertical, ou mesmo a omissão quanto à prática de atos discriminatórios, é uma ofensa aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana. Esta ofensa gera a lesão ao discriminado, lesão esta que pode ser de âmbito material ou imaterial. Não existe hoje qualquer dúvida quanto à responsabilidade do causador do dano em reparar o dano causado ao ofendido, seja dano material ou moral.

A discriminação pode ocorrer ainda no decorrer do contrato de trabalho, às vezes não diretamente em decorrência da homofobia. Mas, por algum desentendimento ou discordância próprios da relação de emprego ou trabalho, pode desencadear em quem detêm o poder diretivo uma “perseguição” ao subordinado, alimentada pelo preconceito até então velado, podendo ocorrer no sentido contrário, em razão da homofobia pré-existente: o superior hierárquico “persegue” seu subordinado sob o pretexto da capacidade técnica.

A autora Vanessa K. C. Sanches¹⁸ continua dizendo:

O primeiro grande fator que facilita a discriminação em razão da orientação sexual, principalmente quando o contrato de trabalho já se formou, é o poder de mando e gestão que o empregador exerce em face do empregado. Esta relação de subordinação, típica a qualquer relação de emprego, desperta no empregador a ideia de que ele tem controle total sob a pessoa do empregado, inclusive em questões de cunho pessoal, completamente estranhas a esta relação contratual.

É de longa data a luta contra a discriminação no contrato de trabalho, tanto que em 1958 a Organização Internacional do Trabalho (OIT)¹⁹ promulgou a Convenção nº 111, com vigência a partir de 15 de junho de 1960, e ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965, que tem a seguinte redação:

Art. 1º. Para os fins da presente Convenção, 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 tratamento em matéria de emprego ou profissão;

A discriminação, seja contra as mulheres ou contra os de orientação sexual diversa da heterossexualidade, depois de 40 anos da vigência da Convenção 111 da

¹⁸ Idem

¹⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. **Convenção n. 111.** Discriminação em matéria de emprego e ocupação. 1960

OIT, persiste e ainda é necessária a edição de leis proibindo atos discriminatórios, como fez a Comunidade Europeia, pelo seu Conselho da Comunidade Europeia, da Diretiva nº 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na sua atividade profissional:

Art. 1º. A presente diretiva tem por objeto estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação 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, com vista a pôr em prática nos Estados Membros o princípio da igualdade de tratamento.²⁰

No momento da seleção para uma futura relação de trabalho ou emprego tem que ser levado em conta a capacidade do trabalhador em desenvolver suas tarefas de forma que atenda aos fins do empregador, independentemente da orientação sexual do candidato, sempre respeitando os demais princípios que regem a relação de emprego.

Sabe-se que a postura e equilíbrio emocional do empregado são de suma importância para o desenvolvimento de suas tarefas, pois a relação interpessoal no ambiente de trabalho é fundamental para o desenvolvimento do mesmo, da mesma forma quando em sua função tem que se relacionar com o público, ou seja, com os clientes da empresa. Assim é a atitude profissional da pessoa do trabalhador que vai determinar a sua aptidão para a função que exerce.

Essa postura e equilíbrio, nas relações com os colegas de trabalho e com o público em geral, independem da orientação sexual do trabalhador, fazendo parte de sua personalidade, e é esta que vai definir a sua aptidão ou não para o desenvolvimento das suas tarefas laborais.

Em contrapartida, para o bom ambiente de trabalho também é necessário que o empregador promova o respeito e a profissionalização do tratamento dispensado a todos os empregados, independentemente das suas orientações sexuais, sejam eles heterossexuais ou não, pois entre quaisquer profissionais, o ambiente de respeito é fundamental para o sucesso da empresa e para o adequado meio ambiente de trabalho.

Este respeito ao meio ambiente do trabalho também abrange o respeito ao nome daqueles que querem ser chamados por nome diferente do nome constante

²⁰ Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional. *Jornal Oficial*, n. L 303 de 02/12/2000, p. 0016-0022.

no registro de nascimento, os chamados nomes sociais, caso mais próprio aos travestis e aos transexuais que ainda não fizeram a mudança civil dos seus gêneros; abrange o respeito à intimidade quanto à utilização de banheiros, à anotação no livro de registro de empregados dos companheiros ou cônjuges do mesmo sexo, entre outras adequações necessárias ao respeito da personalidade do funcionário.

Todavia, a relação de trabalho e emprego, muitas vezes chega ao fim e, como previsto no inciso I do art. 7º da Constituição Federal,²¹ neste término da relação de emprego, o empregado deve ser protegido contra a despedida arbitrária, considerada esta, a que se dá por discriminação.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos:

Esta proteção abrange a demissão por discriminação por causa da orientação sexual do empregado, o que enseja, em caso de comprovação por parte do demitido, condenação à indenização por ofensa à moral e ao direito da personalidade do empregado discriminado.

Esta condenação pode ser pela justa causa imputada ao empregador, no caso de rescisão indireta, quando alegado pelo empregado que houve atos discriminatórios dos seus superiores, de colegas ou do empregador, em razão da sua orientação sexual e isso fundada na alínea “e” do art. 483 da CLT,²² situação também que dependerá de prova do empregado.

Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e da boa fama.

Para que, no caso de rescisão do contrato de trabalho promovida pelo empregador ou no caso de rescisão indireta, o empregador não seja condenado por demissão injusta e preconceituosa, é necessário que durante toda a relação de trabalho e/ou emprego mantenha o maior profissionalismo possível, utilizando sempre de critérios objetivos de avaliação e acompanhamento de desempenho, para

21 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988.

22 BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943

que consiga justificar ao empregado quando da demissão, ou fazer contraprova em juízo, se necessário for, que a demissão não foi discriminatória ou que inexistiu qualquer motivo que levasse à rescisão indireta do contrato de trabalho.

A relação entre empregador e empregado produz efeitos, até mesmo após o seu término, pois, mesmo após a rescisão do contrato de trabalho, cabe às partes não gerar nenhum dano ao outro, no caso em estudo, não deverá o empregador praticar qualquer ato que desabone o empregado, especificamente quanto à sua orientação sexual.

Tais critérios objetivos, que vão da fase pré-contratual, passam pela relação de emprego, atingem a demissão e permanecem até a fase pós-contratual, permitem que não haja afronta aos direitos da personalidade do demitido, bem como ofensa à sua moral ou qualquer ato discriminatório por parte do empregador, pois, caso isso aconteça, pelas razões demonstradas o trabalhador fará jus a indenização de cunho material e imaterial.

7 DA RESPONSABILIDADE PELA DISCRIMINAÇÃO

A violação aos direitos da personalidade tem proteção garantida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, inciso este que assegura a quem teve violado seus direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem ser ressarcido, indenizado pelo ofensor.

A previsão constitucional de indenização a quem causar dano material ou moral à imagem de outrem dá amparo à previsão do Código Civil de reparação de danos, previstas nos artigos 186²³ e 927²⁴. Esta responsabilidade tem como fundamento o princípio romano *alterum non laedere/neminem laedere* –, ou seja, “a outro não prejudicar/a ninguém ofender”.

Segundo a doutrina de Rui Stoco²⁵ “pode-se dizer que a responsabilidade civil traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar – *neminem laedere* – implícito ou expresso na lei”.

23 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

24 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

25 STOCO, Rui, **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.120.

Quando da prática de ofensa, seja ela pelo uso de verbalizações, agressões físicas ou atos discriminatórios a uma pessoa em decorrência da sua orientação sexual, o ofensor deve ser condenado a indenizar pelo ato praticado, pois é presumido o dano causado à moral da pessoa, pois se trata de um *danuum in re ipsa*, ou seja, dano decorrente da própria coisa, ainda mais quando esta ofensa vem combinada com ato discriminatório.

A proteção à dignidade do trabalhador, já prevista na Constituição Federal e no Código Civil, tem garantia expressa também na Lei 9.029, de 13/04/1995, que, em seu art. 4º, com redação dada pela Lei 12.228 de 20/07/2010, prevê que quem for demitido por ato discriminatório tem o direito à indenização por dano moral, além de facultar ao trabalhador a readmissão com ressarcimento integral de todo o período do afastamento, devidamente acrescida de juros legais e correção monetária ou a percepção em dobro da remuneração do período afastado.

Citada lei robustece o dever de indenizar pela prática de qualquer ato discriminatório decorrente da orientação sexual do trabalhador.

A responsabilidade do empregador é objetiva, quanto a terceiros, como o seu preposto que pratica a discriminação, a qual deverá ser provada quando da propositura da ação de reparação de danos na Justiça do Trabalho (art. 114, inciso VI, da Constituição Federal²⁶) por parte do empregado que se acha discriminado.

Dessa forma temos que qualquer ato discriminatório em decorrência da orientação sexual do trabalhador, seja antes da relação de emprego existir, durante ou após o seu término, uma vez cabalmente comprovada pelo trabalhador a prática do ato discriminatório, por força do inciso III do art. 932 do Código Civil²⁷, deverá o empregador indenizar o discriminado pelos danos materiais e/ou morais sofridos, cabendo ação regressiva contra o agente que praticou tal ato, no caso da relação de emprego, seja de forma horizontal ou vertical, ou o próprio empregador (art.930 do CCB).

8 DA DISCRIMINAÇÃO EXPLÍCITA OU VELADA: MUDANÇA DE PARADIGMA

Certo é que se reprova qualquer ato discriminatório, mas algumas escolhas não são determinadas pelo preconceito e podem também ter azo em questões

²⁶ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar. VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.

²⁷ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

objetivas, como, por exemplo, a contratação de um homem para certas atividades que deve ser suportado uma quantidade de peso superior à permitida pela lei às mulheres, em face de sua formação física. Há outras, no entanto, que são explícitas, como aquelas que deixam referências da recusa do emprego. E, por último, temos algumas que são veladas, conduzidas pelo preconceito arraigado na sociedade e que o empregador teme admitir o empregado e ter a rejeição pelo seu público alvo, na busca incessante pelo lucro. Apenas aquela escolha fundada em questões objetivas tem razão de ser, pois a dignidade da pessoa humana está acima de qualquer outra forma de discriminação.

O inciso IV do art. 170 da Constituição Federal prevê como princípio geral da atividade econômica a livre concorrência.

Zulmar Fachin²⁸ transcreve Luís Roberto Barroso, que assim leciona:

O princípio da livre concorrência, corolário direto da liberdade de iniciativa, expressa a opção pela economia de mercado. Nele se contém a crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviços e preço justo.

Kildare Gonçalves Carvalho,²⁹ por sua vez, ao comentar sobre a ordem econômica e financeira, afirma:

A opção do texto constitucional, embora não o diga expressamente, é pelo capitalismo e a apropriação privada dos meios de produção, com alguns preceitos apontando para uma socialização, sem, contudo, comprometer a essência do sistema.

Esta garantia da livre iniciativa na ordem econômica brasileira leva a empresa, que, na definição de Fábio Ulhoa Coelho,³⁰ “é a pessoa jurídica de direito privado não estatal, que explora empresarialmente seu objeto social ou a forma de sociedade de ações,” como corolário de suas atividades, a aumentar as suas vendas. Para que isso aconteça, é necessário que se busquem os seus clientes e, para que se atinjam os seus clientes, utilizam-se de todas as técnicas de marketing e técnicas de vendas necessárias.

28 FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 587, apud BARROSO, Luís Roberto. Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. In: FACHIN, Zulmar. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. II, p. 58.

29 CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional. Teoria do estado e da constituição. Direito constitucional positivo**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 1234.

30 COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 111.

Para isso é necessário que todo o seu quadro de funcionários seja composto de pessoas mais profissionais e competentes possíveis, da faxineira até o diretor da empresa; contudo, os funcionários que têm contato direto com os clientes, que fazem o elo entre o consumidor/cliente e o produto ou serviço a ser prestado, além da competência, têm que ter um perfil que a função requeira. Por exemplo, para trabalhar numa sauna feminina, contratam-se somente mulheres e vice-versa. No entanto, salvo casos muito específicos, na esteira do que já foi citado não se pode admitir que o empregador afronte princípios constitucionais para que exerça o seu direito de livre iniciativa e obtenção de lucro, em detrimento do direito de personalidade daquele que está apto a exercer com competência determinada função, somente porque os clientes não aceitariam esse profissional. É necessária uma mudança de paradigma social, para que se possa combater com afinco a discriminação em todas as suas esferas.

Isto não se aplica somente às empresas onde há a venda direta ao consumidor; também se aplica em todas as relações comerciais. Sabe-se que para haver a relação comercial é necessário que o intermediário, seja ele o vendedor ou o representante comercial, seja do agrado do comprador, mas, por conta disso, não pode o empregador pactuar com qualquer tipo de preconceito do comprador para com o vendedor. Nesse caso, o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no inciso III, do art. 1º. da Constituição da República, deve prevalecer.

Infelizmente, ainda existe o preconceito contra a mulher e contra pessoas com cor de pele diferente da do consumidor, e com orientação sexual diversa. Embora diminua, nada o justifica, pois a dignidade da pessoa humana é fundamental numa sociedade que prima pelo respeito. Essa sociedade não pode, sob a desculpa de um suposto insucesso nos negócios, pactuar com a discriminação.

Constata-se essa ofensa ao direito de igualdade porque ainda há aqueles que explícita ou veladamente, no mercado de consumo, entendem que o tratamento desigual é necessário para haver o consumo, ou seja, em detrimento do Direito Fundamental da Igualdade, do Direito ao Trabalho, entre outros, privilegia-se o Direito da Livre Iniciativa, o que não deve prevalecer, pois o ser humano é mais importante.

Quanto à orientação sexual desta pessoa que faz a ligação entre consumidor e o produto ou serviço a ser prestado, rejeitá-lo quando for oferecido por pessoa de determinada orientação sexual, ou seja, heterossexual, bissexual, homossexual,

travesti ou transexual, não deixa de ser o mesmo que acontecia com muito mais frequência do que agora, com a mulher, o negro, os idosos e outras minorias. Se não houver o enfrentamento da parcela da sociedade que ainda se mostra preconceituosa, por suas próprias razões, razões econômicas ou outras quaisquer, quebrando esse círculo vicioso, não avançaremos. É preciso que o direito de personalidade daquele ser que procura trabalho se destaque frente à ânsia pelo lucro do empregador. O empregador deve ter seu lucro, mas numa sociedade onde seja feita a justiça. A sociedade ou parte dela, consumidora de determinado produto ou não, que for preconceituosa, cederá e se adaptará, se houver a quebra desses paradigmas, quer seja de beleza, de orientação sexual ou quaisquer outros, pois no embate entre a livre iniciativa e o lucro, a liberdade, a igualdade e o direito ao trabalho, deve prevalecer a dignidade humana, que privilegia estes três últimos.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ser humano foi presenteado por Deus com a sexualidade, mais do que a capacidade reprodutiva, o ser humano é capaz de amar, se acariciar, se beijar, ser cúmplice, de construir uma vida ao lado de alguém que se ama, nem que para isso ele erre e tenha que começar de novo. Isso independe da idade e da orientação sexual.

Algumas pessoas, que têm uma sexualidade diferente da heterossexual, não deixaram de ser agraciadas por Deus com a capacidade de amar, de beijar, se acariciar, de serem cúmplices e outros presentes inerentes a uma sexualidade sadia e madura e por essa razão não deve ser proibido de vivê-la.

A sexualidade dentro da dimensão humana, composto de corpo, mente e espírito, não deve receber tratamento superior ao que merece, a ponto de vermos sexualidade em tudo, pois o ser humano é muito mais do que isso.

O ser humano sempre teve e terá preconceito com aquilo que é diferente e vem vencendo esses preconceitos com o passar da história. Assim foi com relação ao estrangeiro, com a mulher, com os deficientes e hoje temos, dentre outros, com os não heterossexuais, ou seja, os *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, até a humanidade aprender a ver além das aparências, além do corpo, pois “o essencial é invisível aos olhos”.

Contudo, os não heterossexuais não deixam em nada de terem resguardados os seus direitos da personalidade, devendo, por isso, o Direito não medir esforços para preservá-los a sua dignidade e personalidade, em especial o Direito ao Trabalho, pois é no ambiente do trabalho que se passa grande parte da vida, onde mais se relaciona com as pessoas e por isso deve ser protegido em todas as suas dimensões, inclusive nas relações interpessoais.

Essa proteção no ambiente de trabalho abrange o processo de seleção, a relação de trabalho, a demissão e até mesmo após o fim deste vínculo, sendo que toda esta relação deve ser pautada por critérios objetivos, sob pena de condenação do empregador em indenizar o empregado por ferir-lhe os direitos da personalidade, sua honra, sua moral e, inclusive, danos materiais decorrentes dos atos discriminatórios.

Em algumas ocasiões há o conflito entre os princípios constitucionais da Livre Iniciativa com os princípios da Igualdade e de Liberdade. Todavia, nesta colisão de princípios, deve-se privilegiar o ser humano, o qual não pode ser tratado como mero objeto da produção, por conta de preconceitos arraigados no meio social.

Hoje, com as pessoas assumindo as diversas orientações sexuais, ou seja, a homossexualidade, a bissexualidade, a travestilidade e a transexualidade, há por parte do tomador do serviço, ou seja, do contratante, em alguns ramos de atividade, uma rejeição à contratação, pois explícita ou veladamente, entende que o ramo de atividade não aceitaria tal contratação, devido a eventual preconceito arraigado nos consumidores de seus produtos; no sentido contrário, para uns ramos de atividade, o perfil do colaborador quanto à sua orientação sexual é indiferente para o sucesso do negócio e, em outros, a orientação sexual diferente da heterossexualidade é vantajosa para o negócio.

A sociedade e suas relações, sejam de comércio ou não, não podem inclinar-se ao preconceito. Apenas quando de fato é necessária a contratação por questões objetivas, como um homem para laborar na sauna masculina e uma mulher para a sauna feminina, se pode conceber como lícita a preferência, ou seja, apenas nesses casos, quando pautada em critérios objetivos, as escolhas, como tantas outras, sejam feitas sem que isso enseje qualquer ato discriminatório.

Assim como a sociedade já mudou muito em relação a tantos outros preconceitos existentes na história, por exemplo, com relação à mulher, quanto à cor da pele, entre outros, também o será quanto à orientação sexual; mas isso só será possível com a quebra de paradigmas, após a quebra de muitos tabus e

desconstrução de um preconceito existente desde longa data, que acontecerá pelo convívio com o diferente, com a diversidade, com o respeito e, principalmente, quando o ser humano, através de suas atitudes, agir para mudar e tomar consciência de que o outro é tão digno quanto ele mesmo, que todos somos irmãos, temos a mesma natureza, temos a mesma origem, os mesmos sonhos, o mesmo desejo de ser amado, de amar e de ser feliz.

Quando todos os empregadores tiverem consciência de que, assim como as grandes mudanças sociais partiram daqueles que nelas acreditaram, de não pactuarem com clientelas preconceituosas e colocarem a liberdade, a igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana acima dos objetivos de lucros desenfreados, pois o ser que trabalha não é mero objeto da produção, mas um ser humano que deve ser respeitado, é que serão promotores de uma sociedade justa, igualitária e solidária e terão o verdadeiro sentido do lucro: remunerar o esforço e a criatividade do ser humano e promover melhor o seu bem-estar, objetivos tão almejados por todos.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERALDO, Marllon. **Assédio moral e sua criminalização**. São Paulo: LTr, 2012, p. 51.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 376.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988.

BRASIL. **Lei nº 9.029**, de 13 de abril de 1995.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Lei nº 12.228**, de 20 de julho de 2010.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional. Teoria do estado e da constituição. Direito constitucional positivo**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 1234.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial. Direito de empresa**. 19. ed. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 111.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional. **Jornal Oficial**, n. L 303 de 02/12/2000, p. 0016-0022.

EXUPÉRY, Antoine de Saint. **O pequeno príncipe**. Tradução Dom Marcos. 48. ed. Agir: Rio de Janeiro, 2001.

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 587, apud BARROSO, Luís Roberto. Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. In: FACHIN, Zulmar. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. II, p. 58.

MOTT, Luiz. Raízes persistentes da homofobia no Brasil. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). **Minorias sexuais: direitos e preconceitos**. Brasília: Consulex, 2012. p. 164-182.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. **Convenção n. 111**. Discriminação em matéria de emprego e ocupação. [s.d.]

SANCHES, Vanessa Karam de Chueiri. **Discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

SANTA SÉ. **Código de Direito Canônico**, 25 de janeiro de 1983.

SILVA, Leda Maria Messias da. O Cumprimento da função social do contrato no tocante ao meio ambiente do trabalho. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15, 2006, Manaus. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/leda_maria_messias_da_silva.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

SILVA, Leda Maria Messias da; OLIVEIRA, Livia Maria Bressani de. **A diversidade sexual no ambiente de trabalho e os direitos de personalidade**. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 12, n. 1, p. 283-310, jan./jun. 2012.

SILVA JÚNIOR, Jonas Alves. Uma explosão de cores: sexualidade, gênero e diversidade. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). **Minorias sexuais: direitos e preconceitos**. Brasília: Consulex, 2012.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Enviado em: 14 de maio de 2013

Aceito em: 16 de maio de 2013