



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR “PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES”

AGUINALDO LOURENÇO

DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NO CONTRATO DE TRABALHO

SÃO JOÃO DEL-REI
2014

AGUINALDO LOURENÇO

DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NO CONTRATO DE TRABALHO

Monografia apresentada ao Curso de Bacharel em Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de Graduado, sob orientação do Prof. Esp. Fúlvio Jacowson Gomes.

SÃO JOÃO DEL-REI
2014

AGUINALDO LOURENÇO

DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NO CONTRATO DE TRABALHO

Monografia apresentada ao Curso de Bacharel em Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de Graduado em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Esp. Fúlvio Jacowson Gomes (Orientador)

Prof. Esp. Luciano Machado Ferreira

Prof. Msc. Matheus Bevilacqua Campelo Pereira

Dedico aos meus pais Maria Romilda Moura Lourenço e Milton dos Reis Lourenço, pelo amor incondicional. Dedico também ao meu amigo Lenine, pela compreensão, apoio e contribuição para minha formação acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e a Nossa Senhora Aparecida, por iluminarem meu caminho e por terem me dado força suficiente do início até o fim dessa jornada, foi a eles que recorri a todo instante.

Ao meu amigo Lenine, que é a pessoa responsável por eu ter iniciado o curso de Direito. Mostrou-me que eu era capaz e confiou em mim. Esteve sempre ao meu lado, apoiando, ajudando, contribuindo muitíssimo para que este sonho se concretizasse. Dedico minha vitória a ele, levarei para o resto de minha vida tudo o que fez por mim.

Aos meus pais, Maria Romilda Moura Lourenço e Milton dos Reis Lourenço. Sei o quanto sofreram para criarem seus filhos e nesses cinco anos que estive cursando o curso de Direito oraram e rezaram para que eu chegasse ao final. Nunca deixei de pensar neles um só dia, um só minuto, com a vontade de concretizar meus estudos para que eu pudesse dar uma vida melhor para eles, e é a eles que dedico mais essa vitória em minha vida. Eles são a razão da minha vida e exemplo de vida a seguir. Os amo muito.

As minhas amigas que sempre estiveram comigo na faculdade, Roberta Maria Vieira de Almeida e Joice do Nascimento Gomes, dividiram comigo seus conhecimentos, foram vários trabalhos compartilhados, vocês duas fizeram com que esse caminho fosse menos árduo, passamos tantos momentos juntos, sempre me ouviram, foram verdadeiras amigas, meu muito obrigado. Pude encontrar em vocês a verdadeira amizade e ter cada vez mais convicção de que podemos ter verdadeiros amigos, conhecer vocês foi incrível! Obrigado por todo carinho, paciência e pelos momentos em que aprendemos juntos. Vocês duas foram um presente de Deus!

Aos amigos e colegas da faculdade, foi maravilhoso passar todos esse cinco anos juntos.

Ao meu orientador Prof. Fúlvio Fúlvio Jacowson Gomes, pelo suporte pelo pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivo.

Agradeço a todos os Professores que ao longo desses cinco anos me passaram todos os seus conhecimentos com maestria, conhecimentos que levarei para sempre.

RESUMO

A discriminação e o preconceito arraigado em nossa sociedade não podem ser tolerados em pleno século XXI. A orientação sexual do ser humano é direito fundamental que deve ser respeitado. A discriminação por orientação sexual endereçada as minorias sexuais no mercado de trabalho viola princípios basilares inseridos na nossa Carta Magna. Ademais, o trabalho é fundamental para que o ser humano busque suas necessidades básicas para viver, nada justifica o tratamento negativo e diferenciador a que essa minoria sexual se submete. Contudo, o trabalho é essencial para o desenvolvimento do ser humano, seja do ponto de vista profissional ou pessoal. O empregador tem o direito de gerir sua empresa da melhor maneira que lhe convier, mas este deve pautar-se apenas em critérios profissionais com diretrizes para o bom andamento de seu negócio, não podendo fazer o uso desse poder de forma deliberada, desrespeitando o ser humano em sua essência. O direito sempre esteve alheio aos assuntos que tratam do homossexualismo, não havendo até o presente momento legislação que garanta a essas minorias sexuais a devida proteção, ficando a critério de interpretações na busca de legislações que possam ser aplicadas ao caso. A discriminação no contrato de trabalho é questão de direitos humanos, pois nega direitos a pessoa do trabalhador. Deve-se reconhecer que somos iguais em dignidade e direitos, sem distinção de qualquer natureza, com o objetivo de eliminar a discriminação por orientação sexual no trabalho e para além de uma busca simplesmente de trabalho, é questão de direitos humanos e respeito ao próximo.

Palavras-chave: homossexualidade; minorias sexuais; discriminação; orientação sexual; contrato de trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. MINORIAS SEXUAIS.....	9
1.1 Minorias sexuais e a limitação do estudo.....	9
1.2 Entendendo a orientação sexual	10
1.3 Homossexualidade	13
1.4 Concepções acerca da homossexualidade	14
1.4.1 Homossexualidade como normalidade	14
1.4.2 Homossexualidade como pecado.....	15
1.4.3 Homossexualidade como doença.....	16
2. DA DISCRIMINAÇÃO	18
2.1 Discriminação e sua distinção de preconceito	18
2.2 Discriminação e a entrada no mercado de trabalho	20
2.3 Tipos de discriminação	24
2.3.1 Discriminação negativa e discriminação positiva (ações afirmativas)	24
2.3.2 Discriminação direta e discriminação indireta	27
2.4 Princípios aplicáveis à discriminação por orientação sexual.....	29
2.4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	29
2.4.2 Princípio da igualdade	31
2.4.3 Princípio da liberdade.....	32
3. DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NO.....	34
CONTRATO DE TRABALHO	34
3.1 Fases do contrato de trabalho	34
3.1.1 Discriminação na fase pré-contratual	34
3.1.2 Discriminação na fase contratual	36
3.1.2.1 O assédio moral como forma de discriminação na fase contratual	37
3.1.3 Discriminação na fase pós-contratual.....	41
3.2 Da responsabilidade na reparação do dano moral	42
3.3 A ausência de norma específica, e a interpretação do artigo 3º da CF.....	42
3.4 Da aplicação da lei 9.029/1995 nos casos de discriminação por orientação sexual pelo motivo da omissão legislativa – (anexo I)	44
3.5 Da rescisão indireta	45
3.6 Projeto de Lei 122 de 2006 (anexo II).....	46

CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
Anexo I - Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995.....	51
Anexo II - Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

INTRODUÇÃO

Este trabalho visa discutir acerca da discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho das minorias sexuais, abarcando gays e lésbicas, atitudes discriminatórias do empregador ou prepostos em relação ao trabalho em face dessas pessoas.

A importância desse trabalho é desmitificar o assunto acerca da orientação sexual, corroborando com a diminuição da discriminação dessas minorias sexuais especificamente no contrato de trabalho, pois não se pode permitir qualquer tipo de segregação. O dano social ou moral desta atitude reprovável é incontestável, pois atinge a dignidade da pessoa humana, em toda sua essência.

É no trabalho que o indivíduo busca sua renda para suprir suas necessidades básicas e de sua família, e o empregador com seu poder de mando e comando não pode ter o controle de forma deliberada, necessitando o poder judiciário interferir nessa relação para que seja efetivada a igualdade.

Infelizmente, ainda nos dias atuais muitas pessoas enfrentam o desemprego pelo motivo da sua orientação sexual, quando não contratados por esse motivo são dispensados quando de sua descoberta.

Os homossexuais desde a muito tempo são vitimizados pelo preconceito e pela discriminação por parte da sociedade, sempre buscando lugar em meio a ela; em pleno século XXI, o preconceito e a discriminação ainda perduram como meio de segregação dos mesmos, e até o momento enfrenta a omissão legislativa no que diz respeito à proteção de seus direitos protetivos. No segundo e terceiro capítulo trazemos julgados para melhor ilustração do caso.

Vivemos em uma sociedade que nem todos querem ouvir falar sobre a homossexualidade, pois ainda é considerada como tabu. Falar de sexualidade, de homossexualidade é falar sobre sentimentos, prazeres, comportamentos, desejos e subjetividades a que o mundo jurídico sempre esteve alheio, deixando para outras ciências a abordagem do tema, como por exemplo, a sociologia, psicologia e a medicina. Sabe-se que algo já mudou como a possível adoção de filhos por casais homossexuais, o casamento civil dos mesmos, mas isso ainda é muito pouco, pois sabe-se que há tratamento diferenciado a esse grupo, no que tange a vários direitos.

No primeiro capítulo desse trabalho apresentaremos e demonstraremos quem está inserido nesse grupo de minorias sexuais e o que os definem, esclareceremos de um modo geral sobre a orientação sexual do indivíduo e principalmente desse grupo específico. Todo ser humano é movido pelo desejo, podemos controlar nosso comportamento, mas não o desejo, e com esse viés buscamos mostrar que a orientação sexual de um indivíduo é um direito fundamental de todo ser humano. Passaremos por um breve histórico da homossexualidade, demonstrando o que essas minorias sexuais enfrentaram no decorrer dos tempos, e como era vista, análises para entendermos como é vista nos dias atuais.

No segundo capítulo discorreremos acerca da discriminação e sua distinção de preconceito, usando definições para clarificar esta distinção e também qual é a causa da discriminação, bem como os tipos de discriminação que existem e como o fenômeno do preconceito interfere no processo perceptivo de uma pessoa, levando a atitudes negativas de discriminação dos homossexuais, ou seja, a intolerância.

Ainda no segundo capítulo, pontuaremos sobre a discriminação por orientação sexual no trabalho, discutiremos como os homossexuais ficam a margem da sociedade no momento de conseguir um trabalho, o quanto se torna difícil a sua entrada no mercado de trabalho, especificaremos também os tipos de discriminação existentes e como o ordenamento jurídico é colocado para proteção dessas minorias sexuais.

Por fim, no terceiro e último capítulo trataremos da discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho propriamente dito e as fases do contrato de trabalho onde pode ocorrer o tratamento diferenciador para com estes indivíduos.

Nesse terceiro capítulo é o momento em que discorreremos sobre os princípios protetores contra discriminação por orientação sexual no ambiente de trabalho e como a legislação vai proteger essa minoria sexual e que mecanismos de proteção são criados para salvaguardar os direitos fundamentais dessa minoria.

1. MINORIAS SEXUAIS

Esta monografia cuida de questões jurídicas específicas relacionadas à homossexualidade. Trataremos de discutir se a orientação sexual de uma pessoa é um fator de discriminação no trabalho ou não. Quando nos referimos à discriminação de “minorias sexuais”, vamos nos deter aos homossexuais. Para nos situarmos, conceituaremos quem são esses sujeitos que sofrem a prática discriminatória, especificamente no trabalho e, a partir de uma abordagem teórica, é que esclareceremos a quem estamos nos referindo quando dizemos “minorias sexuais”. É a partir desse reconhecimento e da identificação dessas pessoas que poderemos discorrer de seus direitos.

1.1 Minorias sexuais e a limitação do estudo

Atualmente, a denominação mais utilizada pelos ativistas desta comunidade tem sido a sigla GLBT (gays, lésbicas, bissexuais e transexuais), eles entendem que esta denominação, além de incluir bissexuais, travestis e transexuais, tem a virtude de diferenciar aqueles que se encontram com o mesmo relacionamento ou comportamento sexual.

Donnelly (s.d.) *apud* Sanches (2009, p. 17), ao contrário dos ativistas, defende nomenclatura diferente. Sua opinião é pelo uso da denominação “minorias sexuais”, por abranger, além daqueles que estão inseridos na sigla GLBT, todas as outras formas de orientação sexual:

Esta terminologia é até mais inclusiva, sendo aberta a outros grupos até mais estigmatizados ou desprezados como resultado da sua orientação sexual, identidade ou comportamento. Além disso, a linguagem das minorias explícitas foca a sua atenção no assunto da discriminação e menos na possibilidade de ação política de eliminá-la. Minorias sexuais não são meramente pessoas que apresentam um desvio no comportamento sexual ou mesmo aqueles que apresentam um desvio no comportamento sexual ou mesmo aqueles que apresentam um desvio (sexual) de identidade. Eles são aqueles desprezados pela corrente dominante da sociedade em razão da sua sexualidade, vítimas de uma negação dos direitos por causa da sua sexualidade (e, na maioria dos casos, por transgredirem as regras dos gêneros).

O autor faz a utilização dessa terminologia por abranger e tornar viável a inclusão das mais variadas formas de orientação sexual que existem e não só aquela que a sigla GLBT insere. O objetivo de usar a denominação “minorias sexuais” é de abarcar todas as formas de afeto que não se encontram nos padrões da heterossexualidade.

Neste estudo, optamos por não debruçar sobre as situações específicas da discriminação endereçada contra travestis e transexuais. Tal opção se justifica pelas peculiaridades e situações específicas do grupo, que vai além da pura e simples atração por outra pessoa do mesmo sexo, envolvendo circunstâncias como a aquisição de características físicas ou culturais próprias de outro sexo. O estudo dessas outras categorias demandaria um novo trabalho, de maior abrangência.

Utilizaremos, pois, aqui, a denominação de “minorias sexuais” ao tratarmos especificamente de questões pertinentes à homossexualidade de gays e lésbicas, uma vez que as escolhas que definem esses grupos são geradas em virtude da direção do afeto por pessoas do mesmo sexo, o que identificam especificamente os homossexuais.

1.2 Entendendo a orientação sexual

Há um consenso entre os antropólogos de que a orientação sexual é a identidade que se atribui a um indivíduo em função da sua atração sexual ou, até mesmo, pela sua conduta. Se essa conduta ou atração for dirigida a alguém do sexo oposto, sua orientação sexual será heterossexual; dirigindo-se para alguém do mesmo sexo, será homossexual; e se para ambos os sexos, bissexual (RIOS; PIOVESAN, s.d., p. 156).

Com outra linha de posicionamento, a *Human Rights Education Association* esclarece:

Orientação sexual é a atração emocional, sexual ou afetiva contínua por outra pessoa. Pode ser distinguida dos outros aspectos da sexualidade, incluindo o sexo biológico, identidade de gênero (o sentido psicológico do ser masculino ou feminino) e o papel social de gênero (a adoção de normas culturais para os comportamentos masculino e feminino). [...] *Orientação sexual* se difere do *comportamento sexual* porque diz respeito aos sentimentos e auto-determinação. Pessoas podem ou não expressar suas orientações sexuais através de seus comportamentos. (grifos do autor)

Nesse contexto, percebemos que a orientação sexual não é determinada pelo papel social do gênero e nem pelos comportamentos dos indivíduos. A orientação sexual vem do emocional, do sentimento que gera o despertar da libido.

A expressão “orientação sexual” não é sinônima de minorias sexuais, nem tão pouco de homossexualidade. Ressalta-se que todo ser humano tem o direito de ter sua orientação sexual respeitada, ter o direito à liberdade sexual; direito fundamental dirigido não só aos heterossexuais, mas a todos indistintamente.

De acordo com Rios e Piovesan (s. d., p. 162):

Pode-se argumentar que a orientação sexual não está na Constituição. Mas precisa estar? Lembra do primeiro desafio? Orientação sexual é um problema de minorias ou de todos? Todos têm orientação sexual. Não estou falando do direito dos homossexuais, mas de direitos fundamentais de todos.

Todos nós, seres humanos, possuímos uma orientação sexual, seja ela qual for, não nos diferencia uns dos outros, pois a própria Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo que somos todos iguais perante a lei. A orientação sexual é inerente ao ser humano, devendo o legislador e a Justiça ter uma maior observância quando o indivíduo tem esse direito de liberdade afrontado. Assim, o Legislativo e o Judiciário devem tutelar, dando guarida a essas minorias sexuais, pois é parte minoritária se comparado aos heterossexuais.

De acordo com Carlos (2004, p. 112), a orientação sexual está edificada na preservação da intimidade, da vida privada, da honra e imagem da pessoa, insculpidos no art. 5º da Carta Magna de 1988, sendo direito e garantia fundamental a liberdade de escolha do parceiro ou da parceira.

O princípio da liberdade proclama que a pessoa é livre para assumir sua orientação sexual, onde o indivíduo, atribuindo significado a si próprio, aufere o que o realiza como ser humano. O princípio da liberdade individual reza por privacidade a intimidade e livre exercício da vida, podendo revelar sua orientação sexual sem qualquer interferência.

Nesse contexto, o Estado não pode limitar o exercício da liberdade de orientação sexual do indivíduo, ou seja, não pode o Estado limitar o direito de estabelecer uma união afetiva, mesmo sendo de pessoas do mesmo sexo, pois assim agindo nega à própria condição humana, seus direitos mais importantes.

O Estado Democrático de Direito clama por condições de desenvolvimento da liberdade e da personalidade, ao mesmo passo que repudia a ausência de invasões desmotivadas na esfera individual das pessoas. O direito à sexualidade transcreve dois direitos à liberdade, quais sejam a liberdade sexual e a livre orientação sexual. Sendo direito fundamental inerente ao ser desde seu nascimento, exige-se um tratamento isonômico, sem imputar distinções, ocupando em primeiro lugar nas tendências afetivas.

Existem duas definições que identificam as pessoas que se encontram nessas minorias sexuais¹, uma pautada na conduta e a outra pautada na orientação. Das duas definições citadas, a mais usada para orientar as legislações em muitos países, e até mesmo no Brasil, é a que pauta na conduta. Esta se subdivide em duas: a) conduta por relações sexuais homossexuais; b) conduta por diferenciação biológica dos sexos entre parceiros.

Ambas as condutas são criticadas por estudiosos do tema, conforme veremos no decorrer do trabalho. *A priori*, a conduta por relações sexuais homossexuais é aquela que define se o indivíduo é homossexual, se comete práticas sexuais homossexuais.

Nussbaum (2001, p. 577) *apud* Sanches (2009, p. 20), discorre criticando tal definição:

Este conceito é plenamente criticável, na medida em que a prática sexual entre pessoas do mesmo sexo não se encontra diretamente vinculada à práticas sodomitas, além do que tais atos são extremamente comuns entre casais heterossexuais.

Interpretando os dizeres da autora, as práticas de relações sexuais homossexuais são comuns entre casais heterossexuais, e isso não os definem como homossexuais, assim, não podemos definir uma pessoa como homossexual pelo fato de praticar atos sexuais ditos homossexuais, pois não apenas estes praticam tais atos.

Já a conduta que demonstra a diferença biológica do sexo entre os parceiros envolvidos, é aquela que restringe que os indivíduos que realizam atos sexuais com

¹ Neste trabalho, o significado das minorias sexuais deve ser entendido de forma estrita, como sendo apenas os homossexuais – gays e lésbicas –, face a metodologia aplicada.

pessoas do mesmo sexo se incluem nessas minorias sexuais. Essa definição também se encontra equivocada. Nos dizeres de Sanches (2009, p. 20):

Esta definição também apresenta falhas, pois pode gerar questionamentos do tipo: que atos são esses? Em que frequência devem ser praticados para que o sujeito seja classificado como gay ou lésbica? Qualquer ato sexual praticado por pessoas do mesmo sexo as qualificam como homossexuais?

A autora deixa vários questionamentos acerca da definição apresentada, mostrando a grande problemática da definição em comento. Pelo que foi mostrado, filiamos a ela quando fundamenta sua crítica no sentido de que um sujeito que pratica apenas um ato com outro com pessoa do mesmo sexo não basta para qualificá-lo como homossexual. Outra indagação diz respeito ao indivíduo que passou algum tempo praticando atos sexuais com pessoas do mesmo sexo, se casando posteriormente com um indivíduo do sexo oposto deixaria ele de ser homossexual. Essas questões servem para nós refletirmos sobre o assunto, além de corroborar para a próxima definição: a conduta da orientação.

Segundo Nussbaum (2001, p. 577) *apud* Sanches (2009, p. 20):

[...] com frequência as legislações têm considerado estas definições insatisfatórias, seja por que enfrentam o problema de forma vaga, seja por que muitas pessoas que praticam atos ditos “proibidos” não são necessariamente as pessoas para quem as políticas antidiscriminatórias devem ser direcionadas.

Para haverem políticas públicas específicas tutelando as minorias sexuais, devemos saber quem os são para, então, dar a devida proteção especificamente, apoiando e mantendo uma sociedade igualitária, garantindo, assim, o estado democrático de direito a todos e todas.

1.3 Homossexualidade

A homossexualidade, também chamada de homossexualismo², é a

² As expressões “escolha sexual”, “opção sexual”, “preferência sexual”, “transtorno”, “inversão” e “perversão”, são inadequadas, na medida em que se distanciam da compreensão atual da sexualidade e homossexualidade, no que diz respeito à orientação dos desejos dos indivíduos.

característica ou qualidade de um ser humano que sente atração física, estética e/ou emocional por outro ser do mesmo sexo ou gênero (WIKIPÉDIA).

A homossexualidade é criticada pelos estudiosos do tema, pelo motivo que não seria uma questão de “preferir” ou “optar”. Segundo Teson (1989, s.p.) *apud* Laboratório Virtual de Produção Textual (2010, p. 1), esta definição é vaga, uma vez que o termo “preferência” pode conotar a tendência de escolher, optar, sendo que hoje já se reconhece que a homossexualidade não é mais vista como opção, mas sim como orientação sexual, e inerente ao ser humano.

Viana (2009, s. p.) *apud* Laboratório Virtual de Produção Textual (2010, p. 1) diz que a homossexualidade é uma expressão natural da sexualidade humana, envolvendo relacionamentos de afetividade.

Por fim, entende-se por homossexualidade as pessoas que não têm problema com seu sexo biológico, não sofrem dissociação entre seu sexo físico e o seu psíquico, simplesmente são pessoas que se entendem como homem ou mulher e amam respectivamente pessoas do mesmo sexo (VECHIATTI, 2008, p. 78).

Nos dizeres de Dias (2001, p. 48),

Ainda que se desconheça a origem da homossexualidade, o certo é que se trata de uma tendência que não decorre de uma escolha livre. Se tivessem opção, muitos homossexuais prefeririam não o ser – o que é uma boa prova de que não existe opção. Assim como a atração por uma pessoa do mesmo sexo não nasce de um ato de vontade, nada se justifica o desrespeito às expressões minoritárias da sexualidade, revelando-se de todo desarrazoada a total indiferença diante da diferença.

Não sendo uma opção livre, mas fruto de uma atribuição psicológica, não pode ser objeto de reprovação social. Contudo, o legislador não pode ficar insensível à necessidade de regulamentação desse tema. As pessoas não são iguais. E ainda assim, são iguais no que mais interessa, são todos seres humanos. As desigualdades devem ser consideradas como inerentes a raça humana e as mesmas devem ser contornadas para que não haja situações de injustiças.

1.4 Concepções acerca da homossexualidade

1.4.1 Homossexualidade como normalidade

A homossexualidade acompanha a humanidade desde os primórdios, estando presente em todas as culturas, civilizações e épocas, até mesmo antes de Cristo. Na antiguidade, os povos encaravam a homossexualidade com normalidade, pois representava uma evolução da sexualidade (SOUZA, 2001, p. 112).

Segundo Dias (2009, p. 36-37), na Grécia clássica o livre exercício da sexualidade era legítimo da nobreza, um “verdadeiro privilégio dos bem nascidos”, era o dia a dia de deuses e heróis.

Nesse sentido, confirma Fernandes (2004, p. 38):

A homossexualidade se revelava por meio de lendas, mitos, deuses, reis e heróis. Estava ligada à intelectualidade, à estética corporal e à ética comportamental, não existindo discriminação das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo, sendo, inclusive, por muitos considerados mais nobres que o relacionamento heterossexual.

A homossexualidade estava presente tanto na Grécia como no Império Romano e, para esses povos, era encarada como “normalidade”. No mundo antigo, a homossexualidade não era vista como é nos dias atuais, era uma necessidade natural, ao contrário da heterossexualidade, que não recebia tanta importância, por ter a finalidade tão somente de procriação.

De acordo com Weeks (2001, p. 65) antes do século XIX só existia a homossexualidade, o homossexual não, ou seja, no mundo antigo eles não distinguiam o relacionamento entre indivíduos do mesmo sexo, do relacionamento entre indivíduos do sexo oposto. Na antiguidade, não se dividia a humanidade em heterossexuais e homossexuais.

1.4.2 Homossexualidade como pecado

Como visto anteriormente, a homossexualidade era vista como algo normal, entretanto, aos poucos as religiões foram inserindo na mentalidade das pessoas que a homossexualidade deveria ser condenada, já que não seria possível a procriação.

É na Idade Média que a homossexualidade encontra sua maior inimiga, a religião. É esse o momento em que nasce o preconceito e a guerra entre homossexualidade e religião. As relações sexuais praticadas apenas como fonte de prazer, mesmo que entre duas pessoas que se amavam, era uma transgressão à

ordem natural. Contudo, toda atividade sexual que não fosse aquela para procriar era considerada pecado, pois descumpria a ordem “crescei e multiplicai-vos”.

Segundo Vecchiatti (2008, p. 49),

[...] qualquer ato sexual praticado fora do casamento, ainda que nele, sem o intuito da procriação, passou a ser condenado por essas religiões, fosse esse ato homo ou heteroafetivo – condenava-se a libertinagem, mas não determinado tipo de amor, sendo que se considerava libertina qualquer atividade sexual que não visasse unicamente a procriação.

No mesmo entendimento Fernandes (2004, p. 36) descreve que:

Na ótica católica, a prática de atos sexuais não reprodutivos, por conseguinte, também entre pessoas do mesmo sexo, é vista negativamente, moralmente reprovável e pecaminosa, importando em transgressão do plano divino e afastamento da vida espiritual. É o pecado da carne.

Nessa concepção, os prazeres sexuais são tidos como transgressão às regras divinas de práticas sexuais limitadas à reprodução e preservação da família, sendo reprovada qualquer outra relação sexual fora deste contexto, significando transgressão do plano divino, pois a ideologia que predominava na época era pró-natalista, onde a religião e a moral ensinavam que o sexo se destinava à reprodução (SANCHES, 2009, p. 22).

1.4.3 Homossexualidade como doença

A denominação “homossexualismo” surgiu quando criou a dicotomia para distinguir entre os direcionados ao sexo oposto, os então denominados “normais” dos “invertidos”, chamados de “anormais”, esses que relacionavam com pessoas do mesmo sexo, e decorreu no século XIX.

Segundo Sanches (2009, p. 25),

Nesta concepção a homossexualidade é vista como uma deficiência que acomete a saúde do indivíduo e que, dependendo da maneira que ela é interpretada, pode ou não ser passível de cura. Portando com a mudança de *status* da homossexualidade de pecado para doença, abre-se a possibilidade de “correção” das pessoas que se encontram acometidas com este “mau”.

Nesse sentido, a homossexualidade é doença que pode ser passível de cura, enquanto a heterossexualidade é a normalidade, estando o indivíduo saudável.

Estudiosos como Richard Von Krafft-Ebing sustentava que a “opção sexual” por pessoas do mesmo sexo era uma anomalia maligna adquirida hereditariamente. Ao contrário entendia Freud, que argumentava que a homossexualidade estava vinculada em desvio psicológico (SANCHES, 2009, p. 26-27).

Segundo Dias (2000, p. 3), a homossexualidade para a Psicologia não é encarada como doença e sim como um distúrbio de identidade, não sendo hereditário nem tão pouco opção consciente e deliberada. Nesta seara trata-se de um fato involuntário que não pode ensejar qualquer reprovabilidade jurídica ou social.

Em 17 de maio de 1990, a Organização Mundial da Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da lista de doenças mentais do Código Internacional de Doenças, momento em que a OMS passou a considerar a homossexualidade como algo inerente à sexualidade humana, assim como a heterossexualidade. A decisão também eliminou o uso do sufixo ‘ismo’, desvinculando a orientação sexual da ideia de enfermidade. A data é tão memorável que passou a marcar o Dia Internacional de Combate à Homofobia. Ressalta-se que o sufixo “ismo”, de homossexualismo, que tem o significado de doença, passou a ser substituído por “dade”, que tem o significado de “modo de ser” (DIAS, 2000, p. 3).

2. DA DISCRIMINAÇÃO

2.1 Discriminação e sua distinção de preconceito

A discriminação consiste, basicamente, em tratar de maneira diferente determinada pessoa por motivo não justificável (OLMOS, 2008, p. 25). Para Delgado (2008, p. 774) *apud* Angelo (2009, p. 8), a discriminação é “a conduta pela qual nega-se à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”.

A palavra discriminação é derivada de *discriminatio*, de discriminar (discriminar, separar, distinguir), vocábulo que “na linguagem jurídica é usado para indicar toda sorte de separação que se possa fazer entre várias coisas, entre varias funções ou encargos, distinguindo-se umas das outras, para que se diferenciem ou possam ser encaradas consoantes a divisão” (SILVA, 1967, p. 547). No Dicionário Aurélio e no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa o significado do termo discriminar é,

[...] separar; diferenciar; estabelecer diferença; distinguir; não se misturar; formar grupo à parte por alguma característica étnica, cultural religiosa etc; tratamento desigual ou injusto de uma pessoa ou grupo de indivíduos, em face de alguma característica pessoal, cultural, racial, étnica, classe social ou convicções religiosas.

A Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965, em seu art. 1º aduz acerca da discriminação no trabalho dizendo:

Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende:

- a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, côr, 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;
- b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações

representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. (*sic*)

Nesse sentido, entende-se por discriminação como, um tratamento diferenciador decorrente de preferências ilógica, e que não são relevantes, entretanto, fundadas em características de gênero, raça, cor, etnia, religião, origem de idade, orientação sexual e tantas outras que tenham por efeito anular ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento de pessoas no trabalho. O rol de hipóteses da OIT é meramente exemplificativo, não se esgotando em si mesmo podendo haver outras formas de discriminação.

A conduta da discriminação no trabalho mostra-se vedada pelo nosso ordenamento jurídico, pois, impede a fruição do direito a igualdade de oportunidades devido a todos e todas. Contudo, distinguir, desigualar, preferir, em razões de características pessoais, sexuais, sociais ou culturais, ou qualquer outra traz logicamente tratamento desfavorável dado a alguém, ou a certo grupo de pessoas (COUTINHO, s. d., p. 14).

Segundo Delgado (2008, p.108) *apud* Angelo (2009, p. 17),

[...] a causa da discriminação reside, muitas vezes, no cru preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma característica, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, raça, sexo, nacionalidade, riqueza, etc.).

O preconceito é considerado como fenômeno que interfere no processo perceptivo de uma pessoa, afirma ainda que o preconceito é atitude negativa, aprendida, dirigida a um grupo determinado não sendo inato e sim, condicionado, e que determinados traços de personalidade contribuem para alguém incorporar preconceitos mais facilmente (RODRIGUES, 1998, p. 220-221 *apud* BRITO FILHO, 2002, p. 37).

O que causa a discriminação é o preconceito, sentimento este concebido sem exame crítico, é a ideia desfavorável formada *a priori*, sem conhecimento ou ponderação dos fatos. O preconceito é a fonte geradora da discriminação, pois seria aquela ideia assumida em consequência da generalização apressada de uma experiência pessoal, ou fruto da intolerância (COUTINHO, s. d., p. 25).

Contudo, podemos observar que o preconceito é sentimento interno, ainda interiorizado, é um juízo sem conhecimento real do fato e/ou intolerância, e quando exteriorizado tem como consequência a discriminação. Podemos dizer então que toda discriminação há o sentimento de preconceito, para a discriminação existir o preconceito existi *a priori*. Observa-se que o preconceito é ideia concebida previamente, sem o indispensável conhecimento do objeto (ignorância) sobre o qual se emite opinião, discriminação pode ser entendida como o preconceito em movimento, de sorte a excluir, prejudicar ou marginalizar determinado indivíduo ou grupo (JAKUTIS 2006, p. 28 *apud* OLMOS, 2008, p. 26-27).

O preconceito introduz a discriminação, restringe a liberdade, acarreta a perda de respeito pela pessoa humana, introduzindo as desigualdades e injustiças (ARNS, 2010, p. 17). A discriminação exclui nega cidadania e a própria democracia, além de violar todos os direitos fundamentais mínimos da pessoa humana.

2.2 Discriminação e a entrada no mercado de trabalho

Como exposto acima, discriminar é um preconceito em movimento, exteriorizado que dirige a um indivíduo ou um grupo, dando tratamento diferenciador decorrente de preferências ilógicas, não relevantes para tanto e fundadas em características de gênero, raça, cor, etnia, religião, idade ou orientação sexual, etc.

A discriminação que atinge as minorias sexuais encontra-se e nasce da moralidade. A sociedade ignora a busca pela identificação das suas raízes, adotando posturas de recriminação e negação por acharem que é uma perversão ou uma afronta a moralidade. Com isso, essas minorias sexuais tornam-se alvos de preconceitos e discriminações, arraigados na sociedade e nas relações de trabalho, e esta não só entre colegas de trabalho, mas também nas relações entre empregador e empregado.

Para alguns indivíduos a entrada no mercado de trabalho torna-se difícil por sua orientação sexual, atualmente o mesmo encontra-se exigente e competitivo. O preconceito da sociedade corrobora para que um homossexual não consiga colocação no mercado de trabalho, não pela falta de qualificação, mas sim por estar inserido em um grupo de minorias sexuais.

Dorsa e Lima, (2012, s. p.) expõem a seguinte situação:

[...] imagine-se uma situação onde um indivíduo homossexual assumido se lança no mercado de trabalho em busca de uma vaga. Nessa hipótese ele está sujeito à ampla concorrência, e, certamente se encontra em pé de igualdade aos demais concorrentes no que diga respeito à capacidade laborativa e intelectual; cumpre questionar-se, no entanto, se ele terá exatamente as mesmas oportunidades que os concorrentes visivelmente heterossexuais ou se de alguma forma poderá ter tratamento diferenciado nos processos seletivos e quando contratado no dia-a-dia empregatício.

A orientação sexual do trabalhador não pode ser estabelecida como critério para definir quem deve ser contratado em um determinado emprego. Com isso o princípio da igualdade será diretamente violado. Ninguém escolhe ser homossexual, o desejo emocional e sexual por pessoas do mesmo sexo surge espontaneamente, é como acontece com os heterossexuais (BAUMGARDT, 2010, p. 3). Com isso nada justifica tal violação, nem mesmo o poder de mando do empregador, que não é livre, deve o empregador respeitar regras e princípios além é claro de poder corroborar com o desenvolvimento da sociedade e inclusão dessa minoria sexual no mercado de trabalho, e também cumprir com seu papel social.

O heterossexualismo é naturalmente aceito por ser comum devido que é também naturalmente imposto em razão da necessidade de conservação e preservação da espécie e pelo costume da sociedade, mas esta questão não justifica os direitos violados dessas minorias sexuais. O Estado sendo garantidor de todo cidadão, deve dar condições suficientes para que essas minorias sexuais não fiquem marginalizadas e possam buscar efetivas soluções dos problemas que enfrentam no meio da sociedade especificamente nas relações de trabalho.

O ordenamento jurídico brasileiro não traz lei específica que trata sobre a orientação sexual, tampouco contra a discriminação dessas minorias nas relações de trabalho. Mesmo não existindo lei específica prevista no ordenamento jurídico, isso não impede que não haja a devida proteção contra tal discriminação.

Nesse sentido, Almeida e Martins (2013, p. 13261) fundamentam a falta de legislação sobre a questão da omissão da discriminação por orientação sexual:

A constituição da república previu a igualdade entre homens e mulheres em geral (art. 5º, i) [...] além de proibir a discriminação no mercado de trabalho por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX), não tutelando expressamente a orientação sexual. Não obstante esta omissão, não se pode dizer que a proteção contra

a discriminação por orientação sexual não esteja contida em outros direitos fundamentais, permeando os princípios da Carta Magna.

Deve o aplicador, intérprete e magistrado socorrer aos princípios constitucionais, das normas internacionais, das garantias da Carta Magna e da jurisprudência, essa se mostrando ultimamente mais aberta a novas interpretações.

Segundo Rios (2001, p. 82-84), pode-se constatar no direito brasileiro a evolução da jurisprudência e da legislação, que aos poucos vem reconhecendo a concretização do princípio isonômico, relativa à proibição desta discriminação. O referido autor ainda cita José Afonso da Silva que defende que a proibição de discriminação por motivo de sexo, inclui também a hipótese de discriminação por orientação sexual.

O Estado e a sociedade negam a esses seres humanos os seus direitos mínimos e fundamentais, ambos devem trazer meios para conscientizar seus cidadãos com políticas públicas que garantam a inclusão dessa minoria para que possa continuar se desenvolvendo em todos os setores, principalmente no que diz respeito ao desenvolvimento do empregado nas relações de trabalho.

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região expõe que:

O preconceito que gera a discriminação dos homossexuais, não permitindo a inclusão social, é a negação da aceitação das diferenças. Este é o desafio para a concepção atual do direito do trabalho efetivar o princípio da proteção ao meio ambiente do trabalho, mormente a tutela da personalidade do trabalhador em face dos danos ambientais, materiais e morais decorrentes dos abusos perpetrados pelo empregador ante a opção sexual de seus empregados. (TST - AIRR - 74240-53.2002.5.02.0019, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 09/02/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: 18/02/2011), (PARANÁ, 2011, p. 2).

A Justiça do Trabalho além de proteger o empregado das injustiças que acontecem no âmbito trabalhista deve buscar dar a ele a reparação devida dos danos morais sofridos. Para que o obreiro possa buscar trabalhar com dignidade, o ambiente de trabalho, as relações entre colegas de trabalho e empregador devem ser levado em conta.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região - Rio Grande do Sul, (2008, p. 1) *apud* Baumgardt (2010, p. 2), conforme jurisprudência reconheceu a demissão por motivo de discriminação pelo motivo da orientação sexual da empregada:

EMENTA: INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. OPÇÃO SEXUAL. Situação em que a prova oral deixou evidente que a autora foi vítima de ofensas verbais praticadas pela empregadora, por meio de seu preposto que, ao tomar conhecimento de sua homossexualidade e de relacionamento estreito, mantido com uma colega de trabalho, passou a insultá-la quanto à sua opção sexual, passando a atribuir-lhe os piores serviços, resultando, por fim, na sua despedida. Comprovada a repercussão do dano, na medida em que todos os colegas de trabalho do setor de costura, cerca de 400 (quatrocentas) pessoas, ficaram sabendo que a reclamante e sua companheira haviam sido despedidas em função do relacionamento amoroso que mantinham. Indenização por dano moral que se defere”. (Recurso Ordinário n. 01383-2006-382-04-00-0. Taquara, RS. Redator: João Alfredo Borges Antunes de Miranda, 01 out. 2008, p. 1).

Não importa onde o indivíduo exerça suas atividades laborais, não importa o ambiente, ou com quem vai se comunicar no trabalho, o motivo de uma pessoa estar inserido nessas minorias sexuais não os impedem de serem profissionais de sucesso. A orientação sexual do empregado nada interfere na capacidade profissional não podendo ser considerada de forma alguma como causa para sua dispensa (OLMOS, 2008, p. 75). A sociedade traz do passado a mentalidade que a homossexualidade é uma perdição, descaminho do que é correto, e isso traz resultados negativos para essas minorias sexuais, pois é essa mentalidade que traz toda discriminação no que se diz respeito ao trabalhador homossexual.

Como Olmos (2008, p. 75) preconiza:

Não pode ser admitido que determinado empregado seja demitido por ser homossexual, o que é bastante comum na atualidade, especialmente nos empregos que exigem posturas mais formais dos empregados (bancos, escritórios de advocacia, entre outros).

É extremamente impossível avaliar se um indivíduo pode desenvolver uma atividade profissional melhor ou pior que outros apenas porque é homossexual. A discriminação endereçada a essas minorias sexuais está intimamente ligada à diferenciação que é feita entre pessoas, em razão de determinada característica, que, por si só, não interfere no trabalho e que não possui qualquer relação com a atividade desenvolvida. Trata-se de discriminação aleatória, sem qualquer justificativa, senão a ignorância e o preconceito das pessoas que discriminam e que têm, em seu íntimo, sentimentos de que as pessoas diferentes do “padrão” traçado como ideal são inferiores (OLMOS, 2008, p. 27). Segundo Baumgardt (2010, p. 1.)

“A orientação sexual não diferencia os homossexuais dos demais trabalhadores, uma vez que possuem seus direitos assegurados, tendo como fundamento legal o dever de respeitar as diferenças.”

2.3 Tipos de discriminação

2.3.1 Discriminação negativa e discriminação positiva (ações afirmativas)

Como visto em capítulo anterior, a ideia de discriminação estaria ligada a a fatores negativos e, por este motivo, caberia ao Poder Judiciário repelir qualquer tipo de conduta que propicie a prática de atos discriminatórios.

A discriminação negativa é aquela que traz um tratamento desigual, criando um desfavor à pessoa, negando ou excluindo o convívio social ao indivíduo, com base em critérios injustificados e injusto (SANCHES, 2009, p. 54).

Assim observamos que,

[...] discriminação negativa é aquela que não tem por fundamento a adoção de medidas tendentes a diminuir as diversidades sociais e econômicas, limitando a acentuar a regra da plena igualdade jurídica em sentido subjetivo e pessoal, estabelecendo um desfavor à pessoa discriminada (CARLOS, 2004, p. 32).

Para caracterizar a discriminação negativa, “é necessário que o tratamento diferenciado oferecido a alguns indivíduos produza um prejuízo observável, quando cotejado com tratamento dispensado aos outros indivíduos ou grupos desses” (COUTINHO, 2003, p. 19 *apud* SANCHES, 2009, p. 54).

Ao contrário da discriminação negativa, a discriminação positiva estabelece vantagens competitivas para um grupo de pessoas. Vários grupos de minorias são excluídos com isso não tem as mesmas oportunidades, pois carregam da história e da cultura esta exclusão, assim exige do Estado através de políticas protetivas, compensar essas diferenças e corrigir essas distorções sociais para garantir a igualdade de oportunidades para esses indivíduos que se encontram em porcentagem menor na sociedade. Essas políticas protetivas que garantem essa igualdade de oportunidades também chamada de ação afirmativa.

A ação positiva é praticada em favor das minorias, e encontra em perfeita harmonia com os objetivos fundamentais estabelecidos no art. 3º, incisos III e IV da nossa Carta Magna. Nesse sentido Silva Júnior (2000, p. 47) *apud* Carlos (2004, p. 32-33) afirma,

[...] que o sistema constitucional brasileiro correlaciona igualdade e discriminação em duas fórmulas distintas, complementares e enlaçadas em concordância prática: veda a discriminação naquelas circunstâncias em que sua ocorrência produziria desigualdade e, de outro lado, prescreve discriminação como forma de compensar desigualdade de oportunidade, ou seja, quando tal procedimento se faz necessário para a promoção da igualdade. Este significado binário, evitar desigualdade versus promover a igualdade, atribui ao princípio da igualdade dois conteúdos igualmente distintos e complementares: um conteúdo negativo, que impõe uma obrigação de não fazer: não discriminar; e um conteúdo positivo, que impõe uma obrigação positiva, uma prestação, um papel ativo uma obrigação de fazer: promover a igualdade.

Evidente que a pura e simples inserção do princípio da igualdade e a proibição de condutas discriminatórias no texto constitucional com a cominação de penas para as condutas discriminatórias não seria o suficiente para efetivar a igualdade jurídica. Foi o que demonstrou durante a história do nosso Estado. Por mais importante que o princípio ocupa no ordenamento jurídico não teria o condão suficiente de assegurar a devida igualdade de oportunidades, para isso a ação afirmativa tornou-se relevante para concretização de igualdade.

Feito essas explanações podemos entender pelo significado de discriminação positiva/ação afirmativa como favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, juridicamente desiguais, por preconceitos arraigados culturalmente na sociedade que se mostrou necessários ser superados para que a eficácia do princípio da igualdade fosse superada. Como dissemos em páginas anteriores que a simples formalização de regras não bastava para assegurar as garantias que se encontram na Constituição, foi primordial ir além para que tais promessas fossem cumpridas.

A Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra mulher, Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência são exemplos de instrumentos internacionais que além de objetivar a erradicação da

discriminação dispensada em face destas minorias prevêem a adoção de ações afirmativas como medida a ser adotada pelos Estados para eliminação das desigualdades.

Sanches (2009, p. 57) demonstra que é impensável admitir que programas de ações afirmativas são inviáveis por criar discriminação de maiorias, pensar assim seria o mesmo que compreender que para haver igualdade de oportunidades basta a igualdade formal, independentemente das desigualdades históricas a que determinados grupos e pessoas estão sujeitos. No entanto tratar os iguais e desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades deve ser vista como forma de promover a igualdade daqueles grupos que foram e ainda são marginalizados por preconceitos, com isso a discriminação positiva se mostra eficaz para a superação e diminuição social que essas minorias estão sujeitas.

Em se tratando de implementar ações no que diz respeito a orientação sexual de pessoas que estão incluídas nesse grupo de minorias sexuais deve ser admitido que seria por demais complicado e difícil, pois não é grande o número de pessoas nessa posição que assume sua orientação sexual, conforme dispõe Sanches (2009, p. 58),

[...] temos que reconhecer a dificuldade de se implementar ações efetivas de discriminação positiva no plano da homossexualidade em face do número ainda pequeno de homossexuais que assumem claramente a sua opção sexual perante a sociedade.

Para que as ações afirmativas possam ter aplicação nas questões que dizem respeito à homossexualidade e que tenham resultados, primeiramente deve ter além de políticas de conscientização, a implementação do tema na educação sobre liberdade da orientação sexual das pessoas, reduzindo o preconceito que esta arraigada na mentalidade da sociedade. Tal procedimento permitiria que muitas pessoas com medo de assumir sua orientação sexual assumissem sua verdadeira posição, assim num segundo momento poderia falar em criar medidas efetivas que garantam a inserção desses indivíduos que ainda encontram excluídas de umas séries de direitos e oportunidades que são oferecidas aos heterossexuais (SANCHES, p. 58).

Por fim, importante ressaltar que a discriminação negativa é ilícita, cria um desfavor à pessoa discriminada, distingue da discriminação positiva, lícita, que tem a finalidade de assegurar à igualdade real, dando origem as ações afirmativas.

2.3.2 Discriminação direta e discriminação indireta

A discriminação negativa pode assumir diversas feições e dependendo de como ela é exteriorizada, ela pode ser classificada em direta ou indireta.

Para Carlos (2004, p. 31) “a discriminação direta ocorre quando se estabelece um tratamento desigual fundado em razões arbitrárias e desmotivadas”, ou seja, “é aquela discriminação pela qual o tratamento desigual está fundado em critérios proibidos como, por exemplo, aqueles apontados no ordenamento jurídico: sexo, cor, religião, origem, raça, etc” (SANCHES, 2009, p. 59), ou seja são todas aquelas hipóteses apontadas no ordenamento jurídico.

O empregador na discriminação direta trata de modo menos favorecido as pessoas de grupo cuja causa de homogeneidade é o sexo, a cor, a orientação sexual e tantas outras. Nesse sentido, a discriminação direta se daria por meio de exclusão explícita, seja de um grupo social, ou de um indivíduo, perante características próprias, fundados em critérios proibitivos de distinção, tendo como consequência o tratamento desfavorável.

Conforme Coutinho (s. d., p. 20) dispõe a “Discriminação direta pode ser vista, ainda como uma forma de dominação de um grupo social sobre o outro”, a própria divisão sexual no trabalho, em que a situação da mulher, apresenta como fonte de discriminação direta, pois, a preferência é pelo homem. A discriminação direta no ambiente de trabalho, o empregador trata de modo desfavorável, desigual o obreiro em razão de seu sexo, orientação sexual, cor, origem, idade, etc.

Já a discriminação indireta,

[...] observa-se sua manifestação no tratamento formalmente igual, mas que produz efeitos diversos, em favor de determinadas pessoas ou grupos. São práticas aparentemente neutras, mas que resultam por excluir pessoas ou grupos sociais historicamente discriminados (COUTINHO, s. d., p. 20).

Nesse ponto de vista a discriminação indireta procede quando se confere tratamento formalmente igual, mas tem efeito diverso no resultado sobre determinadas minorias, acarretando a desigualdade. Segundo Carlos (2004, p. 31) a discriminação indireta “consiste em uma regra neutra à primeira vista e que se aplica igualmente a todos os empregados, mas que produz efeito discriminatório para um empregado ou um grupo de empregados”.

Magano (1993, p. 166) *apud* Carlos (2004, p. 31) distingue a discriminação direta com a indireta dizendo: “A direta se verifica quando o empregador adota diretriz de não admitir mulheres a seu serviço. A indireta se configura quando certos setores da economia se mostram estruturados de forma a mais favorecer o emprego dos homens.”

A discriminação indireta guarda uma aparência formal e igualdade, mas produz efeitos diversos sobre determinados grupos, criando verdadeira situação de desigualdade. Importante mencionar que a intenção discriminatória fica aparente sempre na discriminação direta, mas não fica na indireta.

Exemplo clássico de discriminação indireta são os anúncios de trabalho que exigem dentre “boa aparência” ou idade “jovem”. Fator importante de ser mencionado na discriminação indireta é a não necessidade de se provar a intenção do agente de praticar a discriminação, basta a prova da conduta discriminatória sendo esta relevante para a tipificação do ato. A análise e o efeito da discriminação e não a vontade de praticar o ato (SANCHES, 2009, p. 60).

A discriminação indireta além de ser a mais frequente é a mais sutil, ou seja, é menos evidente. Por isso, tanto a jurisprudência e a doutrina entende que, pela dificuldade de ser comprovada, cabe ao acusado o ônus de provar que não praticou tal ato.

Em se tratando de discriminação indireta direcionada a orientação sexual das pessoas Sanches (2009, p. 60) esclarece que:

É nessas circunstâncias que geralmente se perpetua a discriminação em razão da orientação sexual, mascarada através de condutas que na sua essência escondem a intenção discriminatória do agente. Tal situação é reforçada pelas próprias características que permeiam a homossexualidade, pois, ao contrario da mulher, do negro, do deficiente, em que os fatores discriminatórios estão expostos, a opção sexual de cada um não é identificável pela aparência externa, o que facilita o agir discriminatório e dificulta a adoção de medidas positivas que proporcionem a inclusão.

Bem verdade que a orientação sexual das pessoas nem sempre ficam aparente, e isso tornam os presas fáceis para o ato da discriminação, pois o ato fica escondido na intenção do empregador, como exemplo o patrão demiti o indivíduo por descobrir que o empregado é homossexual, mas a justificativa para a demissão é outra.

Neste entendimento Bento (2000, p. 21) *apud* Carlos (2004, p. 32) esclarece que nenhuma empresa declarará por escrito: “Não aceitamos negros para o cargo de chefia” (discriminação direta). Mas, gerentes chefes, encarregados e selecionadores de pessoal, utilizam, no dia a dia de empresas, essas regras que são informais, que caracterizam a discriminação indireta (CARLOS, 2004, p. 32).

2.4 Princípios aplicáveis à discriminação por orientação sexual

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 (SILVA; ROSA, 2013, p. 267). Com isso a pessoa que padece com as atitudes de discriminação de seu empregador e colegas de trabalho devido a sua orientação sexual, necessita muitas das vezes da proteção estatal para que possa ter resolvida sua situação em razão dessa discriminação.

Importante relembrarmos que a orientação sexual aqui entendida é a identidade atribuída a alguém em razão da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para outra pessoa do mesmo sexo, do sexo oposto ou de ambos os sexos.

2.4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana elencado no artigo 1º, inciso III, reconhecido na Constituição da República de 1988 como um dos fundamentos do nosso Estado democrático de Direito. Tal princípio da proteção a dignidade da pessoa humana e tem como ponto central a ideia de que a pessoa humana é um fim em si mesmo, não podendo ser rejeitada pelas suas características individuais que a representam (RIOS, 2001, p. 89).

Torna-se possível sustentar que a dignidade da pessoa humana está relacionada diretamente com a orientação sexual do indivíduo. O Estado Democrático de Direito, tendo como princípio a dignidade da pessoa humana, assegura várias liberdades as pessoas. Assim, no momento em que uma determinada pessoa ou até mesmo o estado passa tratar o igual de forma desigual em função de sua orientação sexual, pratica o ato da discriminação, violando o princípio em referência.

Segundo Rios (2001, p. 92),

[...] ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode simplesmente ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade.

A importância desse princípio devido à valorização da dignidade humana tem o nosso ordenamento jurídico brasileiro repelir quaisquer providências atos diretos e indiretos que violem tal dignidade, pois se não o fizer enfraquecerá e esvaziara a força normativa desta noção que temos de princípios valorativos.

A dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca de cada indivíduo, merecedora de respeito e consideração de todas as pessoas, inclusive do Estado, isso implica um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem ao indivíduo qualquer ato degradante ou desumano, oferecendo a ele condições mínimas para sua existência, tendo como consequência uma vida saudável, e sua participação da vida em comunhão com os demais indivíduos (SARLET, s. d., *apud* PARANÁ, 2011, p. 1-2)

Santa Catarina (2013, p. 1), o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região proferiu o seguinte acórdão em se tratando de um litígio trabalhista que trata da discriminação do empregado homossexual:

ATOS DISCRIMINATÓRIOS. EMPREGADO HOMOAFETIVO. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. A conduta da empregadora, consistente no tratamento discriminatório dispensado ao autor no ambiente de trabalho, além de lhe acarretar humilhações, traz junto o desrespeito à sua dignidade como pessoa humana, que constitui um dos princípios fundamentais da Constituição Federal (inciso III do art. 1º da CF/88), traduzindo-se no núcleo axiológico de todo

ordenamento jurídico. A discriminação do empregado homoafetivo ofende ao princípio da igualdade, preceito que tem assento constitucional no art. 3º, que estabelece como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Os atos discriminatórios violam, de igual forma, o Pacto de San José de Costa Rica e a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, normas internacionais ratificadas pelo Brasil, e que concretizam, também, o princípio da igualdade, preceito que tem assento constitucional no art. 3º, que estabelece como um dos objetivos da república federativa do Brasil a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

A dignidade da pessoa humana, além de ser um valor espiritual é também um valor moral inerente a toda pessoa, que exige o respeito por parte dos demais, constituindo-se um mínimo que todo ordenamento jurídico deve assegurar. O princípio da dignidade da pessoa humana atua como elemento fundante e informador de todos os direitos e garantias fundamentais, ele assenta na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados. Exerce também papel integrador do sistema jurídico, servindo de parâmetro para, interpretação, aplicação e integração, não apenas dos direitos fundamentais e de normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico como um todo.

2.4.2 Princípio da igualdade

Como se percebe os atos discriminatórios não viola apenas o princípio da dignidade da pessoa humana, ofende uma gama de princípios. O princípio da igualdade previsto no artigo 5º da nossa Lei Maior traz que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Esta igualdade se concretiza perante a lei no princípio da igualdade, devido que o conjunto de leis e normas que formam o ordenamento jurídico não há como diferenciar-se a distinção de tratamento, uma vez que restou estabelecido em nossa Constituição que, em relação à lei, somos todos iguais (SANCHES, 2009, p. 41).

Segundo Canotilho (2002, p. 424), *apud* Sanches (2009, p. 41) a "igualdade é um pressuposto para a uniformização de um regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico". Assim a igualdade jurídica nasce com a liberdade individual.

O princípio da igualdade está intimamente ligado à ideia de liberdade, principalmente quando discuti questões acerca de orientações sexuais das pessoas. Como visto já em páginas anteriores o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. O princípio que melhor abarca esta proteção é o princípio da isonomia, é a lei que deve tratar todos iguais indistintamente, não agiria dentro da legalidade o Estado que negasse essas minorias sexuais os mesmos direitos que concede aos heterossexuais (ALMEIDA; MARTINS, 2013, p. 13261).

A discriminação e a igualdade pairam sob o prisma da inclusão-exclusão. Em relação à igualdade essa pressupõe formas de inclusão social, enquanto a discriminação implica na exclusão e intolerância à diferença e diversidade. A proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade, com a efetiva inclusão social de grupos que sofrem constantemente a discriminação (OLTRAMARI; OLTRAMARI, s. d., p. 8).

2.4.3 Princípio da liberdade

A liberdade e a igualdade estão enraizadas na consideração do próprio ser humano. A liberdade indica estado enquanto a igualdade uma relação. O ser humano deve ser livre enquanto ser social e deve estar como os demais numa relação de igualdade. Reconhecer e concretizar o princípio da igualdade estão intimamente ligados à ideia de liberdade, inclusive às questões relacionadas à orientação sexual (BOBBIO, s.d. *apud* PARANÁ, 2011, p. 2)

A liberdade sexual é direito de dispor do próprio corpo ou ainda de não ser forçado a praticar ato sexual, e vai muito além de simples disposição do próprio corpo de maneira livre e voluntária, envolve a proteção à intimidade, à vida privada, à honra, à dignidade, não basta a liberdade de orientação sexual formalmente garantida, é preciso igualdade de direitos materialmente estabelecidos (DINIZ, s.d. *apud* PARANÁ, 2011, p. 2).

Paraná (2011, p. 1), o tribunal Regional do Trabalho proferiu acórdão reconhecendo o direito à liberdade sexual (mesmos comentários anteriores):

A vedação à discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho fundamenta-se na ordem constitucional que, além de erigir a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho entre os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III e IV), impõe como objetivo primeiro a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). A teor do art. 5º da Constituição Federal, que inicia o título II referente aos direitos e garantias fundamentais, estabeleceu-se a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, demonstrando claramente a repulsa à prática de atos discriminatórios pelo constituinte originário. Garantiu-se, ainda, no inciso V, "o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem". Também se previu no inciso X que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação". No caso dos autos, a dor íntima e o sofrimento psicológico experimentados pelo Autor decorreram do tratamento depreciativo e pejorativo que lhe era dispensado pelo superior hierárquico em razão de sua opção sexual. Os princípios fundamentais da pessoa humana, previstos na Constituição da República, tais como a honra, a imagem, a dignidade, a igualdade e a liberdade (sexual), foram desrespeitados.

Esse respeito ao trabalhador vai desde a pré-contratação até após a demissão do obreiro, sendo que não poderá haver em momento algum desrespeito ao direito da personalidade, liberdade, dignidade da pessoa humana e da igualdade, e especificamente quanto a sua orientação sexual, razão pela qual, toda relação que o empregador tiver com o empregado seja pré ou pós-contrato seja pautada em critérios objetivos (SILVA; ROSA, 2013, p. 267).

3. DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NO CONTRATO DE TRABALHO

O que facilita a discriminação endereçada às minorias sexuais é o fato de que muitas vezes o contrato de trabalho já se formou, ou seja, o indivíduo já está laborando, e a relação de subordinação do empregador com o poder de mando e gestão que exerce em face do empregado, faz com que se acha que têm o controle total sobre o trabalhador, e até mesmo em questões de cunho pessoal, que nada tem ligação com a relação de trabalho.

Nos contratos de trabalho de uma maneira geral, ainda nos dias atuais, essas minorias sexuais ainda deixam de ser contratados, são despedidos ou em algum período de sua vida tem sua carreira profissional prejudicada por questões que estão literalmente vinculadas à sua orientação sexual.

3.1 Fases do contrato de trabalho

Na relação de emprego o empregado encontra-se subordinado aos poderes do empregador e devido essa natureza de poder, pode acontecer a discriminação que afeta o ambiente de trabalho, bem como a vida do trabalhador, pois este além da submissão em que se encontra está sobre o comando de fiscalização do empregador ou prepostos. Este estado de subordinação, somado as características do contrato de trabalho, pessoal e de trato sucessivo, pode criar a prática da discriminação. No entanto, o empregador que dispensar o empregado, seja na fase pré-contratual, na contratual ou pós-contratual com tratamento discriminatório e sendo incompatível com o padrão jurídico ao caso concreto estará praticando a conduta proibida no ordenamento jurídico.

3.1.1 Discriminação na fase pré-contratual

Fase pré-contratual é aquela fase que antecede ao contrato de trabalho é momento em que não existe formalmente ainda a relação de emprego. Este período que antecede a contratação, a fase de seleção de emprego é momento propício a prática da discriminação indireta ou velada, pois é nessa fase que o empregador usa

de métodos para não contratar determinados interessados a vaga por motivos estranhos a atividade profissional.

São muitos os métodos usados para selecionar um candidato. Todavia, esses métodos devem se restringir a avaliar exclusivamente a aptidão do candidato para a realização das funções alusivas ao cargo que deseja ocupar, sob pena de se caracterizar conduta discriminatória e ainda violar a dignidade e a intimidade do indivíduo (SANCHES, 2009, p. 79).

Na fase pré-contratual pode haver outros métodos discriminatórios, conforme Coutinho (s. d., p. 114) esclarece:

É o caso das arguições pessoais, passagem por detector de mentiras, exames grafológicos e aplicação de questionários, durante o processo seletivo, com o objetivo de obter informações sobre crenças religiosas, opiniões políticas, orientação sexual, estado de saúde, situação familiar, ou apurar traços do caráter e da personalidade do trabalhador, candidato à vaga de emprego. Estes procedimentos invadem a esfera pessoal do trabalhador, e lesam seu direito à intimidade, à liberdade, à igualdade e à não discriminação, assegurados pela Constituição.

O método mais utilizado pelos empregadores para descobrir a orientação sexual do candidato é a entrevista, que pela subjetividade e a dificuldade de se provar a intenção de discriminação. Nessa fase, e esse tipo de seleção por mais que não ocorra a contratação por fatores vinculados a orientação sexual do candidato, o empregador justifica outros motivos que são inverdades.

Na seleção questionamentos como: namora, com quem mora, lugares que frequenta ou coisas da vida pessoal como um todo “podem mascarar a intenção do entrevistador de desvendar a orientação sexual do candidato e evitar a sua contratação no caso desta opção não ser a desejada pelo empregador” (SANCHES, 2009, p. 81).

Segundo Balestero *apud* Silva, Secretário Geral da ABGLT:

Diversos homossexuais são demitidos, preteridos para assumir um cargo, mesmo que tenham competência para tal, ou até mesmo não são admitidos em empresas privadas e estatais, somente por causa de sua orientação sexual. (2011, p. 5).

O que deve interessar ao empregador é a prova de aptidão para o então cargo vago, não sendo essa a intenção, mas outras ultrapassam de seus direitos

entrando na esfera de direitos fundamentais garantidos ao candidato, que não tem relação com a contratação do candidato. As informações buscadas na fase de seleção como mencionado deve referir-se a capacidades ou aptidões do candidato para a função que deva exercer, ao contrário serão tomadas como práticas discriminatórias.

Sanches (2009, p. 85) ressalta que no momento que um indivíduo,

[...] homossexual se vê preterido em uma vaga de emprego em detrimento de outro candidato heterossexual menos qualificado, deve procurar o sindicato da categoria, bem como o Ministério Público do Trabalho para que as investigações sejam efetuadas no sentido de coibir e evitar este tipo de conduta.

O fato de a relação contratual ainda não ter se formado, pois ainda encontra-se em fase de seleção, não impede que o candidato a vaga ingresse com reclamatória trabalhista na Justiça do Trabalho solicitando indenização por danos morais e materiais e outras verbas que entender cabíveis em razão da conduta discriminatória.

Essas práticas discriminatórias tornam-se mais cruéis e desumanas no campo do trabalho, pois o emprego é essencial para uma vida decente e essencial para a sobrevivência de qualquer pessoa e privar qualquer pessoa do emprego é privá-la de seu sustento ou do sustento de seus dependentes (GUGEL, 2000, p. 06).

3.1.2 Discriminação na fase contratual

Na fase contratual o candidato superou a fase de seleção tendo sido contratado. Esta fase contratual da relação de trabalho é o período que decorre do início do contrato de trabalho até o momento anterior à sua extinção. Mesmo que o empregado tenha superado a fase de seleção não está imune das práticas discriminatórias no curso da relação de trabalho.

Nem sempre a orientação do indivíduo fica aparente ou é revelada no momento de seleção para o preenchimento da vaga. Com o decorrer do tempo e com a convivência com o empregado é que pode ser descoberta ou vir a tona a orientação sexual do trabalhador, e é por isso que é mais comum a discriminação voltadas para essas minorias sexuais surgirem no momento em que a prestação de

serviço está em andamento, ou seja, no período de flagrância do contrato de trabalho.

Como dito, nem sempre no momento da relação empregatícia, a descoberta da orientação sexual do empregado é revelada por ele próprio, podendo vir de investigações iniciada pelo próprio empregador, ou até mesmo por colegas de trabalho.

Segundo Sanches (2009, p. 86),

A partir da descoberta é que se inicia o processo de discriminação propriamente dito. Esta discriminação pode se manifestar de diversas maneiras, como por exemplo, através de brincadeiras jocosas, isolamento do empregado, redução do salário, preterição no momento da escolha de promoção, dentre outras. Todas essas condutas discriminatórias caracterizam o que atualmente se optou por denominar de “assédio moral”.

A realidade é que, todo assédio moral é, na sua essência, discriminatório, na medida em que ratifica a recusa de uma diferença ou de uma particularidade da pessoa. Prefere-se em muitos casos a prática do assédio moral à discriminação direta, na medida em que ele é muito mais sutil e na maioria das vezes mais perverso e destrutivo (SANCHES, 2009, p. 86).

Discriminar um indivíduo diretamente pode trazer responsabilidades e punições aos empregadores se o empregado é claro buscar a justiça. Achar uma forma menos evidente para inferiorizar e diferenciar um trabalhador pela sua orientação sexual ou qualquer outra característica a que aquele nega pode ser o caminho certo para trazer sofrimento ou a saída do trabalhador no emprego e muitas das vezes o empregado nada faz, pois já em outras páginas já mostramos que muitos continuam no emprego doentes ou infelizes.

3.1.2.1 O assédio moral como forma de discriminação na fase contratual

Como pudemos perceber a discriminação pode se dar de várias formas. A discriminação também pode estar imbuída no assédio moral na fase contratual, onde o empregado já superou a fase da seleção.

O empregador quando quer discriminar o empregado pode também assediá-lo moralmente com o objetivo que ele desligue da empresa por não mais suportar trabalhar naquelas condições.

Compreendemos que o empregador estará praticando os dois institutos em comento, qual sejam a discriminação e o assédio moral. A conduta assediadora, tem semelhança com a figura da discriminação, pois pode revelar a não aceitação das diferenças existentes entre as pessoas, diferenças estas que devem ser superadas para que se possa alcançar o bem-estar social. Para haver o assédio moral tem que haver a relação de trabalho.

Para Hirigoyen (2002, p. 103) *apud* Sanches (2009, p. 86) o assédio moral no trabalho é “toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se, sobretudo por comportamento, palavras, atos, gestos, escritos, que posam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa.”

O assédio moral destrói aos poucos a saúde psíquica e moral do indivíduo, mediante agressões continuadas, o empregador ou superior hierárquico sendo o assediador tem como objetivo com essa conduta dominar o empregado até conseguir o que deseja. Demiti-lo ou fazer com que o empregado solicite sua demissão ou até pura e simplesmente trazer sofrimento para o mesmo.

O assédio moral é o terror psicológico, destinados a definir com violência pessoal, moral e psicológica no trabalho. Segundo Medeiros (2012, p. 23),

[...] o assédio moral se caracteriza como uma ofensa, uma agressão que ocorre de maneira repetitiva e prolongada, durante o horário de trabalho e no exercício de suas funções transformando o local de trabalho num lugar hostil e de tortura psicológica e que gera um dano a personalidade.

Percebe-se que o assédio moral é a exposição do trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, são atos repetitivos e prolongados durante o trabalho. A forma mais comum se dá nas relações hierárquicas, onde o empregador ou seus prepostos usa de condutas negativas, e com relações desumanas e antiéticas e de forma continua e com longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais empregados, desestabilizando a relação e o ambiente de trabalho, bem como a organização, forçando o trabalhador desistir do emprego.

As principais vítimas do assédio moral mais frequente são: as mulheres grávidas ou que tem filhos pequenos, portadores de doenças, vítimas de acidente de trabalho, negros, portadores de necessidades especiais, trabalhadores com mais de 40 anos e por fim aquele que é de interesse desse trabalho os homossexuais (PASSOS, 2013, p. 11).

O Tribunal Regional da 3ª Região – Minas Gerais, no Processo 00780-2011-149-03-00-7, em Recurso Ordinário reconheceu a discriminação endereçada a um homossexual pelo assédio moral assim se posicionando:

Assédio moral. Tratamento discriminatório e hostil fundado na opção sexual do empregado. Aplicação da teoria da “punitive damages”. Concretizada a reincidência e gravidade da conduta ilícita, não se deve apenas ter por viável a concepção compensatória da indenização, pois esta, por vezes, apesar de buscar reparação completa dos prejuízos, se mostra ineficaz. O ofensor, mesmo depois de lhe ser imposto o pagamento compensatório, não raras vezes se mostra indiferente ao ocorrido, pois normalmente pode pagar o preço, gerando-lhe ganhos, tendo por consequência enriquecimento ilícito com a persistência da prática, a morosidade da prestação da justiça, uma vez que se protela o momento da quitação, tendo por prejudicado não só o ofendido, mas toda a sociedade. Constatando-se que a indenização fixada no juízo primevo deixou de levar em conta o caráter punitivo-pedagógico, mister elevar-se o valor fixado, de modo a punir o ofensor, fazê-lo perceber o caráter odioso de sua conduta e, assim, desestimulá-lo da prática da ilicitude, no futuro. (10ª T., Rel. Juíza Convocada Ana Maria Amorim Rebouças, j. 16/02/2012).

Destarte o posicionamento do TRT da 3ª Região, mostra não só o empregado assediado no trabalho, como também mostra que a simples indenização de reparar o dano moral ao empregado não é suficiente para coibir eventuais assédios no futuro. Pois, não é raro que empregadores continuem com a prática de assediar e discriminar, causando danos irreversíveis aos trabalhadores.

Ademais, qualquer pessoa pode estar sujeita ao assédio moral, mas frisa-se que as minorias sexuais estão entre os principais afetados por temerem o desemprego, e muitos deles passam por tais situações calados.

O assédio moral acarreta diversos prejuízos ao empregado, podendo levá-lo inclusive a desistir do emprego. Medeiros (2012, p. 74) enfatiza que os essas minorias sexuais são as maiores vítimas do assédio moral, e ressalta que “são vítimas também da discriminação desde o recrutamento, bem como nas promoções, nas demissões e nas condições de trabalho”.

Segundo Costa e Silva (2014, p. 1) a humilhação repetitiva interfere na vida do trabalhador de modo direto, compromete a identidade, a dignidade do trabalhador bem como as relações afetivas e sociais. Ressalta-se que o assédio moral ocasiona graves danos a saúde física e mental do empregado, podendo evoluir para a incapacidade laborativa, desemprego ou até mesmo a morte.

Outra decisão do Tribunal Regional do trabalho da 3ª Região, no Proc. 0056500-56.2009.5.03.0004, reconheceu o assédio moral a reclamante que era homossexual, com o seguinte entendimento:

Assédio moral. Lesão à intimidade e imagem do trabalhador. Danos morais. O apontamento desrespeitoso e jocoso pela supervisora da reclamante, perante os demais presentes no ambiente de trabalho, a respeito de aspectos relativos a suposta opção sexual da trabalhadora, constitui conduta que atenta contra a preservação e o respeito à intimidade e imagem da laborista, valores resguardados constitucionalmente (art. 5º, X, da CF), pressupostos para a promoção de condições dignas de trabalho. [...] O empregado tem direito de ter preservada a sua intimidade, sem interferência do empregador sobre questões a ela afetas, o que inclui privacidade sobre aspectos íntimos de sua vida e personalidade. Constitui lesão à imagem do empregado a referência discriminatória e preconceituosa a ele por parte do preposto da empresa, com alusão a aspectos íntimos de sua vida privada. Evidencia-se, dessa forma, que a reclamante era alvo de perseguição por parte de sua superior hierárquica, sendo exposta a inúmeras situações humilhantes, sofrendo medidas abusivas de constrangimento no trabalho, de forma repetida e prolongada, que causaram dano à sua dignidade (art. 1º, III, da CF), o que permite reconhecer o assédio moral configurador da obrigação da reclamada de indenizar a autora pelos danos morais sofridos, conforme artigos 186, 187, 927 e 932, III, do CC. (2ª Turma Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira, j. 02/03/2010).

A orientação sexual do trabalhador é protegida constitucionalmente, pois está vinculada a sua vida particular, a sua intimidade, a sua personalidade, e a violação desse direito implica danos morais, *in casu* a trabalhadora foi assediada moralmente no trabalho pelo motivo de sua orientação sexual.

É de suma importância termos conhecimento dessas decisões para demonstrarmos que não é incomum tais acontecimentos.

O assédio moral não se confunde com a discriminação, mas o empregador ou seus prepostos podem assediar moralmente um ou mais empregado homossexual como meio para discriminá-lo. Assim ao invés do empregador demiti-lo

esse faz o uso do assédio moral, fazendo com que o empregado desista do emprego.

Nessa seara podemos dizer que o objetivo do empregador é discriminar o laborista assediando-o para que este saia da empresa, bem como não ter que pagar as verbas trabalhistas por demissão sem justa causa.

3.1.3 Discriminação na fase pós-contratual

Mesmo que a relação de trabalho já tenha tido como dissolvida isso não impede que haja a discriminação. É comum novos empregadores buscarem informações de pessoas que queiram contratar a empregadores anteriores.

Esse tipo de discriminação é também frequente, ainda mais quando se trata de demissões por justa causa ou quando o empregado entrou com ação trabalhista na Justiça do Trabalho.

É comum nos casos onde ex-empregado ingressa com ação trabalhista e ex-empregador ao ser consultado pelo novo empregador sobre o trabalhador passe seu histórico mencionando o fato de ter ingressado com a ação de modo a inviabilizar a contratação no novo emprego (SANCHES, 2009, p. 91), ou mais passando informações de cunho pessoal do ex-empregado como exemplo passando informações da sua orientação sexual ou outra informação que possa atrapalhar a nova contratação.

[...] em caso de prática genérica pelo empregador de discriminar trabalhadores homossexuais, baseada em critérios usados durante a fase contratual e pós-contratual no emprego, diferenças salariais ou de exercício de funções, relegando os homossexuais a funções não condizentes com a capacidade e habilidades diminuindo e desvalorizando os seus diplomas profissionais. (GURGEL, 2000, p. 1).

Portanto, mesmo após a cessação da relação empregatícia, “é possível, ainda, verificar situações em que o empregado se vê ofendido em sua dignidade como pessoa, por ato discriminatório de seus ex-empregadores ou prepostos” (COUTINHO, s. d., p. 128).

3.2 Da responsabilidade na reparação do dano moral

A violação aos direitos da personalidade tem proteção no inciso X, art. 5º da CF, assegura a quem teve seus direitos à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem violados e que deve 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 186 que estabelece: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e o art. 927 do CC que dispõe: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

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, esteja implícito ou expresso na lei 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 (SILVA; ROSA, 2013, p. 283).

O art. 932, III do Código Civil dispõe que é responsável pela reparação civil o empregador por seus empregados, serviçais ou prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele. E responderão pelos atos praticados por estes terceiros, ainda que não haja culpa de sua parte (art. 933 do CC).

O trabalhador que sofre um dano moral, terá direito a indenização por danos materiais e morais, que são devido pelo empregador, independente se há ou não culpa deste. Desse modo, desnecessário questionar se a culpa *in vigilando* (falta de vigilância ou responsabilidade) ou *in eligendo* (equivocada escolha do preposto).

3.3 A ausência de norma específica, e a interpretação do artigo 3º da CF

Como vimos em passagens anteriores, inexistente na legislação brasileira norma específica que trate da discriminação por orientação sexual. Todavia esta omissão legislativa não pode ser utilizada como pretexto para empregadores discriminarem. Essas minorias sexuais podem ser amparadas com normas internas

e internacionais que proíbem qualquer forma de discriminação infundada no ambiente de trabalho e que são aplicáveis às situações de discriminação por orientação sexual.

A proibição por discriminação por motivo da orientação sexual do indivíduo no trabalho pode ser encontrada no plano Constitucional na dignidade da pessoa humana, no valor social do trabalho entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, e como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceitos. A rejeição a essas práticas discriminatórias também está expressa no artigo 5º da Constituição que estabelece que todos somos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

O artigo 3º da Constituição Federal dispõe que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Percebe-se que a Constituição de 1988, não insere em seu texto a orientação sexual, mas por mais que ela não tenha trazido em seu texto o termo, ela veda a discriminação por motivo de sexo, referindo-se à proibição de discriminação por orientação sexual explícita. Nesse mesmo sentido é o entendimento da jurisprudência:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. OPÇÃO SEXUAL. CARACTERIZAÇÃO. Nas relações de emprego, a discriminação decorrente da orientação sexual do empregado enquadra-se no conceito de discriminação por motivo de sexo, uma vez que este – o sexo – não está restrito ao seu aspecto biológico (feminino ou masculino), mas abrange também a sua manifestação nas relações interpessoais. (TST, AIRR-7663/2006-034-12-40.5, Min. Relator Emmanoel Pereira).

A Carta Magna de 1988 traz a proteção contra discriminação por orientação sexual, porém, utilizando-se do termo “por motivo de sexo”, deixando evidente que essa é uma espécie de discriminação em relação à sexualidade do indivíduo (RIOS; PIOVESAN, s.d., p. 162).

A consolidação e o aperfeiçoamento de lei específica que coíbe as práticas de modo geral, especificamente no campo do trabalho, são extremamente fundamentais enquanto instrumento de proteção para os litígios pelo motivo da discriminação.

Contudo, por mais que nossa realidade no trabalho seja muitas das vezes informal, uma legislação específica sobre a discriminação por orientação sexual pode contribuir para a transformação da realidade.

Nessa seara resta reconhecer que por mais que podemos socorrer a normas gerais dando interpretações amplas, a ausência de normas mais específicas compromete de modo considerável a busca dos litígios para a restauração de direitos (GOMES, 2011, p. 78-79).

Mesmo existindo esse panorama da falta de proteção dessas minorias sexuais por lei específica no Brasil, existe o Projeto de Lei de n. 122/2006 que falaremos mais adiante.

3.4 Da aplicação da lei 9.029/1995 nos casos de discriminação por orientação sexual pelo motivo da omissão legislativa – (anexo I)

O ordenamento jurídico brasileiro ainda não trata da discriminação por orientação sexual de forma significativa e direta. Diante da falta de legislação os aplicadores do direito recorrem-se aos princípios constitucionais, para que as minorias sexuais não tenham seus direitos violados, pois esses tem o direito de ser diferente mais com tratamento igualitário, pois todos nós somos pessoas humanas que merecem ser tratados com dignidade.

A pouca doutrina que se tem sobre o assunto e a jurisprudência tem entendido que a Lei n. 9.029 de 1995, que veda a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para admissão ou permanência no trabalho, sua aplicação por analogia nos casos de discriminação por orientação sexual.

Nesse sentido Sanches (2009, p. 97) esclarece: “[...] em sintonia com a carta Constitucional de 1988, entendemos que a discriminação em razão da orientação sexual do trabalhador, também se encontra protegida pelas regras contidas na Lei 9.029/95”. Nesse sentido a jurisprudência já se manifestou aplicando a referida Lei:

DANO MORAL INDENIZAÇÃO. [...] O Colegiado manteve a sentença monocrática que condenou a ré ao pagamento da indenização prevista na Lei n. 9.029/95, pela dispensa discriminatória em face da opção sexual da autora, além da indenização por danos morais, assim consignando na ementa (fl. 198): (TST, AIRR-7663/2006-034-

12-40.5, Min. Relator Emmanoel Pereira, j. 15/10/2008).

A omissão legislativa não exclui a possibilidade de aplicação da referida lei às hipóteses de discriminação por orientação sexual, seja na fase de admissão, seja no curso do contrato de trabalho ou após a dissolução da relação empregatícia, uma vez que a interpretação e aplicação devem ser feitas a partir da Constituição que veda qualquer tipo de discriminação (art.3, IV). O artigo 1º da referida lei assim dispõem:

Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

A proteção à dignidade do trabalhador, já prevista na CF e no CC, também tem como garantia na Lei 9.029/1995, em seu art. 4º, que prevê que o trabalhador que for demitido por ato discriminatório tem o direito à indenização por dano moral, além de facultar ao empregado 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.

É objetiva a responsabilidade do empregador, quanto a terceiros, sendo o preposto do empregador que pratica a discriminação, que deverá ser provada pelo empregado que se acha discriminado quando da propositura da ação de reparação de danos na Justiça do Trabalho (art. 114, inciso VI, da CF).

Ademais, qualquer ato discriminatório em decorrência da orientação sexual do empregado, seja antes da relação de emprego, durante ou após o seu término, uma vez comprovada pelo empregado a prática do ato discriminatório, por força do CC em seu inciso III, art. 932, o empregador deverá indenizar o empregado discriminado pelos danos morais e/ou materiais sofridos.

3.5 Da rescisão indireta

A rescisão indireta se dá quando o empregador na relação de trabalho pratica atos que torna insuportável manutenção do vínculo empregatício que dá ensejo ao rompimento.

Segundo Martins (2004, p. 390) “A rescisão indireta ou dispensa indireta é a forma de cessação do contrato de trabalho por decisão do empregado em virtude da justa causa praticada pelo empregador (art. 483 da CLT).”

Enfatiza-se que verificada a falta grave por parte do empregador, poderá o empregado pleitear a rescisão indireta do contrato de trabalho, buscando seus direitos na Justiça do trabalho. Como Martins (2004, p. 390) afirma: “A única maneira de se verificar a Justa Causa cometida pelo empregador é o empregado ajuizar a ação na Justiça do trabalho, postulando a rescisão indireta de seu contrato de trabalho”.

O respeito mútuo é algo que deve ser cumprido pelo empregador e empregado. É obrigação do empregador respeitar os direitos trabalhistas, além de respeitar é claro a personalidade, a moral, a honra e a dignidade de seu empregado, e vice-versa. Tal violação implicaria na infração da regras contratuais e das leis trabalhistas, ensejando ao empregado o direito à indenização correspondente, além da legitimação de seu direito de resistência (RUFINO, 2006, p.35).

3.6 Projeto de Lei 122 de 2006 (anexo II)

O PL 122/06 foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 23/11/2006, sob a forma de substitutivo, o projeto foi submetido à revisão do Senado Federal e tem formato de lei modificativa e natureza mais abrangente, ou seja, se aprovada modificará texto de outra lei.

O Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 122, de 2006 (Projeto de Lei nº 5.003, de 2001, na origem), de autoria da Deputada Iara Bernardi, encontra-se até elaboração deste trabalho, no Senado Federal sob exame Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ).

O PL 122/06 está redigido sob o formato de lei avulsa, o texto original limitava-se a prescrever sanções administrativas às pessoas jurídicas por práticas discriminatórias motivadas por orientação sexual apenas, e com base no princípio da isonomia/igualdade, que está disposto no art. 5º da CF.

O PL pretende alterar a Lei nº 7.716, de 05/01/1989, que puni crimes resultantes de discriminação ou preconceito de cor, raça, religião etnia, ou

procedência nacional, e nela inserindo também a punição aos crimes praticados por discriminação de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

Nesse sentido, não só criminaliza diversas condutas, como define o rito de apuração dos atos discriminatórios, amplia os efeitos da condenação deles decorrentes, e altera a Consolidação das Leis do Trabalho e o Código Penal, neste inserindo uma qualificadora para o crime de injúria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos estudos que foram realizados pudemos perceber o quanto este assunto ainda é pouco discutido pela nossa doutrina, deixando claro o pouco interesse sobre o tema.

Os poucos autores que propuseram a discorrer sobre a discriminação por orientação sexual no trabalho argumentam que mesmo não havendo legislação específica acerca de atos discriminatórios contra essa minoria sexual, é possível aplicar os Princípios Constitucionais, não sendo totalmente suficientes para resolver as diversas formas de atos discriminatórios, sendo de suma importância uma legislação que trate de questões pertinentes a discriminação e preconceitos a que essas minorias sexuais são costumeiramente submetidas nas entrevistas para contratação e no decorrer do contrato de trabalho.

Vivemos num estado democrático de direito, onde a diferença não pode ser tratada de forma injusta, e quando acontecem essas injustiças, as mesmas devem ser reparadas. Todo arcabouço jurídico que demonstramos nesse trabalho podem ser aplicados a esses trabalhadores que são rotineiramente estigmatizados no ambiente de trabalho por terem orientação sexual diferente daquelas que são julgados pela sociedade como “normais”.

Ficou nítido na bibliografia pesquisada que a discriminação no contrato de trabalho que é endereçada a as minorias sexuais está longe de acabar, pois ainda há uma grande barreira a ser ultrapassada nos Tribunais. E que a conscientização de nossas crianças nas Escolas acerca da homossexualidade corrobora para que elas visualizem com naturalidade e aceitem as diferenças.

Constatou-se que muitos trabalhadores ainda escondem sua verdadeira orientação sexual pelo medo de ficarem desempregados ou de não conseguirem um trabalho.

Combater a discriminação por orientação sexual significa aplicar o grande princípio da dignidade da pessoa humana, o da igualdade e o da liberdade, com a esperança que todos terão a possibilidade de ser quem são e terem a oportunidades de mostrar seu trabalho e ir em busca das realizações profissionais, não levando em conta os desejos que é um direito à intimidade e que não merece ser afrontado.

As questões relativas aos direitos das minorias têm se mostrado, no cenário nacional, o quanto esses cidadãos homossexuais ainda sofrem com a falta de tolerância, a falta de humanidade de muitas pessoas e na área trabalhista empregadores usando como critério de contratação e/ou permanência de indivíduos no trabalho a sua orientação sexual que nada influencia no bom andamento das atividades.

O Projeto de Lei de n. 122 de 2006, da Deputada Iara Bernardi que tramita no Congresso Nacional desde 2006, e que ainda encontra-se sob análise das Comissões se aprovada tornará crime qualquer discriminação contra negros, idosos, pessoas com deficiência, grupos religiosos além de punir a discriminação por gênero, identidade de gênero e por orientação sexual, não beneficiando somente um grupo mais tantas outras minorias estigmatizadas.

Ficou claro que o PL em comento trouxe esperança a esses brasileiros desprotegidos em um país que propaga a liberdade e a igualdade. A demora de sua aprovação no Congresso retrata um país que ainda não evoluiu o bastante para tutelar os direitos de seu povo na sua integralidade. Essa demora tem como consequência o desamparo de cidadãos agredidos física e moralmente no dia a dia, é o que se vê rotineiramente nos meios de comunicação do Brasil e de outros países.

Os movimentos sociais de homossexuais já conseguiram dar alguns “passos” positivos para combater a discriminação, como a possível adoção de filhos por casais homossexuais e o casamento civil, essas conquistas mostram que o princípio da igualdade está começando a ser aplicado. Percebe-se que estamos muito distante de resolver o problema da discriminação contra as minorias, mas, a esperança de uma solução tem trazido muita “luta”, muitos desafios aos movimentos que defendem os direitos de todos os cidadãos.

Todos nós seres humanos somos dotados de sexualidade, podemos fazer parte de uma relação empregatícia, assim sendo, cabe ao Direito proteger a todos envolvidos nessa relação, com o objetivo de promover um ambiente de trabalho saudável, sem discriminações seja ela qual for, respeitando a personalidade, a dignidade da pessoa humana, com o cumprimento de tais preceitos o empregador poderá obter do obreiro o melhor rendimento possível, independentemente da orientação sexual do trabalhador.

Nas pesquisas que foram feitas constatou-se que inexistente qualquer prova ou fundamento que justifique os atos discriminatórios endereçados as minorias sexuais, a orientação sexual de cada indivíduo não interfere de forma alguma na capacidade intelectual ou de produtividade no empregado. Têm eles totais condições para desenvolverem quaisquer competências como qualquer outra pessoa, inexistindo qualquer vínculo direto ou indireto que ligue a orientação sexual do trabalhador com a capacidade intelectual ou de produtividade no empregado.

Por mais que o poder do empregador e de seus prepostos sejam super relevantes para o bom andamento da empresa e somado a falta de legislação que veda a discriminação as minorias sexuais, não poderá haver a discriminação, ocorrendo tal fato o candidato poderá acionar a justiça para requerer indenizações e, se for o caso, se já contratado e sendo vítima de algum ato ou uma dispensa discriminatória poderá requerer a sua reintegração ao trabalho. Em outras palavras, o poder de gestão e de mando que o empregador possui não pode ser usado de forma deliberada, este tem que gerir os negócios de sua empresa pautando-se em critérios profissionais.

De tudo aqui demonstrado, temos por imperioso que ser diferente não quer dizer ser tratado diferente é ser tratado de maneira igual. Ter critérios claros e objetivo para contratação é importante para que desde o pré-contrato o trabalhador tenha um tratamento ético e moral, que sirva de análise para a contratação somente o que consta no currículo do candidato principalmente a sua qualificação e que não seja analisado os seus prazeres emocionais ou sexuais para sua desqualificação para o emprego.

Sempre haverá diferenças entre as pessoas, seja ela psicológica ou física, e isso legislação nenhuma poderá alterar. Uma coisa é certa: todos nós somos seres humanos, não podendo permitir tratamento desigual de forma a prejudicar o outro, não se permitindo invadir a vida particular do trabalhador, expondo sua vida pessoal e sua intimidade.

Anexo I - Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995

Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - a pessoa física empregadora;

II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no art. 2º e nos dispositivos legais que tipificam os crimes resultantes de preconceito de etnia, raça ou cor, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações: (Redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)

I - multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência;

II - proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: (Redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 13 de abril de 1995; 174º da Independência e 107º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Paulo Paiva

Este texto não substitui o publicado no DOU de 17.4.1995

Anexo II - Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006

Esse é o texto apresentado no relatório do Senador Paulo Paim, o PLC 122 em conjunto com a Lei nº 7.716 tornará crime qualquer discriminação contra negros, idosos, pessoas com deficiência, grupos religiosos além de punir a discriminação por gênero, identidade de gênero e por orientação sexual, não beneficiando somente um grupo.

EMENDA Nº – CDH (SUBSTITUTIVO)

PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 122, de 2006

Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para definir e punir os crimes de ódio e intolerância resultantes de discriminação ou preconceito.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A ementa da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Define e pune os crimes de ódio e intolerância resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, gênero, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou condição de pessoa idosa ou com deficiência. (NR)”

Art. 2º Os arts. 1º, 3º, 4º, 8º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes de ódio e intolerância resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, gênero, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou condição de pessoa idosa ou com deficiência. (NR)”

“Art. 3º

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, gênero, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou condição de pessoa idosa ou com deficiência, obstar a promoção funcional.

.....” (NR)

“Art. 4º

§ 1º Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, gênero, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou condição de pessoa idosa ou com deficiência:

..... (NR)”

“Art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos comerciais ou locais abertos ao público.

.....

Parágrafo único: Incide na mesma pena quem impedir ou restringir a manifestação de afetividade de qualquer pessoa em local público ou privado aberto ao público, resguardado o respeito devido aos espaços religiosos. (NR)”

“Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou o preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, gênero, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou condição de pessoa idosa ou com deficiência:

..... (NR)”

Art. 3º O § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 140.

.....

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem, gênero, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou condição de pessoa idosa ou com deficiência:

..... (NR)”

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Antonia Camargo; MARTINS, Marcio André Conde. *Discriminação por orientação sexual e identidade de gênero no mercado de trabalho: uma visão crítica sobre a jurisprudência trabalhista no Brasil*. Disponível em: <http://www.idb fdul.com/uploaded/files/2013_12_13253_13271.pdf>. Acesso: 3 mar. 2014.

ANGELO, Márcia Maria Vasconcelos. *A discriminação no contrato de trabalho*. Disponível em: <http://angeloadvogados.com.br/dispensas_discriminatorias.pdf>. Acesso em: 19 de maio de 2014.

BALESTERO, Gabriela Soares. (2011). *O direito à diversidade sexual no Brasil e os efeitos violentos do descaso do poder legislativo federal*. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/12331>>. Acesso em: 13 set. 2014.

BAUMGARDT, Daiana. *Os homossexuais e o preconceito no mercado de trabalho frente aos princípios constitucionais*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php? n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7314>. Acesso em maio 2014.

BRASIL. Decreto n.º 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Promulga a Convenção nº111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm>. Acesso: 16 mar. 2014.

_____. (1995). *Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995*. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. São Paulo: Método, 2004.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. *Discriminação no Trabalho: mecanismos de combate à discriminação e promoção de igualdade de oportunidades*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_05_234.pdf>. Acesso: 2 mar. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____, Maria Berenice. *União homossexual – aspectos sociais e jurídicos*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5__uni%E3o_homossexual__aspectos_sociais_e_jur%E2dicos.pdf>. Acesso: 9 mar. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. Disponível em: <http://www.hrea.org/index.php?doc_id=701>. Acesso: 7 mar. 2014.

DONNELLY, Jack. Non-discrimination and sexual orientation: making a place for sexual minorities in the global human rights regime. In: HAYDEN, Patrick. *The philosophy of human rights*. Paragon house: St. Paul, MN, 2001.

DORSA, Arlinda Cantero; MAIA, Antonio Henrique Maia Lima. O homossexual e a exclusão social nas relações de emprego na cidade de Campo Grande sob um ponto de vista sociojurídico. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3653, 2 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24841>>. Acesso em: 20 de maio de 2014.

FERNANDES, Taisa Ribeiro. *Uniãos homossexuais e seus efeitos jurídicos*. São Paulo: Método, 2004.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. Discriminação no Trabalho em Razão do Sexo e da Orientação Sexual. *Síntese Trabalhista*, v. 16, p. 24-34, Dez/2004.

GIUDICE, Lara Lima. *Liberdade de orientação sexual e a proteção da dignidade humana*. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1462&idAreaSel=5&seeArt=yes>>. Acesso: 8 mar. 2014.

GOMES, Mauricio Pereira. Discriminação por orientação sexual. Perspectivas na jurisprudência trabalhista no Brasil. *Justiça do Trabalho*, v. 331, p. 71-79, 2011.

GUGEL, Maria Aparecida. (2000) *Discriminação do Homossexual nas Relações de Trabalho*. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub23.html>>. Acesso em: 10 set. 2014.

LABORATÓRIO Virtual de Produção Textual. Oficina de Textos em Cinema -. Alterações no modo de pensar o comportamento homossexual ao longo da história. 2010. Disponível em: <<http://oficinadetextoscinema.wordpress.com/category/artigos-cientificos/>>. Acesso: 9 mar. 2014.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A união homoafetiva no direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 2008.

MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari de. *Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

NUSSBAUM, Martha C. Lesbian and gay rights. In: HAYDEN, Patrick. *The philosophy of human rights*. Paragon house: St. Paul, MN, 2001.

OLMOS, Cristina Paranhos. *Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória*. São Paulo: LTr, 2008.

OLTRAMARI, Vitor Hugo; OLTRAMARI, Fernanda. *A igualdade e a dignidade da pessoa humana e a discriminação dos homossexuais nos contratos de trabalho*. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/54.htm>>. Acesso em: 30 maio 2014.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Orientação Sexual e Discriminação no Emprego*. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, p. 70-84, 2000.

PARANÁ. (2001). Tribunal Regional do Trabalho. 9ª Região, Relator: Ubirajara Carlos Mendes, Órgão Julgador: 1ª. Turma, publicação: 01/07/2001. Disponível em: <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19947910/69522009872903-pr-6952-2009-872-9-0-3-trt-9>>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia. *A discriminação por gênero e por orientação sexual*. Seminário Internacional – As Minorias e o Direito. Série Cadernos do CEJ, 24. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/SerieCadernos/Vol24/artigo05.pdf>>. Acesso: 7 mar. 2014.

RODRIGUES, Adroaldo Junior Vidal et. al. Luciane Cardoso Barzotto [coord.]. *Trabalho e igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012.

RUFINO, Regina Célia Pezzuto. *Assédio moral na âmbito da empresa*. São Paulo: Ltr, 2006.

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

Santa Catarina. Tribunal Regional do Trabalho. 12ª Região, RO 0001411-25.2012.5.12.0026, 1ª C., Rel. Juíza Viviane Colucci, publicação: 10/12/2013. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1329__3291f77744d35d723dda864805d4b308.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2014.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus; Alves Mattos, Isabela. A discriminação no trabalho em razão da orientação sexual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 907, p. 281-318, 2011.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. São Paulo: Forense, 1967. V. II.

SILVA, Leda Maria Messias da; ROSA, Alisson Silva. *Discriminação por orientação sexual no ambiente de trabalho: mudança de paradigma*. 2013. Disponível em: <<file:///C:/Documents%20and%20Settings/xp/Meus%20documentos/Downloads/2896-10750-1-PB.pdf>> Acesso em: 29 maio 2014.

VECCHIATTI, Paulo Roberto. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008.

WEEKS, Jeffrey. *O corpo e a sexualidade: o corpo educado: pedagogias da sexualidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2001.

WIKIPÉDIA. A enciclopédia livre. *Homossexualidade*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade>>. Acesso: 9 mar. 2014.

DIREITO HOMOAFETIVO - *consolidando conquistas. Jurisprudência - Danos Morais - Justiça do Trabalho*. Disponível em:
<<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=8&s=10>>. Acesso em: 28 out. 2014.

COSTA e SILVA, Marília. *Homossexuais vítimas de assédio moral no trabalho devem denunciar a prática, alerta especialista, 2014*. Rota jurídica o portal de notícias regionais. Disponível em:
<<http://www.rotajuridica.com.br/index.php/component/k2/item/3840-homossexuais-vitimas-de-assedio-moral-no-trabalho-devem-denunciar-a-pratica-alerta-especialista>>. Acesso em: 30 out. 2014.

PASSOS, Mauro. *Assédio moral nas relações de trabalho: saiba como se defender*. Disponível em:
<http://www.assediomoral.org/IMG/pdf/Cartilha_Assedio_Moral_Autor_Equipe_Dep_Mauro_Passos.pdf>. Acesso em: 29 out. 2014.

BRASIL. Senado Federal. *PLC – Projeto de Lei da Câmara, Nº 122 de 2006*. Disponível em:
<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604>. Acesso em: 26 out. 2014.