

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**MARIANA GUSSO KRIEGER**

**A PROTEÇÃO JURÍDICA DA DIVERSIDADE SEXUAL EM FACE DA  
DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO**

**CURITIBA**

**2013**

**MARIANA GUSSO KRIEGER**

**A PROTEÇÃO JURÍDICA DA DIVERSIDADE SEXUAL EM FACE DA  
DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO**

**Dissertação apresentada ao Programa  
de Pós-Graduação como requisito  
parcial para a obtenção do grau de  
Mestre em Direito, Faculdades  
Integradas do Brasil - UniBrasil.**

**Orientador: Prof. Dr. Leonardo Vieira  
Wandelli**

**CURITIBA**

**2013**

K92

Krieger, Mariana Gusso.

A proteção jurídica da diversidade sexual em face da discriminação no trabalho./ Mariana Gusso Krieger. – Curitiba: UniBrasil, 2013.  
154p.; 29 cm.

Orientadora: Leonardo Vieira Wandelli.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2013.  
Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Trabalho - Discriminação. 3. Sexualidade – Discriminação. 4. Direitos fundamentais – Construção da identidade. I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

## TERMO DE APROVAÇÃO

MARIANA GUSSO KRIEGER

### A PROTEÇÃO JURÍDICA DA DIVERSIDADE SEXUAL EM FACE DA DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Vieira Wandelli  
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Co-orientador: Wilson Ramos Filho

Membros: Prof. Dr. Márcio Túlio Viana  
Prof<sup>a</sup>. Dra. Thereza Cristina Gosdal  
Prof<sup>a</sup>. Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos

Curitiba, 27 de março de 2013.

*À Lina, Marco, Gabriel e Juliano, que  
juntos representam meu porto seguro e  
fazem minha vida mais feliz.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que me ajudaram na construção da presente dissertação.

À minha família, pela compreensão, paciência, apoio, amor e ajuda, sem as quais este trabalho não teria sido possível.

Ao meu Orientador, Prof. Leonardo Vieira Wandelli, pela orientação precisa, pelo incentivo e, sobretudo, pela amizade que me foi conferida.

Ao meu co-orientador, Prof. Wilson Ramos Filho, pelo apoio desde o início dessa empreitada.

Aos demais Professores do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil que, direta ou indiretamente, muito me auxiliaram.

Aos meus colegas de mestrado, que caminharam comigo desde os primeiros dias de aula.

Agradeço também aos colegas e professores do Programa de Formación Especializada en Teoría Crítica de los Derechos Humanos da Universidade Pablo de Olavide, Sevilla, Espanha.

Aos colegas da Hasson Advogados, em especial ao amigo Marco Aurélio, pelo incentivo e ajuda em todo o período de estudo e pela compreensão pela minha ausência.

E, ao final, aos amigos de sempre, que tornaram esta etapa mais fácil.

## SUMÁRIO

ÍNDICE DE ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS.....	i
RESUMO.....	ii
ABSTRACT.....	iii
1. INTRODUÇÃO .....	1
2. SEXUALIDADE E TRABALHO – AS DIFERENTES FORMAS DE EXPRESSÃO DA SEXUALIDADE HUMANA E SUA RELAÇÃO COM O TRABALHO .....	5
2.1. SEXUALIDADE.....	5
2.1.1. <i>Liberdade Sexual</i> .....	12
2.1.2. <i>Orientação Sexual</i> .....	15
2.2. AS DIFERENTES FORMAS DE ORIENTAÇÃO SEXUAL .....	19
2.3. A EXCLUSÃO E A COMUNIDADE LGBT .....	28
2.3.1. <i>Minorias</i> .....	33
2.4. TRABALHO E SEXUALIDADE: DESENVOLVIMENTO E CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE, A PARTIR DA PERSPECTIVA DE CHISTOPHE DEJOURS.....	37
3. PLURALIDADE E O DIREITO À DIFERENÇA – PROTEÇÃO LEGAL .....	45
3.1. O DIREITO À DIFERENÇA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA .....	45
3.2. DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE .....	51
3.2.1. <i>Igualdade Formal e Material</i> .....	52
3.2.2. <i>A igualdade no Direito do Trabalho</i> .....	59
3.3. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO DISCRIMINAÇÃO .....	60
3.3.1. <i>Distinção entre discriminação, estereótipo, preconceito e estigma</i> .....	60
3.3.2. <i>Discriminação negativa e positiva</i> .....	65
3.3.3. <i>Discriminação Direta e Indireta</i> .....	69
3.3.4. <i>Intencionalidade e ônus da prova</i> .....	72
3.4. MECANISMOS DE PROTEÇÃO - O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO/IDENTIDADE SEXUAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO.....	77
3.4.1. <i>As leis que não chegam</i> .....	79
3.4.2. <i>Os mecanismos legais já existentes</i> .....	82
3.4.3. <i>O Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual</i> .....	85
3.5. PARA ALÉM DA LEGISLAÇÃO ANTIDISCRIMINATÓRIA .....	87
4. A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO/IDENTIDADE SEXUAL COMO VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO TRABALHO E AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE.....	89
4.1. O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO .....	89
4.1.1. <i>Titularidade</i> .....	93
4.1.2. <i>Destinatário – Eficácia Interprivada do Direito Fundamental ao Trabalho</i> .....	94
4.1.3. <i>Conteúdo do Direito ao Trabalho</i> .....	99
4.2. O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE NO TRABALHO E A DIVERSIDADE SEXUAL .	105
4.2.1. <i>Os Direitos da Personalidade e a diversidade sexual</i> .....	105
4.2.2. <i>O livre desenvolvimento da personalidade e o direito fundamental ao trabalho</i> .....	110
5. A DISCRIMINAÇÃO ENFRENTADA - UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE A DISCRIMINAÇÃO DA COMUNIDADE LGBT NO TRABALHO.....	115
5.1. DISCRIMINAÇÃO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL .....	117
5.2. ASSÉDIO MORAL .....	122
5.3. INCLUSÃO DE PARCEIROS COMO DEPENDENTES.....	126
5.4. LICENÇA MATERNIDADE .....	128
5.5. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA .....	131
5.6. A NECESSIDADE DE LUTAS SOCIAIS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	136
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	140
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	146

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS

Art. – Artigo

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CE – Comunidade Europeia

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

HIV – Vírus da Imunodeficiência Adquirida

GGB – Grupo Gay Bahia

GLBT – Gays, Lésbicas, Bissexuais e Travestis

GRUPO “T” – Travestis e Transexuais

IBOPE – Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

LGBT – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros

LGBT - Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMS – Organização Mundial de Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

STF – Supremo Tribunal Federal

TST – Tribunal Superior do Trabalho

## RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo analisar as discriminações enfrentadas pela comunidade LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros) dentro do trabalho, a partir da perspectiva do direito fundamental ao trabalho e de ser o trabalho um elemento central para construção da identidade das pessoas. Assim, o estudo se inicia com uma abordagem acerca das relações entre trabalho e sexualidade. Pretende-se trazer os principais conceitos relacionados à sexualidade, diversidade sexual e minorias, tais como liberdade sexual, orientação sexual e identidade sexual, contextualizando-se com a realidade de exclusão experimentada por este grupo de pessoas. Vê-se também a necessidade de estudar os desdobramentos entre a sexualidade e o trabalho, a partir da perspectiva de Christophe Dejours, entendendo ambos como instrumentos de construção da identidade dos seres humanos. Em um segundo momento, pretende-se abordar a proteção legal contra a discriminação em virtude da diversidade sexual, a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação. Ainda, analisar-se-á a legislação antidiscriminatória sobre o assunto no ordenamento jurídico pátrio. Por fim, indispensável para o estudo em questão, apresenta-se a análise dos direitos fundamentais ao trabalho e ao livre desenvolvimento da personalidade, como direitos inerentes a todos os seres humanos, independente da orientação/identidade sexual, de poder satisfazer suas necessidades e construir suas identidades. Após, a partir dos conceitos de tais direitos fundamentais, faz-se relevante analisar a realidade de discriminações no trabalho enfrentadas pela comunidade LGBT, através de análise jurisprudencial sobre o tema sob diversos enfoques, tais como discriminações pré-contratuais, assédio moral, tentativa de inclusão como dependentes e dispensa discriminatória. Por fim, almeja-se demonstrar a necessidade de mobilização de toda a sociedade para perceber e alterar realidade de discriminação enfrentada pela comunidade LGBT no trabalho.

Palavras Chaves: Discriminação; Trabalho; Sexualidade; Direitos Fundamentais e Construção de Identidade.

## ABSTRACT

This dissertation has as its primary point the analysis of the discriminations faced by the “LGBT” community (Lesbians, gays, bisexuals, cross dressers, transsexuals and transgender) at their workplace, from the perspective of the fundamental right of work and from work being a central element for the construction of people’s identity. That being said, the study initiates with an approach between work and sexuality. This study intend to bring the most important concepts related to sexuality, sexual diversity and minorities, such as sexual liberty, sexual orientation and sexual identity, contextualizing with the reality of exclusion experienced by this group of people. It is also possible to see the need to study the developments between sexuality and work, from Christophe Dejours’ perspective, as he consider both as instruments of human being’s identity construction. At a second point, it is necessary to approach the legal protection against discrimination from sexual diversity, from the principle of human dignity, equality and no discrimination. Furthermore, it will be analyzed the antidiscrimination legislation about this subject on the national legal system. Towards the end, it is inevitable for this study, the analysis of the fundamental right of work and free development of personality, as rights that are inherent to every human being, irrespective of sexual orientation/identity, of satisfying your needs and building identities. Moreover, from this concepts, it appears to be relevant the analysis of the reality of the discrimination at work faced by the LGBT community, by the analysis of jurisprudence about this theme from different views, such as pre-contractual discrimination, moral harassment, attempt to include as a dependent and discriminatory dismissal. Finally, the goal is to demonstrate a need of mobilization from all the society to notice and change the reality of the discrimination faced by the LGBT community at work.

**Key Words:** Discrimination; Work; Sexuality; Rights; Fundamental Rights and Identity Construction.

## 1. INTRODUÇÃO

Vivemos em uma sociedade que diz atribuir a todas as pessoas as mesmas condições para ter uma vida digna; que prega a igualdade, sem distinção de qualquer natureza. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, prevê que todos são iguais perante a lei, garantindo-se a todos a igualdade.

Ocorre que ao olharmos a realidade que nos cerca, percebemos facilmente que existem grupos de pessoas que se situam em uma posição marginalizada na sociedade, ficando excluídos do acesso a tais condições.

Como diz Joaquín Herrera Flores, existem coletivos que não formam parte do horizonte de admissibilidade da situação hegemônica que são rechaçados ou desprezados sistematicamente da participação plena na cultura, economia e na política dominantes na sociedade em um determinado momento histórico.<sup>1</sup>

O objetivo deste estudo é analisar as diferentes formas de discriminações no trabalho enfrentadas pelo grupo de pessoas que possuem orientação/identidade sexual diferentes da heterossexual – também denominada comunidade LGBT.

Sabe-se que a orientação/identidade sexual dos indivíduos diz respeito a um elemento de sua condição humana, uma característica de determinado número de pessoas, que infelizmente as faz comporem uma verdadeira minoria sexual.

Tal estudo se mostra relevante porque nossa sociedade valoriza o modelo de indivíduo tido como universal e “normal”, ou seja, homem, branco, proprietário e heterossexual, excluindo e buscando anular aqueles que são diferentes.

Assim, almeja-se nesta dissertação reconhecer e visibilizar a exclusão dentro do trabalho vivenciada por este grupo de pessoas (comunidade LGBT), para permitir e possibilitar a transformação da realidade.

Optou-se por analisar as discriminações dentro do trabalho, em virtude de reconhecermos a sua centralidade na vida das pessoas, dentro da perspectiva da psicodinâmica do trabalho de Christophe Dejours, fundamento em que se apoia. Por

---

<sup>1</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *De habitaciones propias y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos N° 33. Bilbao: Universidad de Deusto, 2005, p. 17-21.

tal perspectiva, o trabalho funciona como instrumento de construção da identidade das pessoas, sendo por meio dele que os sujeitos se exteriorizam e se transformam.

O trabalho não deve ser entendido aqui unicamente como um posto de trabalho, mas sim como um direito fundamental de transformação de si próprio e do mundo, de luta por emancipação e reconhecimento, que serve como mediador no equilíbrio da construção da identidade dos indivíduos. Nas palavras de Dejours, “*o reconhecimento da qualidade de trabalho pode inscrever-se na esfera da personalidade, em termos de ganho no registro da identidade.*”<sup>2</sup>

Ocorre que o trabalho assim como pode gerar o bem, sendo fonte de satisfação, geradora de prazer e desenvolvendo a identidade dos trabalhadores (potencialidades positivas do trabalho), em determinadas condições também pode gerar o mal, sendo causador de insatisfação e de sofrimento aos trabalhadores, impedindo a construção da identidade e afetando suas relações sociais (potencialidades negativas).

Uma das potencialidades negativas do trabalho é a discriminação. E, assim sendo, as discriminações dos trabalhadores em virtude da identidade/orientação sexual funcionam como negação ao direito fundamental ao trabalho e obstruem a possibilidade das pessoas alcançarem gratificação/reconhecimento pelo trabalho, afetando a construção de suas identidades e o desenvolvimento da personalidade dos envolvidos, devendo, portanto, ser rechaçada.

Faz-se importante refletir para perceber sob quais condições no trabalho é possível se alcançar as potencialidades positivas do trabalho e não as potencialidades negativas.

Dito isto, a presente dissertação se inicia com uma abordagem acerca das relações entre trabalho e sexualidade. No primeiro capítulo, cuida-se de trazer os principais conceitos relacionados à sexualidade e diversidade sexual, trabalhando-se com conceitos relacionados, como liberdade sexual, orientação sexual e identidade sexual – e suas diversas formas de manifestação -, contextualizando-se com a realidade de exclusão experimentada por este grupo de pessoas e com a formação de uma minoria, denominada minoria sexual.

---

<sup>2</sup> DEJOURS, Christophe. Addendum. In: Selma Lancman & Laerte I. Szneman (organizadores), *CHRISTOPHE DEJOURS: DA PSICOPATOLOGIA À PSICODINÂMICA DO TRABALHO*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz/ Brasília: Paralelo 15, 3ª edição, 2011, p. 91.

No mesmo capítulo, indica-se ainda a necessidade de estudar os desdobramentos entre a sexualidade e o trabalho, a partir da perspectiva de Christophe Dejours, entendendo ambos como instrumentos de construção da identidade dos seres humanos.

Assim, trata-se o trabalho como elemento central na vida das pessoas, tanto para o desenvolvimento corporal, quanto para o desenvolvimento da subjetividade, a partir da relação entre trabalho e reconhecimento. Como diz Leonardo Wandelli, é imprescindível recuperar o elo essencial entre trabalho, construção das identidades e reconhecimento.<sup>3</sup>

No segundo capítulo, pretende-se abordar a proteção legal contra a discriminação em virtude da diversidade sexual, a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade de tratamento e da não discriminação.

Aprofunda-se o debate acerca de tais princípios apresentando suas principais facetas com o intuito de demonstrar critérios que vedem a discriminação enfrentada pela comunidade LGBT. Ainda, no mesmo capítulo, analisar-se-á a legislação antidiscriminatória sobre o assunto no ordenamento jurídico pátrio.

No terceiro capítulo, analisa-se o direito fundamental ao trabalho como direito inerente a todos os seres humanos, independentemente da orientação/identidade sexual, de poder satisfazer suas necessidades e construir suas identidades, transformando o mundo e a si mesmos, através do trabalhar.

Almeja-se delimitar qualitativamente o conteúdo de tal direito fundamental e sua intrínseca relação com o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, englobando a liberdade de manifestação da orientação/identidade sexual no trabalho.

Em seguida, no quarto e último capítulo, a partir dos conceitos de tais direitos fundamentais, faz-se relevante analisar a realidade de discriminações no trabalho enfrentadas pela comunidade LGBT, por meio de análise jurisprudencial sobre o tema sob diversos enfoques, tais como discriminações pré-contratuais, assédio moral, tentativa de inclusão como dependentes, licença maternidade e dispensa discriminatória.

---

<sup>3</sup> WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade*. São Paulo: LTR, 2012, p.30.

Tal pesquisa se mostra necessária com o intuito de demonstrar pragmaticamente o mundo de exclusão vivenciado por este grupo de pessoas dentro do trabalho, almejando-se evidenciar a clara violação aos direitos fundamentais acima mencionados. Ou seja, pretende-se aportar argumentos que evidenciem e reconheçam as discriminações enfrentadas por este grupo de pessoas e que forneçam caminhos alternativos para alterar esta realidade.

## 2. SEXUALIDADE E TRABALHO – As diferentes formas de expressão da sexualidade humana e sua relação com o trabalho

### 2.1. Sexualidade

A sexualidade é um tema que sempre incitou a curiosidade do ser humano, sendo que ao longo do tempo diversos estudos sobre o assunto já foram realizados nas mais variadas áreas do conhecimento.<sup>4</sup>

Segundo o antropólogo Luiz Mott, sexualidade significa a expressão social de relações sociais e físicas, desejos corpóreos, reais ou imaginários, por outras pessoas ou por si próprio, incluindo todos os movimentos, vocalizações e reações diretamente ligadas a respostas psicofisiológicas que provocam excitação e resultam ordinariamente em prazer e orgasmo.<sup>5</sup>

Thiago de Almeida e Maria Luiza Lourenço, complementando tal conceito, asseveram que:

Quando nos referimos à sexualidade, não estamos nos remetendo a sexo, enquanto um sinônimo para cópula, mas ao produto final de um longo e natural processo de desenvolvimento, que começa no nascimento e envolve tudo o que somos, as nossas atitudes, como lidamos com as questões que nos circundam e como tudo isso nos abala numa relação afetiva interpessoal.<sup>6</sup>

De acordo com a Organização Mundial da Saúde – OMS, a sexualidade humana forma parte integral da personalidade de cada um, sendo uma necessidade básica e um aspecto do ser humano que não pode ser separado de outros aspectos da vida. A sexualidade não é sinônimo de coito e não se limita à presença ou não do orgasmo. É energia que motiva encontrar amor, contato e intimidade, e se expressa na forma de sentir, nos movimentos das pessoas e em como estas tocam e são tocadas.

---

<sup>4</sup> De acordo com Luiz Mott, Heródoto, no século V, é apontado como o autor da primeira teoria antropológica relativa à sexualidade. Para Heródoto, as pessoas que viviam em territórios com climas quentes eram sexualmente mais ativas e menos reprimidas do que as que habitavam em áreas frias. (MOTT, Luiz. *Antropologia, teoria da sexualidade e direitos humanos dos homossexuais*. Disponível em [http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v01n01art03\\_mott.pdf](http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v01n01art03_mott.pdf). Acessado em 25.07.2012.).

<sup>5</sup> MOTT, Luiz. *Teoria Antropológica e Sexualidade Humana*. Disponível em <http://www.antropologia.ufba.br/site-antigo/artigos/teoria.pdf>. Acessado em 04.11.2012.

<sup>6</sup> ALMEIDA, Thiago de, LOURENÇO, Maria Luiza. Reflexões: conceitos, estereótipos e mitos acerca da velhice. Disponível em [http://www.crie.min-edu.pt/files/@crie/1220024513\\_03\\_SACAUSEF\\_III\\_10a30.pdf](http://www.crie.min-edu.pt/files/@crie/1220024513_03_SACAUSEF_III_10a30.pdf). Acessado em 20.10.2012.

A partir da segunda metade do século XIX, a sexualidade humana passou a ser objeto de investigação teórica e clínica, sendo Sigmund Freud um dos grandes investigadores do assunto. Para a psicanálise freudiana, a sexualidade tem grande importância para a formação do indivíduo, desde o nascimento, mostrando-se como toda forma de busca de prazer e afeto.

Desta forma, em sua obra, Freud argumenta que a sexualidade, como busca de prazer, é inerente a todo ser humano e o acompanha desde a infância. O autor cita como exemplo o ato realizado pelos bebês de chuchar (sugar com leite), que possui natureza sexual – auto-erótica (em zonas erógenas no próprio corpo) – e é determinado pela busca de um prazer já vivenciado.<sup>7</sup>

O mesmo autor assevera que o desenvolvimento sexual do indivíduo passa por algumas fases: oral, anal, fálica (em que a zona de erotização é o órgão genital), e genital (descoberta do prazer no “outro”).<sup>8</sup> Segundo Christophe Dejours, a psicanálise freudiana situa a sexualidade como princípio de todos os comportamentos humanos.<sup>9</sup>

Complementando tal visão acerca da sexualidade, que a concebe como um fato biológico e a entende como um fator central para o desenvolvimento dos indivíduos, se faz oportuno mencionar, em especial para este estudo, o entendimento da psicodinâmica do trabalho de Christophe Dejours, o qual baseado na psicanálise freudiana, apresenta o “paradoxo da dupla centralidade”: a centralidade da sexualidade e do trabalho na vida das pessoas.

Frise-se que a psicodinâmica do trabalho de Dejours, apoiada em conceitos da psicanálise, propõe uma atividade de escuta atenta à fala dos trabalhadores, pela perspectiva de ser o trabalho o elemento central na vida das pessoas, causa de prazer e sofrimento. Assim, para a psicodinâmica do trabalho, diferente da psicanálise de Freud, que via a questão erótica como central na vida das pessoas, é o trabalho o elemento central para o desenvolvimento corporal, não só o trabalhar sobre si (sexual), mas também pelo coletivo (político)<sup>10</sup>, devendo o trabalhar ser

---

<sup>7</sup> FREUD, Sigmund. Três ensaios sobre a Teoria da Sexualidade. Rio de Janeiro: Imago, 2002, p. 58/59.

<sup>8</sup> FREUD, op. cit.

<sup>9</sup> DEJOURS, A *saúde mental entre impulsos individuais e requisitos coletivos*, 2011, p. 412.

<sup>10</sup> DEJOURS, Christophe. *Trabalho Vivo: Trabalho e Emancipação*. Brasília: Paralelo 15, 2012, p. 239.

entendido como aquele que traça uma relação íntima entre o corpo erótico<sup>11</sup> e matéria, que passa pela formação de habilidades individuais e de competências coletivas, de transformação do mundo e de si próprio.

Mas há de se ressaltar que, embora para o referido autor seja o trabalho o elemento central da vida das pessoas, a sexualidade humana é, por meio da subversão libidinal, a intercessora da emancipação da subjetividade perante a ordem biológica: a sexualidade como condição de liberdade ou pelo menos de certa autonomia.<sup>12</sup>

Para ele, se faz de suma importância salientar os desdobramentos das relações entre trabalho e sexualidade. Desta maneira, a sexualidade é a primeira possibilidade que os indivíduos possuem de construir suas identidades<sup>13</sup> e de alcançar autonomia, sendo que tal sistema normalmente é repleto de falhas<sup>14</sup>, o que impõe a necessidade de termos uma segunda chance para ampliar os poderes do corpo, os registros da sensibilidade – os quais constituem os fundamentos da identidade pessoal, que ocorre por meio do trabalho e da realização adquirida através dele.<sup>15</sup>

Ainda, para Dejours, “a sexualidade representa, para nós, o estrangeiro no interior do Eu, a frustração ou a não realização da satisfação sexual e uma exigência de trabalho que é exigência de desenvolvimento.”<sup>16</sup>

Adiante, ele complementa que existem duas esferas que se oferecem para a realização de si mesmo: a realização de si mesmo no campo erótico e sexual, que passa pelo amor, de uma parte; e a realização de si mesmo no campo social, que passa pelo trabalho e reconhecimento, de outra.<sup>17</sup> Ou seja, para o referido autor, a construção da subjetividade humana se dá em dois campos: no campo do amor (sexualidade – fraternal e erótica) e no campo das relações sociais, em especial no trabalho.

---

<sup>11</sup> O corpo erótico (diferente do corpo biológico) é aquele em que se habita, que se experimenta a si mesmo no modo da experiência subjetiva, o corpo vivido.

<sup>12</sup> DEJOURS, Christophe. Trabalho Vivo: Trabalho e sexualidade. Brasília: Paralelo 15, 2012, p. 149.

<sup>13</sup> Por identidade devemos entender a armadura da saúde mental das pessoas. (DEJOURS, *Addendum*, 2011, p. 89-90)

<sup>14</sup> Como relata Dejours, a clínica do trabalho mostra que muitos seres humanos gozam apenas de míseras migalhas no registro íntimo do amor (DEJOURS, *A saúde mental entre impulsos individuais e requisitos coletivos*, 2011, p. 426)

<sup>15</sup> DEJOURS, *Trabalho e sexualidade*, 2012, p. 210/211.

<sup>16</sup> DEJOURS, *A saúde mental entre impulsos individuais e requisitos coletivos*, 2011, p. 416.

<sup>17</sup> IBIDEM, p. 426.

Como veremos mais adiante<sup>18</sup>, para que os indivíduos possam se desenvolver por completo, se realizarem como pessoas, se faz necessário o respeito a estes dois elementos centrais de suas vidas, a sexualidade e o trabalho.

Como ambos são instrumentos de construção da subjetividade, sendo o trabalho, a partir da dinâmica do reconhecimento da qualidade do trabalho (pelo fazer), uma segunda chance para se ampliar os poderes do corpo de experimentar a si próprio.

De acordo com Dejours, “a realização pessoal no campo social – pela psicodinâmica do reconhecimento – constitui uma das duas bandeiras da construção da identidade que ganha um lugar junto à construção da identidade na economia erótica.”<sup>19</sup> Ou seja, trabalhar implica uma relação de continuidade entre o corpo, aqui entendido como o corpo erótico, o corpo vivido, e a matéria. Como ensina Dejours, o trabalho revela-se como um meio potente de se doar ao seu próprio corpo, e ademais, de amar o seu corpo enquanto ele é condição imanente pela qual a vida se experimenta a si mesma.<sup>20</sup> Destarte, a sexualidade é, para Dejours, uma condição de liberdade e de construção da subjetividade, da identidade, ao lado do trabalho, sendo este elemento central para o desenvolvimento corporal.

A partir de tais conceitos, podemos perceber que a sexualidade humana não se resume unicamente ao sexo ou aos órgãos genitais, mas também a todos os fatos que circundam a vida sexual dos indivíduos, incluindo amor, relacionamentos, prazer, sensações, fantasias e afeto, sendo ainda instrumento de construção da identidade e da subjetividade das pessoas.

Embora a sexualidade humana seja composta de vários aspectos diferentes, comumente ela é definida a partir dos seguintes quatro: gênero, identidade sexual, papel de gênero e orientação sexual.

O primeiro conceito corresponde ao gênero. Inicialmente, se torna oportuno diferenciar sexo e gênero. Conforme ensina Miriam Grossi, “sexo é uma categoria que ilustra a diferença biológica entre homens e mulheres; gênero é um conceito

---

<sup>18</sup> Tal tema voltará a ser abordado no tópico 2.4.

<sup>19</sup> DEJOURS, *Addendum*, 2011, p. 89.

<sup>20</sup> DEJOURS, *Trabalho e Sexualidade*, 2012 p. 199.

que remete à construção cultural coletiva dos atributos de masculinidade e feminilidade.”<sup>21</sup>

Frise-se que mais modernamente se tem entendido que reduzir o gênero a uma questão biológica (masculino ou feminino) é insuficiente para compreender as diferenças e os papéis atribuídos a homens e mulheres.

Por tal razão, a partir dos movimentos sociais, em especial do movimento feminista, passou-se a compreender que gênero significa mais do que a simples divisão entre sexos, mas também todas as relações e interações que se mostram a partir da divisão entre homens e mulheres.

Como relata Miriam Grossi, “O conceito de gênero chegou até nós através das pesquisadoras norte-americanas que passaram a usar a categoria "gender" para falar das "origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas de homens e mulheres.”.<sup>22</sup>

Nas palavras de Judith Butler,

Concebida originalmente para questionar a formulação de que a biologia é o destino, a distinção entre sexo e gênero atende à tese de que, por mais que o sexo pareça intratável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído: conseqüentemente, não é nem o resultado causal do sexo, nem tampouco tão aparentemente fixo quanto o sexo. Assim, a unidade do sujeito já é potencialmente contestada pela distinção que abre espaço ao gênero como interpretação múltipla do sexo. Se o gênero são os significados culturais assumidos pelo corpo sexuado, não se pode dizer que ele decorra, de um sexo desta ou daquela maneira. Levada a seu limite lógico, a distinção sexo/gênero sugere uma descontinuidade radical entre corpos sexuados e gêneros culturalmente construídos.<sup>23</sup>

Complementando tal definição, Thereza Cristina Gosdal assevera que gênero significa a organização social da diferença sexual; é a construção socioculturalmente elaborada da diversidade sexual, sendo socialmente construída e, por tal motivo, passível de alteração. Para este conceito, gênero compreende os papéis e as tarefas socialmente atribuídas ao sexo feminino e ao masculino.<sup>24</sup>

Diante de tal conceituação, percebe-se que o gênero, que é uma construção social das relações entre homens e mulheres, se relaciona intrinsecamente com dois

<sup>21</sup> GROSSI, Miriam Pillar. *Identidade de Gênero e Sexualidade*. Disponível em [http://www.miriamgrossi.cfh.prof.ufsc.br/pdf/identidade\\_genero\\_revisado.pdf](http://www.miriamgrossi.cfh.prof.ufsc.br/pdf/identidade_genero_revisado.pdf). Acessado em 23.01.2013.

<sup>22</sup> IDEM.

<sup>23</sup> BUTLER, Judith, *Problemas de gênero – Feminismo e subversão da identidade*, Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2003, 1ª Edição, Tradução: Renato Aguiar, p. 24.

<sup>24</sup> GOSDAL, Thereza Cristina, *Discriminação da Mulher no Emprego*, Curitiba: Editora Genesis, 2003, p. 27.

outros conceitos relacionados à sexualidade humana, quais sejam, papel de gênero e identidade sexual.

O papel sexual é comportamento que a pessoa desenvolve nas relações sexuais e afetivas e geralmente envolve muitos clichês, como “homem afeminado” ou “mulher masculinizada”. Já a identidade sexual é a forma como o indivíduo se entende quanto ao gênero que possui, sendo que existem situações em que as pessoas possuem identidade sexual - se enxergam e se compreendem - diferente do sexo de nascimento, as quais se denominam transexuais.<sup>25</sup>

Para melhor elucidar as diferenças entre papel e identidade sexual, podemos mencionar os ensinamentos de Miriam Pillar Grossi, a qual afirma que “Tudo aquilo que é associado ao sexo biológico fêmea ou macho em determinada cultura é considerado papel de gênero. (...) Já identidade é um conjunto de convicções pelas quais se considera socialmente o que é masculino ou feminino.”<sup>26</sup>

Ou seja, o papel de gênero é aquele que compreende as atitudes socialmente atribuídas ao sexo feminino e ao masculino; já identidade sexual se refere à percepção que cada pessoa possui de si mesma quanto ao sexo de nascimento.

Por fim, a orientação sexual corresponde à indicação para qual gênero a pessoa sente atração, a qual envolve tanto questões sentimentais quanto físicas. Frise-se que o papel sexual não necessariamente se apresenta relacionado à orientação sexual, como pode parecer. Por exemplo, o “homem afeminado” pode sentir atração sexual pelo sexo oposto, embora seu papel sexual mostre o contrário.<sup>27</sup>

Dito isso, percebe-se que apesar de a sexualidade envolver diversos aspectos, ela normalmente envolve questões relativas ao gênero, ao papel de gênero, à identidade sexual e à orientação sexual dos indivíduos e seus desdobramentos com a construção da identidade e com o trabalho.

---

<sup>25</sup> Informações disponíveis no sítio eletrônico <http://www.brasilecola.com/sexualidade/orientacao-sexual.htm>. Acessado em 18.10.2012.

<sup>26</sup> GROSSI, Miriam Pillar. *Identidade de Gênero e Sexualidade*. Disponível em [http://www.miriamgrossi.cfh.prof.ufsc.br/pdf/identidade\\_genero\\_revisado.pdf](http://www.miriamgrossi.cfh.prof.ufsc.br/pdf/identidade_genero_revisado.pdf). Acessado em 23.01.2013.

<sup>27</sup> Informações disponíveis no sítio eletrônico <http://www.brasilecola.com/sexualidade/orientacao-sexual.htm>. Acessado em 18.10.2012.

Uma das questões mais controversas acerca da sexualidade humana na atualidade é se ela é definida por questões culturais (sociais) ou se é definida por impulsos biológicos.

Conforme ensina Judith Butler, “o movimento pró-sexualidade no âmbito da teoria e da prática feministas tem efetivamente argumentado que a sexualidade sempre é construída nos termos do discurso e do poder, sendo o poder em parte entendido em termos das convenções culturais heterossexuais e fálicas.”<sup>28</sup>

De acordo com Mott a sexualidade humana se manifesta por meio de padrões culturais historicamente determinados e, assim como os hábitos alimentares ou corporais, é um *constructo cultural*.<sup>29</sup>

Assim, parte dos estudiosos acredita que a sexualidade humana não é definida somente por critérios biológicos, mas também pelo meio ambiente e a cultura em que o indivíduo está inserido.

Diferentemente das concepções acima mencionadas, há estudos que afirmam o caráter puramente biológico da sexualidade, ou seja, asseveram que haveria um impulso biológico para determinar a manifestação da sexualidade do ser humano, livre da cultura em que ele está inserido<sup>30</sup>.

Como menciona Ana Carla Harmatiuk Matos, Simon Levay também segue essa linha de pensamento de determinismo biológico, afirmando que a homossexualidade masculina estaria correlacionada com uma parte específica da estrutura do cérebro, a INAH3.<sup>31</sup>

No entanto, para nós, em razão do fato de analisarmos a sexualidade a partir dos ensinamentos de psicanálise freudiana e da psicodinâmica do trabalho de Dejours, se mostra relevante destacar o caráter socialmente construído da sexualidade.

---

<sup>28</sup> BUTLER, 2003, p. 55.

<sup>29</sup> MOTT, Luiz. *Antropologia, teoria da sexualidade e direitos humanos dos homossexuais*. Disponível em [http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v01n01art03\\_mott.pdf](http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v01n01art03_mott.pdf). Acessado em 25.07.2012.

<sup>30</sup> De acordo com Luiz Roberto Barroso, em estudo realizado nos EUA, chegou-se aos seguintes resultados: entre gêmeos univitelinos, se um dos irmãos era homossexual, em 52% dos casos o outro também era; entre gêmeos bivitelinos, o percentual ficava em 22%; entre irmãos adotivos, se restringia a 11%. A pesquisa demonstra que a sexualidade é influenciada pelo ambiente familiar, mas é influenciada também, e decisivamente, por fatores genéticos. (BARROSO, Luiz Roberto. *Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil*. Disponível em [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais\\_171109.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf). Acessado em 26.07.2012)

<sup>31</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Uniões entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 45.

Ademais, importa salientar que, além de tais concepções, nos parece importante destacar que esta é um elemento da condição humana, que se constitui como parte integrante de todos os indivíduos, de forma que sua livre manifestação é condição de emancipação dos indivíduos e de construção de suas identidades.

Ana Carla Harmatiuk Matos esclarece que o desenvolvimento da sexualidade se dá por multifatores interagindo, que parecem ser parte da condição humana e referem-se a uma dimensão de profunda subjetividade e de desenvolvimento da personalidade.<sup>32</sup>

Ou seja, se sexualidade não é apenas sexo e, sim, um elemento de nossa condição humana que envolve a busca por afeto e sensações prazerosas, reconhecimento e construção da subjetividade, como se afirma aqui, nenhuma pessoa pode se sentir completa se não tiver assegurado o respeito ao seu exercício – a partir do respeito à liberdade sexual e ao reconhecimento da existência de diferentes formas de orientação sexual.

### 2.1.1. Liberdade Sexual

O termo liberdade sexual começou a ser mencionado a partir do fenômeno conhecido como Revolução Sexual, que ocorreu nas décadas de 1960/1970. Tal Revolução objetivava a revisão das regras comportamentais sexuais tradicionais, a partir de uma maior aceitação de relações diversas das monogâmicas tradicionais.

No entanto, mesmo antes de haver a utilização da expressão “liberdade sexual”, é possível identificar a existência de luta pela possibilidade de diversidade sexual. No final do Século XIX, o anarquismo despontou como ideologia que pregava a liberdade como seu elemento chave. Tal ideologia propôs o movimento pelo amor livre<sup>33</sup>, que pretendia quebrar os “tabus” da época, especialmente

---

<sup>32</sup> MATOS, 2004, p. 45/58.

<sup>33</sup> De acordo com Emma Goldman: *“O matrimônio e o amor não possuem nada em comum; estão tão longe entre si como dois pólos, inclusive, antagônicos. O matrimônio é antes de tudo um acordo econômico, um seguro que só se diferencia dos seguros de vida correntes no que é mais vinculador e rigoroso. (...) O amor, o elemento mais forte e profundo de toda vida, presságio de esperanças, de êxtase; o amor que desafia a todas as leis, a todas as convenções; o amor, o mais livre, o mais poderoso modelador do destino humano, como pode essa força toda poderosa ser sinônimo da pobre feiura do Estado e da Igreja que é o matrimônio? Amor livre? Por acaso o amor pode ser outra coisa mais que não livre? O homem comprou cérebros, mas todos os milhões deste mundo não conseguiram comprar o amor. O homem submeteu os corpos, mas todo o poder da terra não foi capaz de submeter o amor. O homem conquistou nações inteiras, mas todos os seus exércitos não*

relacionados às instituições da Igreja, do casamento e da família e da moralidade sexual então vigente.

Tal movimento se mostrava como expressão de liberdade e autonomia, contrariando os preceitos religiosos e morais vigentes, propondo uma simetria nas relações de gênero. O “amor livre” defendia uniões sexuais voluntárias, sem interferência estatal e reivindicava o direito ao prazer sexual, defendendo, por vezes, os direitos dos homoafetivos.

O movimento pelo amor livre pode ser visualizado nos jornais anarquistas da primeira metade do século XX, como por exemplo, nas páginas do periódico *A Plebe*, que diziam:

Nós entendemos amor livre o direito de amar livremente para ambos os sexos, o direito da mulher escolher livremente o eleito de seu coração, sem encontrar no caminho das suas inclinações os obstáculos da tirania paterna ou preconceitos de uma sociedade baseada na mentira religiosa, na mentira sexual e na mentira do amor.<sup>34</sup>

Durante a segunda metade do Século XX houve uma redescoberta do movimento pelo amor livre, por influências da contracultura, do movimento feminista e do movimento gay. Surgiu então o movimento conhecido como “Revolução Sexual”, que pregava a liberdade sexual das pessoas.

Assim, ao tratarmos acerca do tema em questão, retrocedemos à luta do Movimento Feminista, que buscou a garantia da igualdade entre homens e mulheres. Embora inicialmente mais preocupado com a liberdade sexual feminina, a busca pelo respeito a tal princípio também é uma luta daqueles que pleiteiam relações que não heteroafetivas.

---

*poderão conquistar o amor. O homem encarcerou e aprisionou o espírito, mas não pode nada contra o amor. Incrustado em um trono, com todo o esplendor e pompa que pode proporcionar o seu ouro, o homem se sente pobre e desolado se o amor não para na sua porta. Quando existe amor, a cabana mais pobre se enche de calor, de vida e alegria; o amor tem o poder mágico de converter um mendigo em rei. Sim, o amor é livre e não pode crescer em nenhum outro ambiente. Em liberdade, se entrega sem reservas, com abundância, completamente. Todas as leis e decretos, todos os tribunais do mundo não poderão arrancar-lhe do solo em que fincou suas raízes. O amor não necessita de proteção, porque ele se protege a si mesmo.”* (GOLDMAN, Emma. La trampa de la protección. In: BAIGORRIA, Osvaldo. *El amor libre: Eros e anarquía*. 1 ed. Buenos Aires: Libros de Anarres, 2006. cap. 9. Traduzido por Antonio Henrique do Espírito Santo. Disponível em <http://sagrado-feminino.blogspot.com.br/2009/12/casamento-instuicao-de-hera.html>).

<sup>34</sup> Citado por RIBAS, Ana Cláudia. *CORPO, LIBERDADE E ANARQUISMO: Perspectivas libertárias nas páginas do jornal A Plebe durante a primeira metade do século XX*. Disponível em: [http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1308158834\\_ARQUIVO\\_artigoanpuh2011.pdf](http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1308158834_ARQUIVO_artigoanpuh2011.pdf). Acessado em 15.08.2012.

Como aponta Rodolfo Pamplona Filho, a conquista do direito à liberdade sexual não foi entregue de mão beijada a homens e, especialmente, mulheres. Estas, em especial, travaram uma longa batalha para a conquista dos seus espaços, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento da ordem jurídica, política e social do seu direito de “dispor do seu próprio corpo”.<sup>35</sup>

Assim, a construção de uma estrutura legal que garanta a livre sexualidade em suas diferentes possibilidades de manifestação é expresso pelo princípio da liberdade sexual. Segundo Sandra Lia Simon, a liberdade sexual é a expressão do direito a intimidade e à vida privada, vinculado ao direito à integridade física e moral.

36

Rodolfo Pamplona Filho conceitua a liberdade sexual como liberdade ligada “à ideia de livre disposição do próprio corpo, concepção esta que se relaciona a uma visão individualista do ser humano, que pode ser sintetizada na frase: ‘cada um faz com o corpo o que quiser’”.<sup>37</sup>

De acordo com Roberto Freire, o caminho para a liberdade se dá através do desbloqueio da sexualidade, até então reprimida.<sup>38</sup> Assim, a liberdade sexual trata-se de um direito do ser humano de dispor de si mesmo, de conduzir sua vida e sua vida sexual da forma como bem entender.

E, torna-se evidente, somente em um regime de liberdade sexual, o termo “orientação sexual” passa a ter sentido, pois a “própria noção de liberdade está intimamente relacionada com a possibilidade de alternativas”.<sup>39</sup> Portanto, o direito à liberdade compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário de todos, independentemente da orientação sexual.

E se faz relevante salientar que a liberdade sexual também deve ser garantida dentro do ambiente de trabalho, em decorrência da própria centralidade do trabalho na vida das pessoas, já que este é verdadeiro campo de construção da identidade e é o ambiente em que grande parte da população passa a maior parte de suas vidas. Desta maneira, não há como se falar em liberdade sexual se esta

---

<sup>35</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Orientação sexual e discriminação no emprego. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coords). *Discriminação*, São Paulo: Ltr, 2000, p. 377.

<sup>36</sup> SIMON, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: Ltr, 2000, p.

<sup>37</sup> PAMPLONA FILHO, op. cit. 2000, p. 377.

<sup>38</sup> FREIRE, Roberto. Orgasmo e Tesão, sexo e revolução. In: *Revista Libertárias: Revista de Cultura Libertária*, n. 03. São Paulo, set. 1998, p. 23.

<sup>39</sup> PAMPLONA FILHO, op. cit. 2000, p. 381.

não for protegida e respeitada nas relações de trabalho. Assim, a liberdade sexual como expressão do direito à liberdade (art. 5º, X, CF) dentro da relação de trabalho, deve ser respeitada pelo empregador, em razão do direito fundamental ao trabalho, entendido como o direito de todos ao conteúdo de seus próprios trabalhos, em sentido concreto<sup>40</sup>, e também a transformar-se e a transformar o mundo pelo trabalho, bem como em virtude do direito fundamental de livre desenvolvimento da personalidade, cujo respeito se enlaça com o dever anexo de cuidado vigentes no contrato de trabalho, expressão do princípio da boa fé objetiva<sup>41</sup>, como padrão de otimização da conduta contratual.<sup>42</sup>

Tal liberdade sexual dentro da relação de trabalho compreende a liberdade de expressar sua orientação sexual e o direito a não ser discriminado, bem como o direito a ter um ambiente de trabalho sexualmente saudável e isento de assédio.<sup>43</sup>

### 2.1.2. Orientação Sexual

Inicialmente, há de se destacar que o termo “orientação sexual” surgiu em substituição ao conceito de “preferência sexual”. A justificativa para tal alteração de nomenclatura se deu porque estudos realizados dentro da sexualidade mostraram que a tendência sexual começa a se desenhar ainda na infância dos indivíduos, motivo pelo qual o termo opção sexual seria inadequado, já que a criança ainda não possui uma capacidade avaliativa que possamos chamar de “escolha”.<sup>44</sup> Assim, a orientação sexual dos indivíduos não é uma opção de cada um, mas uma característica, um modo de ser das pessoas.

Peter Fry explica que a orientação sexual descreve o que uma pessoa acabou gostando em matéria de parceiros sexuais: uns acabam gostando de

---

<sup>40</sup> WANDELLI, op. cit. 2012.

<sup>41</sup> Pelo princípio da boa fé devemos entender como a regra de conduta que imputa deveres de conduta às partes, sendo que as condutas impostas às partes decorrem de juízos de valor formulados de acordo com exigências básicas de justiça e moral da sociedade, tais como lealdade, cuidado, informação e cooperação. (BARACAT. Eduardo Milleo. *Boa fé no Direito Individual do Trabalho*, São Paulo: Ltr, 2003, p.67).

<sup>42</sup> IBIDEM, p. 246.

<sup>43</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. Reflexões acerca do assédio sexual no trabalho. In: RAMOS FILHO, Wilson (Coord). *Trabalho e Regulação no Estado Constitucional*. Volume III. Curitiba: Juruá, 2011, p. 219.

<sup>44</sup> FERRAZ, Ana Luiza. *Opção ou orientação sexual?* Disponível em <http://www.portaleducacao.com.br/psicologia/artigos/4123/opcao-ou-orientacao-sexual#ixzz2DG5FaUSD>. Acessado em 24.11.2012.

peças do mesmo sexo, outros de peças do sexo oposto, outros de ambos, e, quem sabe, outros de ninguém, ou de outras coisas.<sup>45</sup>

Segundo Roger Raupp Rios,

A afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direciona-se para alguém do mesmo sexo (homossexualismo), sexo oposto (heterossexualismo), ambos os sexos (bissexuais) ou a ninguém (abstinência sexual). Sendo assim, quando alguém opta por outrem para manter vínculo afetivo, identifica o gênero da pessoa com quem deseja se relacionar, revelando sua orientação sexual; opção essa que não pode sofrer tratamento diferenciado.<sup>46</sup>

Acerca do conceito de orientação sexual, embora se tenha uma grande variedade de definições, a doutrina geralmente envolve ao menos um dos aspectos: o comportamental e/ou o psicológico. Ou seja, a orientação se define ou pelo comportamento sexual do indivíduo ou pelo sentimento de afeto. Mas como menciona Fernando Luiz Cardoso, as definições mais recentes incluem frequentemente ambos os componentes, como a conceituação de ser a direção da preferência ou comportamento sexual para indivíduos do sexo oposto (heterossexualidade), do mesmo sexo (homossexualidade) ou para ambos (bissexualidade).<sup>47</sup>

Desta maneira, muito se discute sobre o momento em que se caracteriza uma orientação sexual distinta, ou seja, quando se reconhece a orientação sexual das pessoas. Embora existam entendimentos de que as orientações sexuais distintas se caracterizam simplesmente pela conduta, isto é, pela prática sexual com pessoas do mesmo sexo, do sexo oposto ou de ambos os sexos, compartilhamos do entendimento de que a existência de orientações sexuais diferentes relaciona-se às escolhas do indivíduo, e não, simplesmente aos seus atos sexuais.

Portanto, a orientação sexual não se refere unicamente ao comportamento sexual, mas também aos sentimentos das pessoas, a um aspecto de sua personalidade, de sua identidade.

<sup>45</sup> FRY, Peter. MACRAE, Edward. *O que é homossexualidade*. 3. Ed. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 102.

<sup>46</sup> RIOS, Roger Raupp. Direitos Fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. *Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. Brasília, dez. 1998, nº 6, p.29.

<sup>47</sup> CARDOSO, Fernando Luiz. *O conceito de orientação sexual na encruzilhada entre sexo, gênero e motricidade*. Disponível em [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0034-96902008000100008&script=sci\\_arttext](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0034-96902008000100008&script=sci_arttext). Acessado em 11.10.2012.

Torna-se interessante destacar que a definição da orientação sexual revela sempre um espaço de mediação, um trabalho sobre si, relacionado aos impulsos afetivos dos indivíduos, que não ocorre necessariamente antes ou depois da conduta sexual.

Assim, o conceito de orientação sexual se relaciona ao fato de o indivíduo, após a realização de um trabalho sobre si, relacionado com seus impulsos afetivos, sentir atração física e emocional para pessoas do sexo oposto, do mesmo sexo, para ambos ou para nenhum.

Muito se fala também acerca da bipolaridade entre a homossexualidade e a heterossexualidade, ou seja, para quem defende tal entendimento ou o indivíduo é homossexual ou heterossexual e assim o será por toda a vida. No entanto, sobre o assunto, merece serem mencionados os resultados obtidos a partir dos relatórios de Kinsey<sup>48</sup>, os quais afirmaram que os indivíduos apresentam comportamentos sexuais variados durante a vida, já que dos homens pesquisados 37% tinham tido pelo menos uma experiência homossexual que levasse ao orgasmo, 18% tinham tido o mesmo número de experiências homossexuais e heterossexuais durante um período mínimo de três anos e 4% era exclusivamente homossexual.

Tais dados culminaram na criação da escala de avaliação acerca da orientação sexual homossexual-heterossexual, chamada de Escala Kinsey, a qual possui 7 níveis e varia de acordo com o comportamento e com a fantasia sexual das pessoas, sendo eles: **0**- exclusivamente heterossexual; **1**- ocasionalmente homossexual; **2**- mais hetero do que homossexual; **3**- igualmente hetero e homossexual; **4**- mais homo do que heterossexual; **5**- ocasionalmente heterossexual; **6**- exclusivamente homossexual, conforme a tabela abaixo<sup>49</sup>:

---

<sup>48</sup> Os relatórios Kinsey são fruto dos estudos sobre a sexualidade humana de Alfred Charles Kinsey, Wardell Baxter Pomeroy, Clyde E. Martin e Paul H. Gebhard, entre 1938 e 1953, envolvendo homens e mulheres, os quais resultaram na publicação dos livros *Sexual Behavior in the Human Male* e *Sexual Behavior in the Human Female*.

<sup>49</sup>Heterossexual-Homossexual Rating Scale, retirada do sítio eletrônico: <http://www.kinseyinstitute.org/research/ak-hhscale.html>. Acessado em 11.10.2012

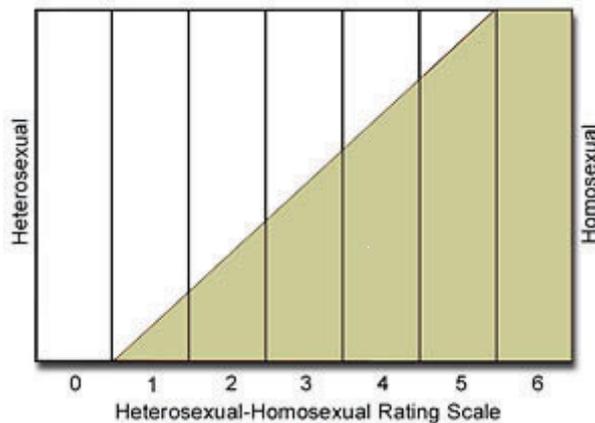


Figura 1 – Escala Kinsey. Fonte: <http://www.kinseyinstitute.org/research/ak-hhscale.html>

Melhor explicando o citado relatório, Fernando Luiz Cardoso assevera que a escala Kinsey propõe uma escala que permite uma graduação contínua entre pessoas "exclusivamente heterossexuais" e "exclusivamente homossexuais", considerando ambos os aspectos de orientação sexual: comportamento sexual (prática sexual) e fantasia sexual (orientação sexual). Para Kinsey e seus colaboradores, essa escala deve ser usada em dois momentos, acompanhada das seguintes perguntas: "Quais são os seus comportamentos sexuais?" e "Quais são as suas fantasias sexuais?".<sup>50</sup>

Peter Fry e Edward Macrae mencionam que o próprio Alfred Kinsey disse que "os machos não se dividem em dois grupos distintos: os heterossexuais e os homossexuais. O mundo não está dividido em ovelhas e carneiros. Nem todas as coisas são negras, nem todas são brancas. E um princípio fundamental do sistema de classificação é que raramente na Natureza se encontram categorias nitidamente separadas."<sup>51</sup>

Desta forma, de acordo com os relatórios de Kinsey e seus colaboradores, devemos refletir acerca da bipolaridade de orientação sexual heterossexual x homossexual, no sentido de reconhecermos a possibilidade de que a orientação sexual humana não seja tão simples de se definir, não se tratando unicamente de um conceito definido pelo aspecto comportamental.

Oportuno mencionar que, em que pese a questionabilidade do referido relatório, em especial no que se refere à tentativa de quantificar a orientação sexual

<sup>50</sup> CARDOSO, Fernando Luiz. *O conceito de orientação sexual na encruzilhada entre sexo, gênero e motricidade*. Disponível em [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0034-96902008000100008&script=sci\\_arttext](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0034-96902008000100008&script=sci_arttext). Acessado em 11.10.2012.

<sup>51</sup> APUD, FRY e MACRAE, 1984, p. 47.

dos indivíduos pelo seu comportamento sexual, fez-se referência a ele pelo fato de que este pode traçar um parâmetro estatístico para auxílio na pesquisa, bem como pode auxiliar no entendimento acerca das demais formas de orientação sexual.

Dito isto, oportuno destacar que a orientação sexual hoje é comumente classificada como podendo ser: assexual (nenhuma atração sexual), bissexual (atração por ambos os gêneros), heterossexual (atração pelo gênero oposto), homossexual (atração pelo mesmo gênero) ou pansexual (atração por diversos gêneros, independentemente da identidade/papel sexual).

## **2.2. As diferentes formas de orientação sexual**

Trataremos, neste item, de cada uma das formas de orientação sexual que compõem o conceito de diversidade sexual. Inicialmente, há de se destacar que mais modernamente tem-se substituído o termo “sexualidade” pelo “afetividade” nas expressões acerca da orientação sexual, tendo em vista que o primeiro carrega uma grande elemento preconceituoso.

Conforme esclarecido pelo Ministro Ayres Brito, em seu voto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277<sup>52</sup>, o termo homossexualidade está sendo substituído pelo termo homoafetividade, uma vez que o primeiro traz consigo um grande estigma:

(..) é utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra “União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: “Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado à doença, passou-se a falar em 'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais (“Homoafetividade: um novo substantivo”).

---

<sup>52</sup> Ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, pleiteando o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares. Em um julgamento histórico, o Supremo Tribunal Federal em 04.05.2011, equiparou os direitos dos casais homossexuais aos heterossexuais, reconhecendo as uniões homoafetivas como uma entidade familiar, sendo regida pelas mesmas regras da união estável, prevista no CCB.

Assim, se mostra mais adequado dizer heteroafetividade, homoafetividade, biafetividade e assim por diante. Da mesma forma, tem-se argumentado que o termo mais correto para a orientação sexual seria orientação sexual-afetiva.

Vejamos os conceitos das diferentes formas de orientação sexual:

A Homossexualidade, derivada do grego *homos*, que significa semelhante, relaciona-se com a característica de um ser humano de sentir atração física e emocional por outro ser do mesmo sexo. Ou seja, é o grupo de pessoas que possuem o desejo de se relacionar sexualmente e afetivamente com pessoa ou pessoas do mesmo sexo. O termo homossexual foi criado em 1869 pelo húngaro Karoly Maria Benkert.

Como esclarece Ana Carla Harmatiuk Matos, a homossexualidade vem a ser uma inegável realidade social, reportando-se igualmente não se tratar de uma opção, e sim, mais propriamente, de uma característica peculiar a um significativo número de pessoas: 13% dos seres humanos é o percentual mais aceito, segundo ela.<sup>53</sup>

Ao longo da História, a homossexualidade já foi associada ao pecado, a distúrbios mentais ou a critério de diferenciação. De acordo com Roger Roupp Rios, por meio de quatro concepções é possível traçar um quadro a respeito das diversas visões sobre a homossexualidade: 1) como pecado; 2) como doença; 3) como critério neutro de diferenciação; 4) como construção social.<sup>54</sup>

Para ele, a homossexualidade como pecado está ligada a algo moralmente reprovável e religiosamente pecaminoso, em que a prática sexual homossexual culminava no abandono de Deus.<sup>55</sup>

O segundo viés da homossexualidade está relacionado à doença<sup>56</sup>. Por esta concepção, os atos são tidos como uma doença que acomete o indivíduo, identificando-o como homossexual, em contraposição a um ser humano normal, chamado de heterossexual. Assim, para esta concepção, a homossexualidade é passível de tratamento.

---

<sup>53</sup> MATOS, 2004, p. 2.

<sup>54</sup> RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 99.

<sup>55</sup> IBIDEM, p. 100.

<sup>56</sup> Somente em 9 de fevereiro de 1985 o Conselho Federal de Medicina decretou a extinção do §302.0, deixando, a partir daquela data, de existir em nosso país, qualquer diploma ou postura que se refiram à homossexualidade como patologia. O Brasil antecipou-se em 9 anos à própria OMS, que, somente em 1994, revogou o §302.0 da CID.

De acordo com Fry e Macrae, as teorias que procuravam explicar a homossexualidade em termos biológicos apontavam em três direções: hereditariedade, defeitos congênitos e desequilíbrios hormonais.<sup>57</sup> Mas até para Freud, que encarava a homossexualidade como uma forma de transtorno sexual, qualquer tipo de discriminação deveria ser reprovada. Como menciona Roger Roupp Rios, em uma carta datada de 9 de abril de 1935, escrita em resposta a uma mãe que se queixara da homossexualidade do filho, Freud escreveu:

A homossexualidade não é uma vantagem, evidentemente, mas nada há nela de que se deva ter vergonha; não é um vício nem um aviltamento, nem se pode qualificá-la de doença, nós a consideramos como uma variação da função sexual. É uma grande injustiça perseguir a homossexualidade como um crime, além de ser uma crueldade.<sup>58</sup>

A homossexualidade como critério de diferenciação surge das mudanças sociais e econômicas que possibilitaram a formação de uma consciência coletiva por parte dos homossexuais como específico grupo social.<sup>59</sup> Vários fatores ajudaram a formação deste grupo social específico, tais como a formação de comunidades homossexuais e organização de movimentos sociais.

Conceber a homoafetividade como construção social significa postular que a identificação de alguém ou a qualificação de seus atos sob uma ou outra orientação sexual só tem sentido à medida que, num certo contexto histórico cultural, houver a institucionalização de papéis e de práticas próprias para cada um dos sexos, em que a atração pelo sexo oposto ou pelo mesmo sexo seja considerada elemento relevante, capaz de impor diferenças de tratamento entre os indivíduos.<sup>60</sup>

Segundo o dicionário Aurélio, “homoafetividade” significa:

1. Qualidade ou caráter de homoafetivo. 2. Relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo. Homoafetivo 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: casamento homoafetivo. 3. Relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantém relação conjugal, ou que pretendem fazê-lo: direito homoafetivo.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> FRY e MACRAE, 1984, p. 41.

<sup>58</sup> RIOS, 2002, p. 110.

<sup>59</sup> IBIDEM, p. 115.

<sup>60</sup> IBIDEM, p. 120.

<sup>61</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5. ed. São Paulo: Positivo, 2010, fl. 1105.

Ao se falar acerca da homoafetividade, oportuno também mencionar o surgimento do movimento homossexual, o qual se mostrou um importante marco para o reconhecimento de direitos a este grupo de pessoas.

De acordo com Regina Facchini, o termo “movimento homossexual” é aqui entendido como o conjunto das associações e entidades, mais ou menos institucionalizadas, constituídas com o objetivo de defender e garantir direitos relacionados à livre orientação sexual e/ou reunir, com finalidades não exclusivamente, mas necessariamente políticas, indivíduos que se reconheçam a partir de qualquer uma das identidades sexuais tomadas como sujeito desse movimento.<sup>62</sup>

Tal movimento teve início no final da década de 1960, nos Estados Unidos. O ano de 1969 foi especialmente importante para o movimento homossexual. Isso porque em 28 de junho de 1969 ocorreu a famosa “Rebelião de Stonewall”, conhecida como o início dos movimentos homossexuais, que originou a celebração do orgulho gay.

Stonewall era um bar, situado em Greenwich Village, Nova York, que era frequentado por homossexuais e que foi cenário de um conflito violento entre gays e a polícia. Naquele dia, em uma comum batida da polícia de Nova York, os homossexuais que se encontravam no local resistiram à polícia com pedras e garrafas e atearam fogo ao local, de forma que o conflito prolongou-se por quatro noites seguidas. Um ano depois, mais de 10 mil homossexuais marcharam pela cidade comemorando o primeiro aniversário da rebelião de Stonewall.

No Brasil, o movimento homossexual teve seu surgimento na segunda metade dos anos 1970 com a fundação no Rio de Janeiro do Jornal Lâmpião da Esquina em 1978 e do grupo “SOMOS – Grupo de Afirmação Homossexual” em 1979.

Regina Facchini ainda complementa que a trajetória deste movimento, no Brasil, poderia, para fins analíticos, ser dividida em três diferentes momentos. O primeiro corresponde ao surgimento e expansão desse movimento durante o período de abertura política, sendo que as iniciativas estiveram bastante

---

<sup>62</sup> FACCHINI, Regina. *O movimento homossexual no Brasil*. Disponível em [http://segall.ifch.unicamp.br/publicacoes\\_ael/index.php/cadernos\\_ael/article/viewFile/73/75](http://segall.ifch.unicamp.br/publicacoes_ael/index.php/cadernos_ael/article/viewFile/73/75). Acessado em 25.11.2012.

concentradas no eixo Rio-São Paulo e eram fortemente marcadas por um caráter antiautoritário e comunitarista. Este primeiro momento encerra-se nos últimos anos da primeira metade dos anos 1980, o que coincide com a retomada do regime democrático e o surgimento da AIDS, então chamada de peste gay. O período que se segue e compreende o restante da década de 1980 foi bem pouco tratado pela bibliografia específica, tendo sido anunciado como correspondendo a um declínio do movimento. No entanto, por volta do início dos anos 1990, houve um reflorescimento das iniciativas militantes, marcado por uma presença marcante na mídia, ampla participação em movimentos de direitos humanos e de resposta à epidemia da AIDS, vinculação a redes e associações internacionais de defesa de direitos humanos e direitos de gays e lésbicas, ação junto a parlamentares com proposição de projetos de lei nos níveis federal, estadual e municipal, atuação junto a agências estatais ligadas aos temas DST/AIDS e Direitos Humanos.<sup>63</sup>

Percebe-se que hoje não há como se analisar a homoafetividade sem mencionar o movimento homossexual, que por meio de intensa luta social, vem ajudando, de forma significativa, o reconhecimento dos direitos da pessoa homoafetiva pela sociedade.

Uma pesquisa realizada no Brasil em 2008 indicou que 10% dos homens e 5,2% das mulheres com idade entre 15 e 64 anos já tiveram uma relação homossexual na vida, totalizando uma média geral de 7,6%. No mesmo estudo, entre a população mais jovem, com idade entre 15 e 24 anos, a média encontrada foi de 8,7%, enquanto entre a população mais idosa, com idade de 50 a 64 anos, a média obtida foi de 5,6%.<sup>64</sup>

Conforme dados obtidos a partir do censo demográfico de 2010, há no Brasil cerca de sessenta mil casais homossexuais (58.000 casais), o que representa 0,16% do total de cônjuges do país.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> FACCHINI, Regina. *O movimento homossexual no Brasil*. Disponível em [http://segall.ifch.unicamp.br/publicacoes\\_ael/index.php/cadernos\\_ael/article/viewFile/73/75](http://segall.ifch.unicamp.br/publicacoes_ael/index.php/cadernos_ael/article/viewFile/73/75). Acessado em 25.11.2012.

<sup>64</sup> Fonte: [http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id\\_area=124&CO\\_NOTICIA=10326](http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id_area=124&CO_NOTICIA=10326). Portal da Saúde (18-6-2009). Acessado em 06.08.2011.

<sup>65</sup> Dados disponíveis no site eletrônico: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo\\_Demografico\\_2010/Nupcialidade\\_Fecundidade\\_Migracao/censo\\_nup\\_fec\\_mig.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Nupcialidade_Fecundidade_Migracao/censo_nup_fec_mig.pdf)

No entanto, importa frisar que tal número pode não representar o total real de casais homoafetivos no país, devendo ser relativizado, em virtude do considerável número de homossexuais que omitem sua orientação sexual, vivendo, como se diz no linguajar LGBT, “dentro do armário”.

Já a Heterossexualidade, mais modernamente também chamada de heteroafetividade, refere-se aquelas pessoas que sentem atração física/emocional por indivíduos do sexo oposto. É considerada a mais “usual” forma de orientação sexual nos seres humanos.

A Assexualidade caracteriza-se pela indiferença à prática sexual, ou seja, o assexual é um indivíduo que não sente atração sexual, nem pelo sexo oposto nem pelo sexo igual.

Frise-se que não há de se confundir a pessoa assexual com aquela que opta pela ausência de prática sexual. A primeira corresponde aos indivíduos que não sentem desejo sexual, já aquele que vive em abstinência, embora possua desejo, o reprime de forma voluntária.

Como relata Aline Luiza Ferraz, para alguns, a assexualidade deve ser entendida como uma disfunção e não uma orientação sexual, ou seja, como um distúrbio da hipoatividade sexual ou distúrbio de aversão sexual. No entanto, muitos assexuais negam tal classificação e argumentam que a falta de desejo sexual não lhes causa nenhum tipo de angústia para ser enquadrada como distúrbio, defendendo a ideia de ser a assexualidade uma forma de orientação sexual como as demais.<sup>66</sup>

Há ainda a orientação sexual bissexual/biafetiva, a qual consiste na atração física e emocional por pessoas tanto do mesmo sexo quanto do oposto. Ou seja, trata-se dos indivíduos que sentem atração por pessoas de ambos os gêneros, podendo existir variação de interesse para cada um.

Para a psicanálise freudiana, todos nascemos com uma propensão bissexual. Já Peter Fry e Edward Macrae elucidam acerca da concepção de bissexualidade e a nova postura sobre a aceitação da homossexualidade e com o “mercado homossexual”, no sentido de que frequentemente embutida nesta nova

---

<sup>66</sup> FERRAZ, Aline Luiza. *Opção ou orientação sexual?* Disponível em <http://www.portaleducacao.com.br/psicologia/artigos/4123/opcao-ou-orientacao-sexual> . acessado em 12.01.2013.

postura está a adoção de uma identidade também imposta de fora com suas regras preestabelecidas, sendo que a principal delas é aquela que restringe a possibilidade de relações do gay somente a pessoas do seu próprio sexo. Para resolver problemas causados por esta nova rigidez, inventou-se também a figura do “bissexual”, mas este permanece um personagem profundamente ambíguo e muitas vezes malvisto tanto pelos hetero quanto pelos homossexuais.<sup>67</sup>

Ainda devemos mencionar a pansexualidade/panafetividade, que é caracterizada pela atração sexual e afetiva por todos os sexos ou gêneros. A palavra pansexual deriva do prefixo grego “pan”, que significa "tudo" ou, no caso, "todos". Ou seja, são aquelas pessoas que cuja atração sexual, física ou emocional independe do gênero, orientação, papel ou identidade sexual do parceiro.

Em relação à transexualidade, embora haja o entendimento de que esta não se trata de uma orientação sexual, mas sim de uma questão de identidade sexual, abordaremos seu conceito neste tópico. Como mencionado, a identidade sexual se refere à percepção que cada pessoa possui de si mesma quanto ao sexo de nascimento. Sofia Viela de Moraes Silva esclarece que o termo identidade sexual foi criado, em 1964, pelo pesquisador americano Robert Stoller e se refere ao sexo em que a pessoa se identifica, isto é, às sensações internas de pertencer ao sexo masculino ou feminino.<sup>68</sup> Desta forma, o sujeito transexual é aquele em que a identidade sexual é diferente do seu sexo de nascimento, ou seja, é aquele que não se identifica com o sexo de seu nascimento, rejeitando-o e enxergando-se como do oposto.

A transexualidade está relacionada pela classificação internacional de transtornos mentais e de comportamento da OMS como uma das hipóteses de transtorno de identidade, conhecida também pela sigla GID (Gender Identity Disorders). Este transtorno está identificado pela rubrica F64, sendo conceituado como o desejo de viver e ser aceito como pessoa do sexo oposto, sendo que este desejo se acompanha em geral por um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma

---

<sup>67</sup> FRY e MACRAE, 1984, p.58.

<sup>68</sup> SILVA, Sofia Viela de Moraes. *Transexualidade e discriminação no mercado de Trabalho*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/transexualidade-e-discrimina%C3%A7%C3%A3o-no-mercado-de-trabalho>. Acessado em 09.11.2012.

intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado.

De acordo com Fátima Lima:

Em 1949, Cauldwell publica o artigo *Psychopatia Transexualis* onde aparece, pela primeira vez, nos artigos médicos o termo “transexualismo”. Em 1952, é publicizada a primeira cirurgia para adequação do sexo, na cidade de Copenhague – Dinamarca: o ex-soldado americano Georges Jorgensen passava a ser Cristine Jorgensen. Inventou-se o termo. Publicizou-se as intervenções corporais. Nascia a transexualidade enquanto um fenômeno público.

No Brasil, conforme Portaria n.º 1.107 de agosto de 2008, o Sistema Único de Saúde (SUS) instituiu o Processo Transexualizador. Segundo Sofia Viela de Moraes Silva, hoje, para que um transexual consiga realizar a cirurgia, são necessários diversos procedimentos médicos e psicológicos: primeiramente deve haver um parecer e avaliação de um endocrinologista, depois de um urologista cirurgião, posteriormente de um psiquiatra e um psicólogo com experiência na área. Além disso, após conseguir lograr uma vaga no SUS, passar os dois anos de tratamento e realizar a cirurgia, a pessoa transexual ainda tem mais um desafio: conseguir a alteração no seu registro civil. Como não há previsão legal, as pessoas que realizam a cirurgia de redesignação entram na justiça para pedir a mudança do seu prenome na certidão de nascimento, ficando, portanto, dependentes de uma sentença judicial favorável.<sup>69</sup>

Apenas a título de esclarecimento, há de se salientar que o gênero dos termos usados para descrever pessoas transexuais sempre se referem ao gênero-alvo, ou seja, aquele com o qual a pessoa se identifica. Por exemplo, uma mulher homem transexual é alguém que foi identificada como homem no nascimento em virtude de seus genitais, mas reconhece-se como mulher. Também utiliza-se a nomenclatura usada em inglês, que é transexual FtM (female-to-male) e MtF (male to female).

Há ainda o Travestismo, que está associado ao ato ou efeito de travestir-se, ou seja, de vestir-se ou disfarçar-se com roupas do sexo oposto. Travestis são pessoas que vivem uma parte significativa do dia ou mesmo o dia-a-dia como se fossem do sexo oposto. Além de se travestirem com roupas do sexo oposto é

---

<sup>69</sup> SILVA, Sofia Viela de Moraes, *idem*.

comum a utilização de um nome social, corte de cabelo, adoção de modos e de timbre de voz consoantes com os do sexo almejado.

Por fim, oportuno mencionar ainda a condição de intersexual, também denominado de hermafrodita, que é aquela em que os indivíduos nascem com características sexuais de ambos os sexos, tanto masculino como feminino, desenvolvendo parcial ou totalmente os órgãos genitais de cada gênero.

De acordo com Moara de Medeiros Rocha Santos e Tereza Cristina Cavalcanti Ferreira de Araujo, o termo intersexo tem sido empregado em estudos pautados pelo interesse em aspectos psicossociais, ao passo que a denominação genitália ambígua e pseudo-hermafroditismo feminino pertencem à classificação do desenvolvimento sexual anormal. Vale lembrar que o sexo designado ao nascimento será validado (ou não) por um conjunto de características orgânicas e psicológicas (sexo de criação, identidade e papel de gênero), resultante da organização dos diferentes níveis de distinção sexual: genética, nuclear, gonadal, fenotípica e psicossocial, sendo que, inicialmente, o embrião possui capacidade para evoluir tanto para o sexo masculino quanto para o feminino. Todavia, ao longo desse desenvolvimento, certas alterações podem ocorrer, originando vários graus de diferenciação sexual anormal. Atualmente, as condições intersexuais são classificadas de acordo com critérios anatômicos, histológicos, citológicos e psiquiátricos.<sup>70</sup>

Há de se ressaltar que a intersexualidade também não é entendida como uma orientação sexual, mas sim como uma condição do sujeito. As mesmas autoras acima mencionadas esclarecem que a intersexualidade é frequentemente percebida como uma doença grave e incorrigível mesmo diante das crescentes possibilidades de intervenção, sendo que a condição intersexual tem um significado essencialmente negativo para a família e para o sujeito, provavelmente suscitado pelas inúmeras dificuldades enfrentadas ao longo da sua existência. No entanto, a intersexualidade se caracteriza, principalmente, como uma condição, transcendendo a associação com 'doença'.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> SANTOS, Moara de Medeiros Rocha e ARAUJO, Tereza Cristina Cavalcanti Ferreira de Araujo. A Clínica da Intersexualidade e Seus Desafios para os Profissionais de Saúde. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/pcp/v23n3/v23n3a05.pdf>. Acessado em 12.12.2012.

<sup>71</sup> SANTOS, Moara de Medeiros Rocha e ARAUJO, Tereza Cristina Cavalcanti Ferreira de Araujo. Idem.

Assim, há de se ressaltar que, embora seja comumente designada como doença, a intersexualidade é uma condição sexual do indivíduo e assim deve ser entendida, até mesmo para facilitar a sua inserção na sociedade. Além disso, é oportuno mencionar que tais pessoas podem se identificar com as diferentes formas de orientação sexual acima mencionadas, tais como homoafetivas, heteroafetivas e assim por diante.

Abordadas as diferentes formas de manifestação da sexualidade humana, é necessário analisar sua relação com a vida cotidiana das pessoas e com o trabalho.

### 2.3. A exclusão e a Comunidade LGBT

Embora já se tenham superado as concepções da diversidade sexual como doença ou pecado, ela continua sendo fator de exclusão em nossa sociedade<sup>72</sup>.

Dados do Relatório Anual de Homicídios de Homossexuais, divulgado pelo movimento Grupo Gay Bahia (GGB), mostram que no ano de 2009 houve 198 homicídios contra homossexuais no país.<sup>73</sup> No ano de 2010, foram documentados 260 assassinatos de gays, travestis e lésbicas no Brasil, que caracteriza um aumento 113% nos últimos cinco anos (122 em 2007). No ano de 2011 foram documentados 266 assassinatos de gays, travestis e lésbicas no Brasil, seis a mais que em 2010, um aumento 118% nos últimos seis anos (122 em 2007). Os gays lideram os "homocídios": 162 (60%), seguidos de 98 travestis (37%) e sete lésbicas (3%).

O mesmo relatório do GGB ainda esclarece que o Brasil confirma sua posição em primeiro lugar no ranking mundial de assassinatos homofóbicos, concentrando 44% do total de execuções de todo mundo. Nos Estados Unidos, com 100 milhões a mais de habitantes que nosso país, foram registrados nove assassinatos de travestis em 2011, enquanto, no Brasil, foram executados 98 "trans". O risco de um homossexual ser assassinado no Brasil é 800% maior que nos Estados Unidos.

---

<sup>72</sup> Em pesquisa divulgada pelo IBOPE em 28.07.2011, 63% dos homens, 77% dos evangélicos e 68% dos com estudo até a 4ª série do ensino fundamental afirmaram ser contrários à união estável entre casais homossexuais.

<sup>73</sup> O Brasil é o campeão mundial de crimes contra LGBT: um assassinato a cada dois dias, aproximadamente 200 crimes por ano, seguido do México com 35 homicídios e os Estados Unidos com 25" – Comentário de Luiz Motta, presidente do GGB.

A título de exemplo e citando Luiz Roberto Barroso, na década de 90, no Brasil, quando se debatia a questão das relações homoafetivas, uma elevada autoridade religiosa declarou: “Os cachorros que me desculpem, mas o projeto de casamento gay é uma cachorrada.”<sup>74</sup> Ou seja, nossa sociedade além de se mostrar como uma sociedade branca, machista e de proprietários, é também heterossexual.

No campo das relações de trabalho, a exclusão do grupo LGBT é facilmente percebida. Embora estejamos vivendo em uma época de “visibilidade da diversidade sexual” são inúmeros os casos de pessoas que, para se proteger da exclusão, ocultam sua orientação sexual dentro do ambiente de trabalho, principalmente naqueles tidos como “tradicionais”.

Como explica Ana Carla Harmatiuk Matos, ao invés de exercer livremente sua orientação sexual, muitos homossexuais necessitam disfarçar a sua orientação sexual (fenômeno conhecido como *in the closet* – no armário), sendo que tal ocultação demanda grande esforço e pesar dos sujeitos e se justifica na tentativa de afastar o estigma.<sup>75</sup>

Para os indivíduos que, na linguagem LGBT, “saem do armário”, grande parte permanece em trabalhos tidos como “secundários”<sup>76</sup>, como, por exemplo, salões de beleza ou vendedores de lojas de roupas femininas, em que suas sexualidades são aceitas.

Ou seja, para os assumidos, como ocupam uma posição social marginalizada, muitas vezes só lhes sobra explorarem sua sensibilidade artística em ambientes de trabalho caracteristicamente explorados por esta minoria sexual.

Para comprovar tais alegações, basta analisar os resultados da pesquisa IBOPE, realizada entre 14 e 18 de julho de 2011, acerca da união estável entre homossexuais, com 2.002 pessoas (homens e mulheres com mais de 16 anos de todos os níveis sociais em todas as regiões do Brasil). Em tal pesquisa se analisou também a aceitação dos entrevistados quanto ao desempenho de certas profissões

---

<sup>74</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil*. Disponível em [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais\\_171109.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf), acessado em 26.07.2012.

<sup>75</sup> MATOS, 2004, p. 54/55.

<sup>76</sup> Alice Monteiro de Barros explica que a discriminação profissional e salarial são explicadas pela existência de empregos dual, ou seja, há empregos primários e secundários, sendo que os primeiros são bem remunerados e oferecem boas condições de trabalho, enquanto os últimos são desalentadores. (BARROS, Alice Monteiro. *Discriminação no emprego por motivo de sexo*. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coords). *Discriminação*, São Paulo: Ltr, 2000, p. 50).

por homossexuais, sendo que 14% dos entrevistados são totalmente ou parcialmente contra a prática da medicina por gays, 24% são contra o exercício da profissão de policial por homossexual e 22% têm este entendimento em relação à profissão de professor.<sup>77</sup>

Em pesquisa do IPEA, divulgada em 29/04/2012, acerca das Forças Armadas no Brasil, 34,3% dos entrevistados não concordaram com a presença de gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e travestis nas Forças Armadas brasileiras. A Região Sul do País se mostrou como a mais contrária à presença da comunidade LGBT nas Forças Armadas, sendo que 52% dos entrevistados afirmaram ser contra a ideia.<sup>78</sup>

A exclusão acima mencionada se torna ainda mais evidente quando tratamos acerca do grupo “T”, ou seja, dos transexuais e travestis. Isto porque, em razão de ser mais difícil a ocultação de sua sexualidade, e por muitas vezes serem discriminados até no âmbito familiar, o que dificulta sua formação escolar e profissional e por encontrarem dificuldade com seu nome social, conseguir um emprego “formal” se torna tarefa quase impossível. Por tal motivo, uma das únicas formas de sobrevivência para este grupo restringe-se à prostituição.

Sofia Viela de Moraes Silva ressalta o quanto é difícil assumir-se transexual, pois além de ser incompreendido pela família, o indivíduo é excluído desde pequeno da sociedade, sendo considerado uma anomalia e enfrentando uma batalha para conseguir um emprego formal, principalmente quando não possui documentos adequados ao seu fenótipo. Deste modo, muitos não conseguem fugir da vala comum de empregos que possuem uma aceitação maior aos homossexuais, travestis e transexuais como as atividades de cabeleireiras e maquiadoras, chegando, nas piores situações, aos casos de prostituição.<sup>79</sup>

Em pesquisa etnográfica realizada entre transexuais e travestis nas ruas de Brasília, Pedro de Lemos Macdowell afirma que a presença do “grupo T” em lugares públicos, movimentados, especialmente durante o dia, em meio à multidão,

<sup>77</sup> Resultados disponíveis no sítio eletrônico: <http://www4.ibope.com.br/download/casamentogay.pdf>; acessado em 12.10.2012.

<sup>78</sup> Resultados disponíveis no sítio eletrônico: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/120229\\_sips\\_defesanacional\\_3.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/120229_sips_defesanacional_3.pdf). Acessado em 24.11.2012.

<sup>79</sup> SILVA, Sofia Viela de Moraes. *Transexualidade e discriminação no mercado de Trabalho*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/transexualidade-e-discrimina%C3%A7%C3%A3o-no-mercado-de-trabalho>. Acessado em 09.11.2012.

suscita piadas, agressões, reclamações e outras formas de violência e discriminação. Trata-se da associação do dia à opressão por mecanismos tácitos de coerção social e a conseqüente restrição da vida social de pessoas transexuais e travestis ao período noturno. Assim, é significativo o número de membros do “grupo T” que, não conseguindo outros tipos de empregos, recorrem à prostituição como meio de sobrevivência. Para ele, o caráter “ditatorial” da prostituição como imposição é destacado pela associação generalizada feita pelo senso comum entre a condição de travesti e a prostituição.<sup>80</sup>

Veja-se que aqui há de se destacar a sobreposição de diferentes dinâmicas de opressão e exclusão vivenciadas por este grupo de pessoas. Como se verá mais adiante, a discriminação em virtude da orientação/identidade sexual pode apresentar-se de maneira específica, já que poderá somar-se a outros tipos de discriminação, configurando-se em múltiplas discriminações. Como exemplo podemos citar o fato de além de uma pessoa ser transexual, ainda pode ser negra, ou também ser de uma situação econômica mais baixa.

Resta claro, portanto, que o grupo LGBT em questão é alvo de imensa exclusão em nossa sociedade. Eles, além de lidarem com o preconceito encontrado até mesmo dentro do seu círculo social, e muitas vezes até dentro de suas famílias, ainda encontram maior dificuldade para desenvolverem suas atividades profissionais de forma digna, acabando, muitas vezes, impossibilitados de desenvolverem suas identidades por meio do trabalhar.

Peter Fry e Edward Macrae esclarecem que a homossexualidade continua sendo tratada, na prática, como uma mistura de pecado, sem-vergonhice e doença. Diariamente, a imprensa marrom estampa manchetes que contam escândalos envolvendo homossexuais; na procura de emprego, eles ainda são submetidos a testes psicológicos que procuram detectar sua orientação sexual.<sup>81</sup>

Mas, conforme ensina Anthony Giddens, a justificativa biológica para a heterossexualidade foi destruída. O que costumava ser chamado de perversão é apenas expressão de como a sexualidade pode ser legitimamente revelada e a

---

<sup>80</sup> MACDOWELL, Pedro de Lemos. *Geografia do gênero: do (não) lugar de travestis e outros abjetos na cidade*. Trabalho apresentado no XVI Encontro Nacional de Estudos Populacionais, realizado em Caxambu, MG. Brasil. 29 de setembro a 03 de outubro de 2008. Disponível em: [http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP2008\\_1467.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP2008_1467.pdf). Acessado em 09.11.2012.

<sup>81</sup> FRY e MACRAE, op. cit. 1984, p. 70.

autoidentidade, definida. O reconhecimento de diversas tendências sexuais corresponde à aceitação de uma pluralidade de possíveis estilos de vida, o que vem a ser uma atitude política.<sup>82</sup>

O mesmo autor ainda complementa: “uma vez que a sexualidade tornou-se um componente integral das relações sociais, como resultado de mudanças, a heterossexualidade não deve ser mais um padrão pelo qual tudo o mais é julgado.”<sup>83</sup>

Não há qualquer amparo que justifique a marginalização e a exclusão de pessoas com orientação sexual não heterossexual. As diferentes formas de orientação sexual são apenas a expressão da personalidade e do modo de ser de cada um, os quais devem ser respeitados assim como o são os das pessoas heterossexuais.

Neste sentido Peter Fry e Edward Macrae argumentam que desejos homossexuais são socialmente produzidos como são também produzidos desejos heterossexuais, sendo que estes tem o mesmíssimo valor e devem ser vistos com a mesma perplexidade normalmente reservada apenas para os homossexuais.<sup>84</sup> Ana Carla Harmatiuk Matos também analisa que os fatores para a orientação sexual homossexual ou heterossexual são os mesmos, com a única diferença de que os heterossexuais não necessitam argumentar sobre as razões de sua orientação sexual e justificar a legitimidade de sua luta por direitos.<sup>85</sup>

Assim, se torna de fundamental importância para a concretização do ideal democrático de dignidade e de igualdade, o respeito às diferenças de cada um, inclusive de diferenças de orientação/identidade sexual, sem que a existência de tal diversidade os exclua ou marginalize dentro da sociedade ou os impossibilite de construir suas subjetividades, por meio da livre manifestação da sexualidade e o do trabalho.

É oportuno verificar, neste momento, se em virtude da exclusão experimentada, a comunidade LGBT se mostra como uma minoria merecedora de especial proteção.

---

<sup>82</sup> GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora Unesp, 1993, p. 197.

<sup>83</sup> IDEM.

<sup>84</sup> FRY e MACRAE, op. cit. 1984, p. 16.

<sup>85</sup> MATOS, 2004, p. 45.

### 2.3.1. Minorias

Analisar o termo minorias/grupos vulneráveis e seus significados se torna de fundamental importância quando trabalhamos conceitos de discriminação, marginalização e exclusão de grupos de pessoas por motivos específicos.

Quando se fala no assunto, surge certa confusão entre os termos minorias e grupos vulneráveis. Em sua obra, Elida Seguin aponta para a distinção entre minorias e grupos vulneráveis, sendo que as primeiras seriam caracterizadas por ser um grupo numericamente inferior que ocupam uma posição de não dominância no país onde vivem; já os grupos vulneráveis podem se constituir num grande contingente numericamente falando, como as mulheres, crianças e idosos, mas são destituídos de poder e guardam e os demais elementos que poderiam transformá-los em minorias.

Gabi Wucher, sobre o tema, afirma:

O elemento numérico per se não é, sem dúvida, suficiente para caracterizar uma minoria que precise de proteção especial. (...) Para ser objeto de proteção internacional, a minoria precisa imprescindivelmente ser caracterizada por uma posição de não dominância que ocupa no âmbito do Estado em que vive. No entanto, o elemento de não dominância per se é o que igualmente caracteriza os chamados 'grupos vulneráveis', conceito de abrangência maior que o de 'minorias'. Grupos vulneráveis podem, mas não precisam necessariamente constituir-se em grupos numericamente pequenos.<sup>86</sup>

Assim, na perspectiva desta autora, minorias e grupos vulneráveis se diferenciam pelo contingente de pessoas envolvidas, ou seja, as minorias são os grupos de pessoas que ocupam uma posição de não dominância na sociedade e que são numericamente inferiores aos demais grupos; já os grupos vulneráveis, embora possam constituir-se em um número considerável de pessoas também possuem o elemento de não dominância na sociedade.

Para fins deste trabalho, não faremos qualquer distinção entre minorias e grupos vulneráveis, já que, na prática, ambos são vítimas de discriminação.

O termo minoria é uma expressão de difícil conceituação. Como afirma Elida Seguin, conceituar minorias "é complexo, uma vez que sua realidade não pode ficar

---

<sup>86</sup> WUCHER, Gabi. *Minorias: proteção internacional em prol da democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 46.

restrita apenas a critérios éticos, religiosos, linguísticos ou culturais. Temos que sopesar sua realidade jurídica ante as conquistas modernas”<sup>87</sup>.

Como exemplo da dificuldade de conceituar minorias, podemos mencionar que, em 1947, a Comissão de Direitos Humanos criou uma subcomissão com o intuito de prevenção de discriminação e proteção das minorias. Ocorre que tal subcomissão acabou por limitar seu campo de atuação somente à prevenção da discriminação, em virtude de que todas as propostas de conceituação do termo minoria foram rejeitadas. Assim, tal subcomissão limitou-se a recomendar a inclusão de uma provisão referente à proteção de minorias nos instrumentos internacionais de direitos humanos a ser elaborado dali em diante.

Em 1966, foi editado o primeiro instrumento normativo internacional da ONU (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos) a tratar sobre o tema. Tal instrumento não forneceu uma definição do termo, mas apenas previu o respeito aos grupos minoritários, conforme artigo 27, *in verbis*:

Artigo 27 – Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

A subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias, em 1976, encomendou a Francesco Capotorti um estudo que apresentasse uma definição do termo minoria. O referido autor conceituou minoria como sendo:

Um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, em posição não dominante, cujos membros – sendo nacionais desse Estado – possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes das do resto da população e demonstre, pelo menos de maneira implícita, um sentido de solidariedade, dirigido à preservação de sua cultura, de suas tradições, religião ou língua.<sup>88</sup>

Como relata Elida Seguin, em dezembro de 1992, a Assembleia Geral das Nações Unidas, acerca da Declaração sobre os Direitos de Pessoas que pertencem a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguística, sem estabelecer uma definição, fez referência às “pessoas que pertencem a uma nacionalidade ou minorias étnicas, religiosas ou linguísticas”. Em tal Assembleia existia uma corrente

---

<sup>87</sup> SEGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9.

<sup>88</sup> WUCHER, op. cit. 2000, p. 78.

que defendia que a definição de minoria poderia caracterizar-se como um obstáculo no campo normativo para a proteção das mesmas, pois cada grupo possui suas próprias características.<sup>89</sup>

Frise-se que a expressão “minoria” não deve ser entendida no seu sentido quantitativo, senão como uma qualificação jurídica daqueles grupos cultural e historicamente contemplados com um cabedal menor de direitos efetivamente assegurados que outros que detém o poder ou, melhor dizendo, que se encontram numa posição de “dominação”.<sup>90</sup>

Ou seja, é aquele grupo de pessoas dentro da população do Estado que possuem características que as difere do resto da população, e que por tal motivo tornam-se vítimas de discriminação, excluídas do acesso aos direitos e que, quando contemplados, são atribuídos com um conjunto menor de direitos, precariamente assegurados.

Na compreensão de Anthony Giddens, os membros de um grupo minoritário estão em desvantagem se comparados com a população majoritária porque ocupam uma posição (status) subordinada dentro da sociedade. Para o autor, os membros dos grupos minoritários tendem a se ver como pessoas distanciadas da maioria, estando normalmente isolados física e socialmente da comunidade em sentido mais amplo, fato que atrai a atenção para a difusão da discriminação, realçando a existência de atributos comuns entre as experiências de vários grupos subordinados no interior da sociedade. Diferenças físicas, como a cor da pele e diferenças linguísticas e idiomáticas são com frequência fatores – não únicos, mas essenciais e decisivos – para designar uma minoria.<sup>91</sup>

As pessoas com orientação sexual distinta da heterossexual se mostram como verdadeira minoria, uma vez que em virtude de sua peculiar forma de ser, são vítimas de discriminação e preconceito e, muitas vezes, são marginalizadas e excluídas da sociedade. No entanto, como vivemos em sociedades pluralistas, que pregam a atribuição de igual valor à colaboração de cada grupo minoritário, as

---

<sup>89</sup> SEGUIN, op. cit. 2002, p. 11.

<sup>90</sup> SANCHES, Vanessa, K. C. *Discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho*. São Paulo: Editora Ltr, 2009, p. 18.

<sup>91</sup> Apud, GOMES, Eduardo Biacchi e BOTH, Laura Garbini, *Direito das Minorias e Inclusão Digital: Análise do Caso da Rede Nacional de Quilombos Digitais (Rnqd)*, In *Democracia E Desenvolvimento Sustentável na América do Sul*. p. 68-69.

diferenças devem ser entendidas como componentes vitais para a vida em sociedade.

É sabido que a imposição de valores dominantes a qualquer grupo minoritário caracteriza literal ofensa ao ideal democrático e aos seus postulados. Paulo Freire chamou a atenção para a importância da libertação dos oprimidos. Esses grupos muitas vezes não são capazes de, por si só, se libertar, pois enquanto tocados pelo medo da liberdade, se negam a apelar a outros e a escutar o apelo que se lhes faça ou que tenham feito a si mesmos, preferindo a gregarização à convivência autêntica. Para os opressores o que vale é ter mais e cada vez mais, à custa, inclusive, do ter menos ou do nada ter dos oprimidos.<sup>92</sup>

Maria Berenice Dias também afirma que não adianta assegurar respeito à dignidade humana e à liberdade ou afirmar a igualdade de todos perante a lei, enquanto são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Ou seja, diz a autora que enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigual entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito.<sup>93</sup>

Desta forma, percebe-se que não há como se falar em uma sociedade justa e igualitária sem buscar a inclusão de minorias. E, em razão de as pessoas com orientação sexual não heterossexual serem alvo de discriminação e preconceito, estando sujeitos à marginalização, elas se caracterizam como um grupo oprimido, merecedor de proteção, em especial dentro do mercado de trabalho. Nas palavras de Elida Seguin, “a proteção às minorias deve ter um caráter permanente e atemporal para impedir a repetição de genocídios como os que nossa história recente registra.”<sup>94</sup>

Roberto Gargarella afirma que:

Se el derecho pretende honrar su promesa originaria (por ser dicha promesa valiosa y no por el mero hecho de ser original) lo que debe hacer es asegurar a todos, pero muy especialmente a aquellos que hoy agravia, un trato igualitario, y mientras ello no ocurre, el derecho debe dar especial

<sup>92</sup> FREIRE, Paulo. *Pedagogia dos Oprimidos*. 18 edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra 1991, p. 19.

<sup>93</sup> DIAS, Maria Berenice. Direito à diferença, *Revista Jurídica Areópago da Faculdade Unifaimi*, Ano I. 3ª Ed. São Paulo: Unifaimi, 2008, p. 30.

<sup>94</sup> SEGUIN, op. cit. 2002, p. 12.

protección a aquellos que reclaman por ser tratados como iguales, es decir, debe proteger en lugar de acallar a la protesta.<sup>95</sup>

O desafio é, portanto, promover uma igualdade real entre os diversos grupos existentes por meio do reconhecimento de suas diferenças, de forma a evitar grupos oprimidos, os quais merecem regras protetivas diferenciadas.

Desta maneira, verificada a sexualidade como um fator de exclusão em nossa sociedade, notadamente dentro do ambiente de trabalho, é relevante retomar o estudo sobre a concepção de Christophe Dejours mencionada no tópico 2.1. acerca dos desdobramentos entre trabalho e sexualidade, ambos como fatores de construção da subjetividade e de alcance da emancipação dos indivíduos, de forma que suas manifestações devem ser protegidas e asseguradas pelo Direito.

#### 2.4. TRABALHO E SEXUALIDADE: Desenvolvimento e construção da identidade, a partir da perspectiva de Christophe Dejours

Christophe Dejours, psiquiatra e psicanalista francês, idealizador da psicodinâmica do trabalho, acredita que o trabalho ocupa uma posição central na vida das pessoas, não somente pelo tempo significativo passado pelos indivíduos “dentro do trabalho”, mas sim por ser um elemento vital para construção de suas identidades, de vínculos de solidariedade e de aprendizado para a ação política.

Assim, com o paradoxo da dupla centralidade “sexual e do trabalho”, o autor traz o conceito de que o trabalho (aqui entendido somente como o *Arbeit*<sup>96</sup>) está no interior da sexualidade, ao passo que o trabalho, em sentido integral, ou seja, *Arbeit* (trabalho psíquico), *poièsis* (trabalho no sentido clássico de produção) e *práxis* (prática, ação) é central para a autorrealização no campo social e para o desenvolvimento da corporalidade das pessoas. Ou seja, para Dejours, além do amor (sexualidade), que se mostra como a primeira opção de construção da subjetividade das pessoas, o trabalho se revela como uma segunda oportunidade,

<sup>95</sup> GARGARELLA, Roberto. *Derecho a la protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: AdHoc, 2005, p. 19.

<sup>96</sup> De acordo com Dejours, o *Arbeit* é “*Arbeit* freudiano, assim como ele se dá por meio das noções de *traumarbeit* (trabalho do sonho), *trauerarbeit* (trabalho de luto), *durcharbeiten* (perlaboração), *verdrängungsarbeit* (trabalho de recalque), *arbeitsanforderung* (exigência de trabalho), *verdichtungsarbeit* (trabalho da condensação), etc.” (DEJOURS, Christophe. *Subjetividade, trabalho e ação*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/prod/v14n3/v14n3a03.pdf>. Acessado em 30.01.2013)

normalmente necessária diante das fragilidades da primeira chance, de construir a identidade nas relações sociais.

Como ensina Dejours, a centralidade do trabalho é percebida na construção da identidade, na realização de si mesmo, na saúde mental, na mediação entre o singular e o subjetivo, entre a subjetividade e o campo social e também é constatada na articulação entre a esfera social e a esfera privada, com reflexos de monta sobre a esfera política. Desta maneira, o trabalho é um estatuto teórico original em relação a outros objetos de pesquisa, entendendo o trabalho como conceito irreduzível da teoria social.<sup>97</sup>

Dejours ainda esclarece que “Trabalhar, não é somente produzir ou fabricar, não é apenas transformar o Mundo, é também transformar-se a si próprio, produzir-se a si mesmo. Noutros termos, é através do trabalho que o sujeito se forma ou se transforma revelando-se a si próprio de tal forma que depois do trabalho ele já não é completamente o mesmo do que antes de o ter empreendido.”<sup>98</sup>

Assim, Dejours assevera que o trabalhar, aqui entendido como a atividade assalariada ou graciosa, doméstica ou profissional, de operador ou de quadro, no público ou no privado<sup>99</sup>, na indústria ou nos serviços, na agricultura ou no comércio, de mobilizar o seu corpo, a sua inteligência, a sua pessoa para uma produção que detenha valor de uso, possui três poderes: 1. Transformar o mundo; 2. Objetivação da inteligência e 3. Produção da subjetividade.<sup>100</sup>

O trabalhar – a partir do conceito de trabalho vivo<sup>101</sup> – passa pela formação das habilidades individuais e de competências coletivas das pessoas. Para a psicodinâmica de Dejours, ele é compreendido a partir da perspectiva do trabalho real, que é aquele que se realiza na atividade concreta do sujeito e que é diferente do trabalho prescrito (aquele ditado como o que deve ser feito).

<sup>97</sup> DEJOURS, *O trabalho como enigma*, 2011, p. 164/165.

<sup>98</sup> DEJOURS, Ch. (2011). «Trabalhar» não é «derrogar». *Laboreal*, 7, (1), 76-80. <http://laboreal.up.pt/revista/artigo.php?id=48u56oTV6582235338949::5542>. p. 77/78.

<sup>99</sup> Diante desta afirmação, se faz relevante ressaltar que, na atualidade, a preocupação é ainda acerca do trabalho assalariado capitalista.

<sup>100</sup> IDEM.

<sup>101</sup> Aquele entendido como o que passa pela formação de habilidades individuais e de competências coletivas, constituído pela inteligência que não é apenas cognição, mas cujo gênio inventivo é conferido pelo corpo, pela experiência e o conhecimento do corpo, da matéria ou do objeto técnico; por onde o corpo tateia o mundo ao mesmo tempo em que se autodesafia e se revela a si próprio, podendo ser denominado de engenhosidade. (DEJOURS, *A saúde mental entre impulsos individuais e requisitos coletivos*, 2011, p. 421-422).

Para que exista o trabalho real, para que se realize a tarefa prescrita, o trabalhador necessita de um conceito essencial: o zelo que é a um só tempo a inteligência corporal e astuciosa e sua mobilização pelo sujeito, de modo a aplicá-la na realização da tarefa. Ademais, simetricamente ao zelo, há no plano coletivo, uma irreduzível defasagem entre a coordenação formal das múltiplas tarefas – a ordem prescrita – e a efetiva cooperação, a articulação levada a efeito pelas inteligências singulares dos indivíduos.<sup>102</sup>

A cooperação, de acordo com Dejours, é a vontade das pessoas de trabalharem juntas e de superarem coletivamente as contradições que surgem da própria natureza ou da essência da organização do trabalho.<sup>103</sup> É um compromisso técnico, mas também ético e social.

Desta maneira, para que ocorra a produção são necessários que, na atividade, se verifiquem os dois elementos acima mencionados: o zelo e a cooperação. Sem eles, não há produção.

Como esclarece Leonardo Wandelli, sem o concurso do zelo individual e da cooperação coletiva dos trabalhadores, suplementando e por vezes até contrariando as prescrições da organização do trabalho, adicionando à organização sua própria inteligência corporal e capacidade de convivência, a tarefa não se concretiza e nenhuma produção é possível. Por isso, o autor conclui que este é o motivo para que o trabalhar consista justamente em mobilizar recursos da subjetividade para suprir a distância entre as prescrições e aquilo que a resistência do real do trabalho impõe para que o trabalho se faça efetivo.<sup>104</sup>

Isto posto, considerando os diversos aspectos envolvidos no trabalho, depreende-se que este é sempre um trabalho subjetivo e também objetivo; sobre o mundo, sobre si e sobre o outro e também um trabalho individual e coletivo. Ou seja, como diz Dejours, o trabalho envolve tanto o trabalho como *Arbeit*, como *poiésis* e ainda como *práxis*.

---

<sup>102</sup> WANDELLI, 2012, p. 64-65.

<sup>103</sup> DEJOURS, *Addendum*, 2011, p. 80.

<sup>104</sup> WANDELLI, op. cit. 2012, p. 65

O trabalho supõe a mobilização de toda a subjetividade, que exige a capacidade de sonhar, de transformar-se a si mesmo e de adquirir com os novos registros de sensibilidade, novas habilidades profissionais.<sup>105</sup>

Como se verá adiante, o trabalho para que realize estes três poderes mencionados (transformar o mundo, objetivação da inteligência e produção da subjetividade) e para que se faça efetivo deve atrair o olhar do outro, por meio da dinâmica do reconhecimento. Será a partir do reconhecimento pelo trabalho feito que as pessoas se motivam a trabalhar e, por consequência, a transformarem o mundo e a si próprias também. Tal reconhecimento se mostra, desta maneira, como o elo fundamental para entender o trabalho como um todo, na perspectiva da psicodinâmica do trabalho.

Assim sendo, depreende-se que o trabalho funciona como verdadeiro instrumento para a construção da identidade das pessoas. Ou seja, o desenvolvimento da subjetividade dos sujeitos se dá pelo esforço no trabalho, é por meio do trabalho que a subjetividade se exterioriza e se transforma e, por tal razão, se argumenta acerca da centralidade do trabalho na vida das pessoas.

Desta maneira, pode-se afirmar que a subjetividade humana está intrinsecamente relacionada com o trabalhar. É por intermédio do trabalho que o sujeito tem a nova oportunidade de se autorrealizar, de desenvolver sua inteligência, sua criatividade e sua identidade.

Por identidade, devemos entender a armadura da saúde mental das pessoas. É o que faz com que o sujeito não seja idêntico a qualquer outro, designando o arcabouço da saúde mental, de forma que a conquista da identidade no campo social, mediada pelo trabalho, passa pela dinâmica do reconhecimento. E o reconhecimento implica o julgamento dos pares.<sup>106</sup>

Leonardo Wandelli afirma que a constituição da identidade é um processo contínuo que se sustenta a partir do “olhar do outro” em dois campos das relações cotidianas. O primeiro é no campo erótico, sexual, que passa pelo amor, na história singular de cada um, sendo que a construção da identidade apenas neste campo é normalmente cheia de falhas. Daí a relevância do outro campo, o campo social, que

---

<sup>105</sup> DEJOURS, *Trabalho e sexualidade*, 2012, p. 200.

<sup>106</sup> DEJOURS, *Addendum e Alienação e clínica no trabalho*, 2011, p. 89-90/299.

passa pelo trabalho, mediante a dinâmica da sublimação<sup>107</sup>, que constitui como uma segunda chance para a construção da identidade e da saúde psíquica, superando as falhas geradas na história singular.<sup>108</sup>

Diante disso, os desdobramentos das relações entre trabalho e sexualidade se dão de forma que o trabalho se mostra como uma segunda oportunidade para ampliar os poderes do corpo, os registros da sensibilidade e o que, ao final, constitui o fundamento da identidade pessoal.<sup>109</sup>

O reconhecimento, portanto, é fundamental para a constituição da identidade. Dito de outro modo, por meio do reconhecimento é que se transforma o sofrimento inerente a toda situação de trabalho em prazer, e o prazer é uma contribuição que se obtém no registro da identidade. A busca por reconhecimento é o que motiva as pessoas a trabalhar.

Há a necessidade de reconhecimento para que ocorra a conquista da saúde psíquica, da estabilidade psíquica, por meio da conquista da identidade. O reconhecimento transforma o sofrimento inerente a toda relação em prazer.

Frise-se que o reconhecimento é, sobretudo, simbólico, e possui duas diferentes dimensões: o reconhecimento no sentido de constatação, ou seja, de reconhecimento da realidade que representa a contribuição individual, específica à realização do trabalho, e o reconhecimento no sentido de gratidão pela contribuição dos trabalhadores à organização do trabalho.

Além disso, o reconhecimento passa pela reconstrução rigorosa de julgamentos, os quais podem ser de dois diferentes tipos: o julgamento de utilidade (na esfera de utilidade social, econômica e técnica das contribuições singulares e coletivas dos sujeitos na elaboração da organização do trabalho) e o julgamento de beleza (é um julgamento duplo, em que a primeira perspectiva diz respeito ao reconhecimento do esmero do trabalho do sujeito e o segundo consiste em atribuir ao sujeito qualidades que os distinguem dos demais).<sup>110</sup>

Ainda no que toca ao reconhecimento, Dejours ensina que tanto os julgamentos de utilidade como o de beleza dizem respeito ao trabalho e a seus

---

<sup>107</sup> Por sublimação podemos entender uma ação socialmente útil e, por consequência, valorizada. (DEJOURS, *Para uma clínica da mediação entre psicanálise e política*, 2011, p. 241).

<sup>108</sup> WANDELLI, 2012, p. 170.

<sup>109</sup> DEJOURS, *Trabalho e Emancipação*, 2012, p. 210/211.

<sup>110</sup> DEJOURS, *Patologia da Comunicação*, 2011, p. 374-375.

resultados e não são julgamentos sobre os sujeitos. A retribuição no registro da identidade, no registro do SER, buscada pelo trabalho, é obtida pelo retorno dos efeitos do reconhecimento no registro do TER.

Desta maneira, o reconhecimento somente será legítimo se o for em virtude do FAZER do indivíduo e não pelo ser – gratificação pelo fazer em primeiro lugar e gratificação identitária depois.<sup>111</sup>

Para que o trabalho transforme o sofrimento em prazer é necessária a presença de reconhecimento, para que se possa advir do ganho obtido no trabalho justamente no registro da construção da identidade e da realização de si mesmo. Sem reconhecimento não há sentido na economia do sofrimento, inerente a todas as relações de trabalho; não há prazer.

Diante da necessidade de reconhecimento, tem-se que as pessoas, para que possam ser reconhecidas, têm o direito a contribuir. Ou seja, o sujeito tem direito a contribuir com o coletivo, a fazer um bom trabalho.

Nas palavras de Dejours, as pessoas esperam a oportunidade, graças ao trabalho, de construir sua identidade no campo social. Esta esperança é tão importante que se traduz pela reivindicação de um direito à contribuição – contribuição nas responsabilidades da comunidade ou nas responsabilidades da organização do trabalho. O problema prático reside em não quebrar a mobilização genérica das subjetividades, frustrando o direito à contribuição, de um lado, desarmando a dinâmica do reconhecimento, de outro.<sup>112</sup>

Como já dito, da mesma maneira que o trabalho pode gerar todo este bem, pode ser fonte de prazer, de reconhecimento e de ganho no registro da identidade dos indivíduos, em determinadas situações – em especial naquelas em que não haja cooperação ou o respeito ao binômio contribuição x reconhecimento –, pode também gerar o mal, ser fonte de sofrimento psíquico e físico, através de suas potencialidades negativas. Uma delas é a discriminação. A discriminação no trabalho enfrentada pela comunidade LGBT obstrui a possibilidade de a pessoa contribuir com o coletivo e ainda de se ver reconhecida, na relação de trabalho, no campo do fazer.

---

<sup>111</sup> DEJOURS, *Addendum*, 2011, p. 87.

<sup>112</sup> DEJOURS, *Addendum*, 2011, p. 91.

Frise-se que a identidade conserva sempre certa precariedade, não sendo jamais definitivamente conquistada<sup>113</sup>, de modo que as discriminações enfrentadas em virtude da diversidade sexual podem desestabilizar os sujeitos, gerando vulnerabilidade e verdadeira crise de identidade. Quando o binômio contribuição e reconhecimento é frustrado, como em casos de discriminações, os sujeitos que sofrem essas formas de violações se vêm tolhidos do seu direito de construir sua identidade, no campo social.

Merece destaque o fato de que é pelo trabalho que se progride na emancipação das relações. Dejours, analisando a discriminação por gênero, observa que foi a partir da relação do trabalho com a luta pela emancipação nas relações de gênero que as mulheres alcançaram o objetivo de enfraquecimento da dominação.<sup>114</sup>

Desta forma, em virtude da centralidade do trabalho na vida das pessoas, de ser o trabalho um meio para se construir a identidade dos sujeitos e de se lutar por emancipação, se faz de suma importância a realização de uma leitura acerca da vedação a qualquer tipo de discriminação, a partir da perspectiva de existência de um direito fundamental ao trabalho, aqui entendido como um direito fundamental de todas as pessoas de ter direito ao conteúdo de seus próprios trabalhos, para que possam, além de mudarem o mundo pelo trabalho, transformarem-se a si próprias, se autorrealizando, satisfazendo suas necessidades e tendo a possibilidade de desenvolverem suas subjetividades a partir do trabalho.

Para tanto, utilizar-se-á também a teoria desenvolvida por Leonardo Wandelli acerca da relação entre trabalho e necessidades, a qual entende o trabalho como um verdadeiro satisfator de necessidades humanas. O autor esclarece que “se de um lado o trabalho é meio de realização de outras necessidades, por outro a negatividade produzida pelo trabalho, não só quando este ocorre em condições deletérias, mas igualmente quando falta, evidencia que o trabalho, como conjunto de atividades e relações, também é um satisfator direto de necessidades ligadas à conquista da saúde e do desenvolvimento da subjetividade.”<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> DEJOURS, *Alienação e clínica no trabalho*, 2011, p. 298.

<sup>114</sup> DEJOURS, *A saúde mental entre impulsos individuais e requisitos coletivos*, 2011, p. 430.

<sup>115</sup> WANDELLI, 2012, p. 122-123.

O mesmo autor ainda destaca que o direito fundamental ao trabalho, para assegurar o desenvolvimento da personalidade, otimizando a saúde e autonomia, não deve ser entendido unicamente como o direito à mediação de acesso a necessidades básicas dos seres humanos, mas também “fazem-se necessárias diversas outras dimensões relativas às condições organizacionais do trabalho, ao conteúdo do trabalho e a um certo grau de proteção e segurança do trabalho.”<sup>116</sup>

Desta maneira, as pessoas que são alvo de discriminação pela diversidade sexual além de serem alvo de violência na construção de identidade, não só no registro do ser, como no registro do fazer, também veem tolhido o seu direito fundamental ao trabalho. Ou seja, para eles, a discriminação no trabalho tem ainda um *plus* de negação, negando também o direito fundamental ao trabalho.

Diante deste fato e diante da realidade de exclusões e discriminações vivenciadas pela comunidade LGBT em nossa sociedade, o Direito, que não deve se mostrar como um espelho da realidade, possui a função normativa de intervir nas situações de desigualdades. Ele precisa tencionar a realidade para transformá-la, para melhorá-la.

A maneira pela qual o Direito intervém nestas situações de desigualdades e discriminações é o que pretendemos analisar no próximo capítulo.

---

<sup>116</sup> IBIDEM, p. 142.

### 3. PLURALIDADE E O DIREITO À DIFERENÇA – PROTEÇÃO LEGAL

O ambiente jusfilosófico predominante no direito constitucional brasileiro é o do pós-positivismo, que se caracteriza pela reaproximação entre o Direito e a Ética. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se (i) a reentronização dos valores na interpretação jurídica, (ii) o reconhecimento de normatividade aos princípios e (iii) o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.<sup>117</sup>

Desta maneira, percebe-se a relevância dos princípios e dos direitos fundamentais para este paradigma contemporâneo.

Neste contexto, existem alguns princípios e direitos fundamentais que são decisivos para a análise do presente estudo e proteção contra a discriminação enfrentada pela comunidade LGBT.

#### 3.1. O Direito à Diferença e o Princípio Constitucional da Dignidade Humana

De acordo com a doutrina constitucional, o princípio da dignidade humana foi estabelecido como fundamento de grande parte dos constitucionalismos contemporâneos, como princípio fundamental e alicerce universal dos direitos humanos e fundamentais.<sup>118</sup>

A Constituição Federal de 1988 elegeu como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a “dignidade da pessoa humana”<sup>119</sup>. A conceituação da dignidade humana não é simples, por se tratar de uma expressão vaga e indeterminada. Além disso, não se trata de um conceito imutável, visto que deve

<sup>117</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Diferentes, mas Iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais\\_171109.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf), acessado em 26.07.2012.

<sup>118</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 111/112.

<sup>119</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

estar em constante evolução e acompanhando as atuais necessidades do ser humano.

As tentativas de conceituação de dignidade da pessoa humana utilizam a etimologia do termo *dignitas*, que significa respeitabilidade, prestígio, consideração, estima ou nobreza. O princípio da dignidade da pessoa humana foi definido por Kant como aquele que assegura ao homem ser um fim em si mesmo e não um meio ou instrumento de outro.<sup>120</sup>

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet<sup>121</sup>, grande parte da doutrina busca no pensamento kantiano acima mencionado a conceituação de dignidade, de forma que o princípio em questão busca proteger todos os indivíduos contra a instrumentalização do ser humano.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 / Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, acerca do conceito de dignidade da pessoa humana, esclareceu que a proibição de instrumentalização do ser humano compõe o núcleo do Princípio em questão. Ninguém pode ser funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio, ainda mais quando fundado em visão coletiva preconceituosa ou em leitura de textos religiosos.<sup>122</sup>

Ernest Benda esclarece que:

(...) el individuo no debe ser degradado a la condición de mero objeto de la acción estatal o de las relaciones sociales. Contradice la dignidad humana convertir el individuo en mero objeto de la acción del Estado. En la degradación de la persona a la condición de objeto, a su valor de cambio, se suele ver la decisiva vulneración del art. 1.1 GG.<sup>123</sup>

<sup>120</sup> O filósofo apresenta como máxima “Age sempre de maneira a tratares a humanidade em ti e nos outros sempre ao mesmo tempo como um fim e jamais como um simples meio”. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes*. Coimbra: Atlântida, 1960)

<sup>121</sup>(...) Verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária conforta esta solução – primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito a autodeterminação da pessoa (de cada pessoa). (SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões de dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 22).

<sup>122</sup> Ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, pleiteando o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares. Em um julgamento histórico, o Supremo Tribunal Federal, em 04.05.2011, equiparou os direitos dos casais homossexuais aos heterossexuais, reconhecendo as uniões homoafetivas como uma entidade familiar, sendo regida pelas mesmas regras da união estável, prevista no CCB.

<sup>123</sup> BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de la personalidad, In: *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública e Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996, p. 121.

Assim, o fundamento do Estado se torna o de proteger o indivíduo, ou seja, o Estado existe para o homem, para assegurar as condições econômicas, políticas ou sociais necessárias para que os indivíduos ou grupos possam realizar seus fins<sup>124</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua como:

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.  
<sup>125</sup>

Verifica-se do conceito acima que, para Sarlet, toda pessoa é merecedora do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, pelo simples fato de serem pessoas. Assim, para o referido autor, a dignidade é algo intrínseco a todos.

Já para Thereza Cristina Gosdal, a dignidade é um conceito dinâmico, historicamente construído (socialmente condicionado), variável no tempo e espaço, se mostrando como uma conquista da sociedade.<sup>126</sup> A autora esclarece que a dignidade tem a função de limite, tanto nas relações intersubjetivas, quanto nas relações públicas e coletivas, tendo ainda a função de alicerçar os direitos fundamentais, de instrumentalizar o indivíduo para que tenha e exerça o poder de fazer, de criar, de transformar. A dignidade, para ela, tem um componente utópico voltado à transformação da realidade e tem características de princípio fundante, porque informa todo o ordenamento.<sup>127</sup>

Desta maneira, percebe-se que, embora ambos os autores entendam a dignidade como o princípio fundante de todo o ordenamento jurídico, o qual garante o respeito aos direitos fundamentais das pessoas, sendo um instrumento de inclusão e de respeito, há uma divergência de entendimento do que toca a ser a dignidade um valor da própria natureza humana ou um direito socialmente construído.

<sup>124</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: LTR, 2007, p. 67.

<sup>125</sup> SARLET, 2005, p. 32.

<sup>126</sup> GOSDAL, 2007, p. 16.

<sup>127</sup> IBIDEM, p. 49.

De qualquer forma, independentemente de tal divergência, ressalta esclarecer que a dignidade é o direito de todas as pessoas a serem tratadas com igual consideração e respeito, sendo irrelevante a existência de qualquer diferença.

Leonardo Wandelli elucida que o respeito à dignidade é o reconhecimento da irreduzibilidade do Outro humano a todo critério comparativo, com respeito ao desconhecido, ao resistente à representação, que cada pessoa igualmente humana, em sua pertença a humanidade, encerra. O respeito à dignidade traduz-se, para o direito, como igual valor de todas as diferenças pessoais – culturais ou naturais -, de onde decorre o direito a iguais direitos históricos fundamentais.<sup>128</sup>

Sobre o conteúdo material do princípio em questão, Maria Celina Bodin de Moraes explica que o substrato material da dignidade pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência de outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular, iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.<sup>129</sup>

Por tal conceito, a autora fundamenta que são corolários do princípio da dignidade, os princípios da igualdade (item i), da integridade física e moral (item ii), da liberdade (item iii) e da solidariedade (item iv). Ou seja, a partir de tal conceito, tem-se que qualquer exclusão, desigualdade ou discriminação gerará a violação à dignidade.

Dos conceitos acima expostos, pode-se concluir que a dignidade humana é, como diz Leonardo Wandelli, uma condição de anterioridade absoluta, aquilo que se indica como primeiro, irreduzível de todo e qualquer sistema e que deve atuar como critério de hierarquização de todas as mediações relevantes reconhecidas pelo sistema.<sup>130</sup> Tal condição, que pode ser entendida como decorrente de uma construção social ou como sendo intrínseca a todos os seres humanos, determina que ninguém deve ser um objeto/instrumento do Estado ou da Sociedade, e que todos devem ter respeitadas as suas diferenças, do qual decorre, entre outras coisas, que se deva promover e garantir a inclusão dos grupos minoritários.

---

<sup>128</sup> WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva. O direito (do trabalho) em busca de uma racionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 375.

<sup>129</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P. 117.

<sup>130</sup> WANDELLI, op. cit. 2004, p. 372.

Percebe-se, desta maneira, que não há como se falar em princípio da dignidade da pessoa humana sem se respeitar a alteridade<sup>131</sup>, já que vivemos em uma sociedade plural e diversa<sup>132</sup>.

Como afirma Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade.<sup>133</sup> O mesmo autor ainda acrescenta que constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia de isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário e a garantia de identidade (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual) pessoal do indivíduo, concretizando-se na liberdade de tudo que esteja associado ao livre desenvolvimento de sua personalidade.<sup>134</sup>

Assim, para que se fale em dignidade, viu-se a necessidade do reconhecimento do direito à diferença<sup>135</sup>, do direito ao livre exercício das diferentes formas de ser de cada um, para conferir igualdade de direitos aos grupos marginalizados, com vistas a sua inclusão na sociedade.

Em outras palavras, para que não se afronte o princípio da dignidade humana, se mostra fundamental que se aceitem as diferenças de todos os seres humanos, respeitando a autonomia que cada pessoa possui de viver seu modo de vida da forma como bem entender, em especial no que se refere à orientação / identidade sexual – uma vez que tais circunstâncias, como já dito, independem da vontade do sujeito e não se alteram por sua decisão.

É óbvio que o Estado e a sociedade não podem tolerar a exclusão da comunidade LGBT apenas por possuir uma orientação / identidade sexual distinta, sob pena de violação ao princípio fundante do nosso Estado Democrático.

---

<sup>131</sup> “Se não fossem iguais, os homens não seriam capazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, nem de prever as necessidades das gerações futuras. Se não fossem diferentes, os homens dispensariam o discurso ou a ação para se fazerem entender, pois com simples sinais e sons poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas.” (MORAES, 2003. p. 109)

<sup>132</sup> Elida Seguin, sobre o conceito de pluralismo, ensina que é a concepção que propõe como modelo de sociedade composta de vários grupos ou centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a função de limitar, controlar e contrastar, até o ponto de eliminar, o centro de poder dominante, historicamente identificado com o Estado. (SEGUIN, 2002, p. 49)

<sup>133</sup> SARLET, 2005, p. 24.

<sup>134</sup> SARLET, 2001, p. 121-122.

<sup>135</sup> Concebe-se como direito, o conjunto de processos regularizados e de princípios normativos, considerados judiciáveis num dado grupo, que contribuem para a criação e prevenção de litígios e para a resolução destes através de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada (SOUZA SANTOS, Boaventura de. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 296).

Ocorre que, quanto à minoria sexual (LGBT), tem-se claramente que embora já se tenham superado as concepções da diversidade sexual como doença ou pecado, esta continua sendo fator de exclusão em nossa sociedade, mesmo que a diversidade esteja cada vez mais presente e visível em nosso país.

Embora seja o exercício da livre orientação sexual um direito de exercer livremente a personalidade de cada um, aqueles que possuem uma orientação sexual não-heterossexual são considerados pela maioria da sociedade como “anormais” e sofrem diversas formas de exclusão, desde a discriminação no ambiente de trabalho até a violência física ou moral e a criminalização das relações homoafetivas. Devemos, portanto, a partir da observância ao princípio da dignidade humana e da sociedade plural em que vivemos, nos preocuparmos com as violências e vitimização que sofrem os que são diferentes, física, cultural ou psicologicamente.<sup>136</sup>

Ana Carla Harmatiuk Matos alerta para o fato de que, por ser a dignidade da pessoa humana valor convergente do sistema que vivemos, descabem concepções de Direito que abarquem um tratamento jurídico inferior a determinadas pessoas em função de seu especial modo de ser, não havendo espaço para as discriminações por orientação sexual.<sup>137</sup>

O princípio da dignidade humana deve ser instrumento para o reconhecimento e concretização da liberdade de cada um de exercer sua orientação/ identidade sexual, sem sofrer marginalização, em total consonância com o livre exercício da sua personalidade. Faz-se necessário ressaltar que não há como pensar em dignidade humana se ela não for garantida dentro do ambiente de trabalho, já que o trabalho é um local de realização das necessidades de cada um e de construção da identidade das pessoas. Dito de outra forma, o trabalho deve ser um lugar de especial realização da dignidade das pessoas, em virtude de sua centralidade na vida das pessoas e por ser instrumento de formação de suas identidades.

Ademais, o impedimento de se ver reconhecido, em condições de igualdade, pela singularidade da sua contribuição pelo seu trabalho, independentemente de sua orientação/identidade sexual, atenta contra o seu direito de construção de sua

---

<sup>136</sup> SEGUIN, 2002, p. 50.

<sup>137</sup> MATOS, 2004, p. 57.

identidade por meio do trabalho, como uma dimensão fundamental de sua dignidade. Como elucida Thereza Gosdal, a dignidade pelo trabalho na sociedade atual tem uma conotação social, relacionada ao reconhecimento que o indivíduo tem e transparece de seu próprio ser e do grupo a que está vinculado, e que constitui a sua identidade.<sup>138</sup>

A mesma autora ainda destaca que a dignidade nas relações de trabalho assume a característica de instrumento de luta contra os atos e práticas abusivos e contra as violações de direitos fundamentais dos trabalhadores. Ou seja, a tutela da dignidade do trabalhador deve alcançar todos os aspectos da relação de trabalho que possam ser afetados ou violados. O dever do empregador deve ser de observar a dignidade e os limites dados pelos direitos fundamentais dos trabalhadores de maneira integral, englobando a proteção de seu patrimônio moral (como, por exemplo, com a observância do dever de não discriminação) e de sua integridade física (exigindo-lhe jornada de trabalho compatível com a higiene e segurança).<sup>139</sup> Assim, o princípio da dignidade humana deve garantir o reconhecimento dos “diferentes”, notadamente dentro do ambiente de trabalho.

Há de se destacar que o local de trabalho dos indivíduos é um verdadeiro espaço de cidadania e de respeito aos direitos fundamentais. O trabalhador, como cidadão, traz para dentro da relação de trabalho todos os direitos fundamentais garantidos pela ordem jurídica. Assim, se torna de fundamental importância para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana o respeito às diferenças de orientação sexual de cada um e o respeito ao direito à igualdade de tratamento e de direitos entre todos os cidadãos, especialmente dentro do ambiente de trabalho.

### **3.2. Do Princípio Constitucional da Igualdade**

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo que todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico, conforme art. 5º, caput.<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> GOSDAL, 2007, p. 94.

<sup>139</sup> IBIDEM, p. 97/102.

<sup>140</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Joaquin Herrera Flores, sobre o princípio da igualdade, ensina que

La igualdad es una condición de la libertad, pues sin condiciones sociales, económicas y culturales de poco vale gozar de derechos que no van a poder ser puestos en práctica, pero sin esta, sin la libertad, es decir, sin las condiciones que permiten ejercer la política democrática, el debate permanecerá, bien en el terreno estéril de las formas o, en el no menos angustiante, circuito de la rebelión sin estructuras institucionales.<sup>141</sup>

O mesmo autor ainda esclarece que falar de igualdade é falar de liberdade e, vice versa, sendo que a igualdade não deve ser reduzida ao conceito de igualdade perante a lei, tampouco a liberdade ao conceito de autonomia do indivíduo. Ao contrário, a igualdade deve ser entendida como o reconhecimento público das diferenças e da liberdade, como a criação de espaços políticos adequados a elas.<sup>142</sup>

Como explicam Leilane Serratine Grubba e Luiz Henrique Urquhart Cademartori, refere-se a uma igualdade em relação ao direito de liberdade, para garantir o igual valor das diferenças pessoais, ou seja, todos são igualmente livres de exercerem suas diferenças, sejam elas de cunho nacional, de gênero, linguístico, de religião, e assim por diante. Nesse sentido, consideram-se todas as pessoas diferentes das demais, mas iguais como pessoas humanas. Em segundo lugar, refere-se à igualdade em relação aos direitos sociais, na qual se busca a garantia da redução das desigualdades econômicas e sociais.<sup>143</sup>

Assim, a partir desta perspectiva de reconhecimento público das diferenças e de liberdade para que as pessoas possam as exercer, analisaremos mais concretamente o princípio constitucional da igualdade em nosso ordenamento.

### 3.2.1. Igualdade Formal e Material

O princípio da igualdade, consagrado pela Constituição, opera em dois planos distintos: de uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se

<sup>141</sup> HERRERA FLORES, *De Habitaciones...* 2005, p. 41.

<sup>142</sup> IBIDEM, p. 42-43.

<sup>143</sup> GRUBBA, Leiliane Serratine e Cademartori, Luiz Henrique Urquhart, *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: Convergências entre Joaquin Herrera Flores e Luigi Ferrajoli*. Disponível em <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/1445/921>. Acessado em 25.01.2013.

encontram em situações idênticas; em outro plano, a obrigatoriedade ao intérprete de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e categoria social.<sup>144</sup>

Acerca do conceito do princípio da igualdade, Joaquim Barbosa Gomes ensina que a noção de igualdade, como categoria jurídica de primeira grandeza, teve sua emergência como princípio jurídico incontornável nos documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII, que foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais. Em suma, segundo esse conceito de igualdade que veio a dar sustentação jurídica ao Estado liberal burguês, a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie.<sup>145</sup>

De acordo com Celso Antonio de Mello, o princípio da igualdade pode ser definido pela frase: “a lei não deve ser fonte de privilégios, perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”<sup>146</sup>. Ou seja, o princípio em questão possui dois objetivos: propiciar garantia constitucional contra perseguições e tolher favoritismos.<sup>147</sup>

Para Roger Raupp Rios, na esfera da sexualidade, âmbito em que a orientação sexual se insere, o princípio da igualdade formal significa a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual.<sup>148</sup> Assim, o princípio da igualdade formal para aqueles que possuem orientação sexual diversa da heterossexual prevê a necessidade de igual tratamento jurídico a todos, independentemente da sexualidade de cada um.

---

<sup>144</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999, p. 62.

<sup>145</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. Disponível em: <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>. Acessado em 15 de Julho de 2011.

<sup>146</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª Ed, 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 10.

<sup>147</sup> IBIDEM, p. 23.

<sup>148</sup> RIOS, 2002, p. 129.

Ocorre que a simples previsão normativa a um tratamento isonômico não é suficiente para o estabelecimento da igualdade real, em especial entre pessoas ou grupos essencialmente distintos. Como argumenta Roger Roupp Rios, a concretização do princípio da igualdade formal é desafiada por uma realidade de discriminações em virtude de orientação sexual.<sup>149</sup>

Luigi Ferrajoli também assevera que a abstração e a universalização da igualdade, com a insensibilidade e ocultação das diferenças, acabam por trazer uma grande inefetividade ao alcance de uma igualdade real.<sup>150</sup> Joaquin Herrera Flores acrescenta que a igualdade formal instaura a ideia de um sujeito generalizado tão alheio aos contextos em que vive que as situações de desigualdade se esfumam ante a aparência de justiça em que consistem os procedimentos.<sup>151</sup>

Assim, a visão de que basta a previsão normativa a um tratamento igualitário, além de não impedir ou minimizar desigualdades, contribui para o seu fortalecimento, eis que partes em situações desiguais não podem ter seus interesses aferidos por critérios idênticos, sob pena de se transportar a desigualdade dos fatos para o mundo jurídico.

Portanto, ainda que a previsão legal seja indispensável, a realidade demonstrou que esta, sozinha, não tem o condão de garantir uma igualdade em direitos de fato realizada entre indivíduos em situações diferentes. Ou seja, garantir apenas que todos sejam iguais perante a lei não é suficiente para impedir discriminações, em especial entre o grupo minoritário da diversidade sexual, já que apenas as esconde ante uma falsa ideia de universalidade e generalidade, ocultando as diferenças existentes em nossa sociedade plural.

Neste sentido, José Joaquim Canotilho considera que:

O princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que ele permite discriminação quanto ao conteúdo (exemplo: todos os indivíduos de raça judaica devem ter sinalização na testa; todos os indivíduos de raça negra devem ser tratados igualmente em escolas separadas das escolas reservadas a brancos). (...) Reduzindo a um sentido formal o princípio da igualdade, acabaria por se traduzir num simples princípio de prevalência da lei em face da jurisdição e da administração. Consequentemente, é preciso delinear o princípio da igualdade em sentido material. (...) A concretização do princípio da igualdade exige uma igualdade material através da lei, devendo tratar-se

<sup>149</sup> RIOS, 2002, p. 131.

<sup>150</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trota, 4ª edição, 2004, p. 75/76.

<sup>151</sup> HERRERA FLORES, *De Habitaciones...* 2005, p. 45.

igual o que é igual e desigualmente o que é desigual. Diferentemente da estrutura lógica formal de identidade, igualdade pressupõe diferenciações. A igualdade designa uma relação entre diversas pessoas e coisas.<sup>152</sup>

Destarte, faz-se necessário também que esta igualdade se concretize nas relações sociais, e por consequência, viu-se a necessidade de uma reavaliação deste princípio, a partir da distinção entre igualdade meramente formal e igualdade material (isonomia). Nas palavras de Alice Monteiro de Barros, o princípio da igualdade nos sistemas constitucionais de base liberal-democrático adquire dupla característica: de princípio formal de legalidade e de regra material de não discriminação, que vincula o legislador não só quanto à forma externa da lei, mas também quanto ao seu conteúdo.<sup>153</sup>

Luigi Ferrajoli assevera que as garantias do princípio da igualdade podem ser de dois tipos: a primeira, no sentido de que a igualdade pretendida imponha que a diferença não tenha relevância como fonte de discriminação (estas garantias são dirigidas com o intuito de evitar que se apareçam as diferenças) e a segunda que, ao contrário, impõe que a diferença tenha relevância para não ser discriminada (estas garantias possuem a finalidade de evidenciar as diferenças e conceder igual tratamento e respeito a elas).<sup>154</sup>

Joaquim Barbosa ensina que, a partir deste momento, começa a esboçar-se o conceito de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, que se levem na devida conta as desigualdades concretas existentes na sociedade, devendo as situações desiguais ser tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdade engendrada pela própria sociedade.<sup>155</sup> Por igualdade material devemos entender como a busca pela real igualdade entre as partes, a partir do reconhecimento da existência de diferenças e desigualdades, merecedoras de especial proteção.

---

<sup>152</sup> CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 416/418.

<sup>153</sup> BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords). *Discriminação*, São Paulo: Ltr, 2000, p. 39.

<sup>154</sup> FERRAJOLI, 2004, p. 88.

<sup>155</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 4.

Luiz Roberto Barroso explica que o que este princípio impede, efetivamente, é que a ordem jurídica promova desigualdades arbitrárias, aleatórias ou mal-inspiradas. Será legítima a desigualdade quando fundada e logicamente subordinada a um elemento discriminatório objetivamente aferível, que prestigie, com proporcionalidade, valores abrigados no texto constitucional.<sup>156</sup>

Mas, quando se fala em igualdade material, o ponto mais controvertido da discussão se torna definir quem são iguais e desiguais e quando é possível um tratamento diferenciado. Para responder estas questões, Celso Antonio de Mello afirma que para que a discriminação seja compatível com a isonomia é necessário preencher quatro requisitos: a) que a discriminação não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas sejam realmente distintas entre si, ou seja, possuam características ou traços diferenciados; c) que exista uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico estabelecida e d) que o vínculo de correlação acima mencionado seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente garantidos, ou seja, resulte em diferenciação de tratamento fundada em razão valiosa para o bem público.<sup>157</sup>

Há de se ressaltar, portanto, que, não existindo motivo satisfatório para o estabelecimento de um tratamento desigual, há de observar o princípio da igualdade formal, ou seja, há de ocorrer tratamento igual. Assim, verifica-se que para se dispensar tratamento diferenciado a uma situação há de se fundamentar os motivos que levam a tal tratamento. Existe para aquele que pratica um tratamento diferenciado um ônus argumentativo para demonstrar a legitimidade de sua distinção.<sup>158</sup>

Ou seja, as discriminações são entendidas como compatíveis com o princípio da igualdade somente quando existir uma correlação lógica entre a característica diferenciada reconhecida na situação e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação seja compatível com o que estabelece a Constituição e seja devidamente demonstrada.

---

<sup>156</sup> BARROSO, Luís Roberto. A Igualdade perante a Lei. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 19, n. 78, p. 65-77, abr. jun. 1986.- p. 68.

<sup>157</sup> MELLO, 2000, p. 41.

<sup>158</sup> WANDELLI, 2004, p. 385.

Desta forma, a igualdade material deve ser entendida como uma forma de se promover a igualdade de tratamento, preservando as diferenças<sup>159</sup> daqueles que foram e são marginalizados pela sociedade. É preciso levar em conta a diferença e não a igualdade, pois a igualdade cega acaba aniquilando a diversidade.

Desta forma, almeja-se encontrar um tratamento igualitário com respeito às diferenças aos indivíduos com orientação sexual não-heterossexual, sem qualquer discriminação em virtude de seu modo de ser. Acerca do tema, é oportuno citar as lições de Boaventura de Sousa Santos:

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.<sup>160</sup>

E, nas palavras de Joaquim Barbosa Gomes, da concepção liberal de igualdade, que capta o ser humano em sua conformação abstrata, genérica, o direito passa a percebê-lo e a tratá-lo em sua especificidade, como ser dotado de características singularizantes.<sup>161</sup>

Dito de outra maneira, a igualdade na lei, ao atentar para as inúmeras e multifacetadas diferenças existentes entre as pessoas e situações, objetiva reconhecê-las e a elas empregar desigual consideração jurídica na proporção destas distinções. Para a obtenção deste resultado, precisa-se, assim, perceber aquilo que equipara ou diferencia uns dos outros. É indispensável, portanto, identificar as semelhanças e as diferenças, penetrar no conteúdo, naquilo que se considera importante (ou não) para fins de equiparação ou diferenciação.<sup>162</sup>

Somente através desta perspectiva de existência de diferenças é que se torna possível falar-se em igualdade material e em igualdade de tratamento e tratamento como igual. Frise-se que diferença não se opõe à igualdade, mas apenas

---

<sup>159</sup> Como ensina Luigi Ferrajoli “«Diferencia(s)» es término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus diferencias, y que son, pues, sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad.” (FERRAJOLI, 2004, p. 79)

<sup>160</sup> SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.56.

<sup>161</sup> GOMES, 2001, p. 5.

<sup>162</sup> BEZERRA, Ricardo dos Santos. *Discriminação por Orientação Sexual na Perspectiva dos Direitos Humanos: Um Panorama da Legislação, Jurisprudência e Ações Afirmativas no Brasil*. Disponível em [http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110829/1/DDTTS\\_Bezerra\\_Dos\\_Santos\\_R\\_Discriminacion.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110829/1/DDTTS_Bezerra_Dos_Santos_R_Discriminacion.pdf). Acessado em 21.10.2012.

à padronização. Luigi Ferrajoli explica que “En los dos casos, entre igualdad y diferencia(s) no sólo no existe contradicción sino que se da implicación recíproca.”<sup>163</sup> Joaquin Herrera Flores também destaca que a igualdade conceitualmente não se opõe à diferença, mas sim à desigualdade.<sup>164</sup> Por tal razão, entende-se que, na atualidade, ao princípio da igualdade deve ser integrado o princípio da diversidade, ou seja, o respeito à especificidade de cada cultura.<sup>165</sup> Desta maneira, o princípio da igualdade deve ser entendido, de acordo com o acima mencionado, como o reconhecimento público da diferença.

Frise-se que não se fala aqui em uma “luta pela diferença”, considerando a diversidade sexual como “anormal”, em que os heterossexuais são iguais e os não-heterossexuais são os diferentes, mas sim uma luta pelo direito à diferença (ou como menciona Roger Raupp Rios, um direito à indiferença<sup>166</sup>), em que se preservem as diversas formas de orientação sexual, sem haver discriminação.

Nas palavras de Luigi Ferrajoli,

La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás.<sup>167</sup>

Assim, o binômio supostamente inconciliável igualdade x diferenças teve de ser revisto, a fim de evitar injustiças pelo tratamento idêntico a situações diferentes, em que as partes não estão no mesmo nível de igualdade.

Segundo Marcelo Neves, a complexidade e a heterogeneidade social é que são pressupostas na emergência e concretização do princípio jurídico-político da igualdade. A diversidade de valores, interesses, crenças e etnias no espaço social e político torna possível a implantação do princípio da igualdade. Neste sentido, o princípio da igualdade só se realiza enquanto viabiliza nas diversas esferas autônomas de comunicação o respeito recíproco e simétrico às diferenças.<sup>168</sup>

Ou seja, o pressuposto do Estado moderno é o de reconhecer a diversidade para promover a igualdade. Como assevera Luigi Ferrajoli, há de se ressaltar o nex

<sup>163</sup> FERRAJOLI, 2004, p. 92.

<sup>164</sup> HERREA FLORES, *De Habitaciones...* 2005, p. 47.

<sup>165</sup> MORAES, 2003, p. 123.

<sup>166</sup> RIOS, 2002, p. 131.

<sup>167</sup> FERRAJOLI, op. cit. 2004, p. 76.

<sup>168</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 167.

que liga as diferenças à igualdade e as opõem às desigualdades e as discriminações.<sup>169</sup>

Herrera Flores ainda acrescenta que o objetivo do princípio da igualdade consiste em eliminar as desigualdades a partir da igual consideração das diferenças e diferenciações sociais que separam os grupos oprimidos na sociedade em que vivemos.<sup>170</sup> Devemos reconhecer as diversas formas de orientação sexual como o livre exercício da personalidade das pessoas, conferindo-lhes um tratamento com igual consideração e respeito, longe de qualquer forma de discriminação por suas orientações sexuais.

### 3.2.2. A igualdade no Direito do Trabalho

Para o Direito do Trabalho, o princípio da igualdade precisa ser visto de forma especial, uma vez que as partes envolvidas nessa relação não estão em pé de igualdade, sendo que, de um lado, está o empregado como parte subordinada e, de outro, o empregador com seu poder diretivo. Em outras palavras, estamos diante de uma relação de sujeição entre aquele que possui o poder (empregador) e aquele que não o possui (empregado).

Conforme ensina Wilson Ramos Filho, a subordinação diferencia os contratos de trabalho dos demais contratos. O mesmo autor ainda esclarece que, nas relações de trabalho, apenas por exceção, o empregado detém poder de negociação, ao passo que o empresário, ao contrário, encarna o poder em essência. Deste modo, tem-se uma relação entre aquele que detém o poder e aquele que não o detém, ou seja, tem-se uma relação de sujeição.<sup>171</sup> Diante disto e de acordo com Plá Rodriguez, o direito do trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades.<sup>172</sup>

Para Marcio Túlio Viana, “o Direito do Trabalho teve como ambição inovar algumas regras, reduzindo um pouco a taxa de injustiça. Sua estratégia é simples:

---

<sup>169</sup> FERRAJOLI, 2004, p. 82.

<sup>170</sup> HERRERA FLORES, *De Habitaciones...*2005, p. 53.

<sup>171</sup> RAMOS FILHO, Wilson. *O Direito Capitalista do Trabalho – História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: Ltr, 2012, p. 17/26.

<sup>172</sup> PLA RODRIGUES, 1997, p. 30.

criar desigualdades para compensar outras desigualdades”.<sup>173</sup> Como ensina Tereza Cristina Gosdal, o tema da igualdade e da não discriminação encontra-se na origem do próprio direito do trabalho, que surge historicamente como elemento compensador das desigualdades reais existente entre empregados e empregadores nas relações de trabalho.<sup>174</sup>

E se o Direito do Trabalho exige uma interpretação diferenciada do Princípio da Igualdade à guisa de atender seus comandos nas relações entre empregados e empregadores, ele também demanda no tratamento distinto dispensado a diferentes tipos de trabalhadores, como as mulheres, crianças e adolescentes ou pessoas com deficiência.<sup>175</sup>

Dentro do ambiente de trabalho, as pessoas com orientação sexual não-heterossexual devem ter respeitados o exercício do seu modo de ser, recebendo tratamento com igual consideração e respeito, observando suas especificidades e as protegendo de qualquer forma de discriminação.

Não há como se falar em igualdade real se a diversidade sexual ainda for motivo de impedimento ao direito de todos a contribuir e a ser reconhecido pelo trabalho, bem como for motivo de desigualdade dentro do ambiente de trabalho, tanto em acesso ao mercado de trabalho como em níveis salariais/hierárquicos.

Diante disto, insta esclarecer que a exigência contemporânea de uma igualdade substantiva e real, especialmente dentro do ambiente de trabalho, implica necessariamente a implementação conjunta de duas estratégias básicas: o combate à discriminação e a promoção da igualdade real.

### **3.3. O Princípio Constitucional da Não Discriminação**

#### **3.3.1. Distinção entre discriminação, estereótipo, preconceito e estigma**

Antes de adentrar no tema específico da discriminação, é necessário abordar alguns conceitos relacionados. Assim, trataremos resumidamente sobre os

---

<sup>173</sup> VIANA, Marcio Tulio. Os dois modos de discriminar e o futuro do direito do trabalho. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coords). *Discriminação*, São Paulo: LTr, 2000, p. 322.

<sup>174</sup> GOSDAL, 2003, p. 100.

<sup>175</sup> CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *Direito do Trabalho da Mulher*, São Paulo: LTr, 2007, p. 89.

conceitos de preconceito, estigma, estereótipo e discriminação, e suas diferenciações.

Para Egídia Aiexe, o preconceito é o primeiro componente na fórmula da discriminação, que consiste em julgar ou conceituar alguém mediante uma generalização, uma banalização ou mistificação. Para ela, não se discrimina alguém sem antes lhe voltar um olhar de condenação, de censura ou de rejeição por algo que componha o seu ser, as suas características intrínsecas e extrínsecas.<sup>176</sup> Thereza Gosdal afirma que o preconceito é uma atitude interior do indivíduo, uma ideia preconcebida acerca de algo.<sup>177</sup> Desta forma, podemos conceituar o preconceito como um juízo individual preliminar realizado acerca de algo ou alguém, que o diminua ou o inferiorize.

Há de se ressaltar ainda que o preconceito pode se mostrar de forma inconsciente. Sobre o assunto, é relevante citar os estudos de Mahzarin Banaji, que entende que o preconceito é comum, está oculto e continua ativo fora do plano consciente, mesmo em pessoas com visão de mundo genuinamente igualitária.<sup>178</sup>

A título de exemplo do preconceito inconsciente, podemos mencionar os resultados obtidos pelo seminário *Mind Bugs: Desafios da Tomada de Decisão*, realizado no Brasil, no qual a referida pesquisadora da Universidade de Harvard participou. Tal seminário, promovido pelo Governo Federal e pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento, mostrou que muitos erros são cometidos por gestores, a partir de preconceitos que estes desconhecem sentir. Para provar isso, a pesquisadora fez testes com um grupo constituído por funcionários do BID e do governo federal, além de diplomatas, representantes de organizações internacionais, acadêmicos e estudantes. Um dos testes comprovou a dificuldade das pessoas em associar o ambiente de trabalho às mulheres e o lar aos homens. Ela mostrou também alguns recortes de jornais que, referindo-se a uma mesma situação, deu tratamento diferenciado a negros e brancos.<sup>179</sup>

---

<sup>176</sup> AIEXE, Egídia Maria de Almeida. Uma conversa sobre direitos humanos, visão da justiça e discriminação. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coords). *Discriminação*, São Paulo: Ltr, 2000, p. 335.

<sup>177</sup> GOSDAL, 2003, p. 92;

<sup>178</sup> BANAJI, Mahzarin. Sítio eletrônico: <http://www.people.fas.harvard.edu/~banaji/>

<sup>179</sup> Reportagem de Pedro Peduzzi, em Agência Brasil de 13.11.2011.

Ana Carla Harmatiuk Matos acredita que o preconceito vivenciado pelo sujeito homossexual advém de uma intolerância<sup>180</sup> para com sua forma de sexualidade, que difere dos padrões sociais tidos como normais, ou, mais comuns. Seria uma intolerância com uma forma de “minoría”, de “alteridade”.<sup>181</sup>

Já estereótipo, segundo o dicionário Aurélio, tem por definição “lugar-comum; clichê, chavão”. É uma generalização acerca de um grupo específico de indivíduos que se torna aceita e reiterada pela sociedade. São exemplos de estereótipos as expressões: “tinha que ser mulher”, “loira burra” ou “baiano preguiçoso”.

Vanessa Karan Sanches explica que o estereótipo não permite que pessoas de determinados grupos sejam avaliadas pelas suas reais qualidades, pois passam a ser rotuladas ou “carimbadas” com aquele ou este atributo. Em questões ligadas à orientação sexual não é difícil nos depararmos com discriminações amparadas em estereótipos arraigados na cultura popular, como “todo gay é depravado”.<sup>182</sup> De acordo com Thereza Cristina Gosdal, o estereótipo é mantido e veiculado pelos meios de comunicação, podendo ser absolvido e tornar-se crença que conduz a ação dos indivíduos.<sup>183</sup>

Estigma, por sua vez, é conceituado como uma característica/marca do indivíduo que se diferencie do “normal”, que seja socialmente desaprovada. Tais características ligadas ao estigma podem ser muito discricionárias, por exemplo, raça ou orientação sexual. É um processo de desvalorização de um indivíduo perante os outros. Goffman distingue três tipos de estigma: deformações físicas; desvios de caráter (distúrbios mentais, vícios) e estigmas tribais (relacionado com a raça, nação ou religião).<sup>184</sup>

Por fim, a discriminação, segundo o dicionário Aurélio, deriva do latim *discriminatione* e significa: 1. Ato ou efeito de discriminar; 2. Faculdade de distinguir ou discernir; discernimento; 3. Separação, apartação, segregação. De acordo com Alice Monteiro de Barros, a palavra discriminação tem origem anglo-americana e, do

---

<sup>180</sup> De acordo com Elida Seguin, o significado de intolerância é melhor compreendido estudando o significado de tolerância, que é o respeito, aceitação e apreciação da diversidade, do diferente. (SEGUIN, 2002, p.54)

<sup>181</sup> MATOS, 2003, p. 14.

<sup>182</sup> SANCHES, 2009, 54.

<sup>183</sup> GOSDAL, 2003, p. 93.

<sup>184</sup> GOFFMAN, 1988, p. 14

ponto de vista etimológico, significa o caráter infundado de uma distinção, ou seja, pressupõe um tratamento diferenciado comparativamente desfavorável.<sup>185</sup>

Para Leonardo Wandelli, a discriminação consiste em uma “diferenciação infundada”, em que “o caráter infundado de uma diferenciação somente se revela diante da situação concreta, interpretada de maneira completa, à luz do conjunto de normas *prima facie* aplicáveis”. Ou seja, para que a diferenciação seja considerada legítima e não discriminatória, aquele que a pratica possui o encargo argumentativo na igualdade, de demonstrar a razão suficiente que ensejou tal tratamento diferenciado.<sup>186</sup>

No plano internacional está assentado que a discriminação consiste em qualquer distinção, exclusão ou preferência que altere a igualdade de oportunidades ou de tratamento, conforme conceito disposto no artigo 1º da Convenção 111 da OIT:

Art.1. Para os fins desta Convenção, o termo “discriminação” inclui:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência, feita com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito anular ou impedir a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou na ocupação;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou impedir a igualdade de oportunidades ou tratamento no emprego ou na ocupação, conforme pode ser definido pelo Membro em questão, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos convenientes.

Mauricio Godinho Delgado ensina que discriminação é a conduta pela qual se nega à pessoa tratamento compatível com padrão jurídico assentado para situação concreta por ela vivenciada.<sup>187</sup> Neste sentido, não há como negar que a discriminação se manifesta, na maioria das vezes, em relação a um grupo, seja social ou étnico; uma comunidade de pessoas unidas por um traço em comum. Neste sentido, o ato de discriminar compõe-se, antes de tudo, de uma generalização dos atributos das pessoas de um grupo como sinônimos de uma ou mais qualidades vistas como negativas.<sup>188</sup>

Assim, pode-se afirmar que a discriminação pressupõe um tratamento diferenciado, desfavorável, baseado em critérios injustificados e injustos, tais como

<sup>185</sup> BARROS, 2000, p. 39.

<sup>186</sup> WANDELLI, 2004, p. 382/385.

<sup>187</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. Proteção contra a discriminação na relação de emprego. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coords). *Discriminação*, São Paulo: Ltr, 2000, p. 97.

<sup>188</sup> AIEXE, 2000, p. 337.

orientação sexual, sexo, raça, idade, religião, entre outros. Thereza Gosdal, diferenciando discriminação e preconceito, afirma que o preconceito induz à discriminação, e esta implica necessariamente uma ação, que produz um impacto “diferencial e negativo” nos membros do grupo discriminado.<sup>189</sup>

Por fim, Vanessa Karan Sanches, abordando todos os conceitos acima definidos, ensina que a discriminação nada mais é do que a materialização destes preconceitos e estereótipos que são cultivados nas sociedades e que provocam injustificável exclusão social, pois alteram a igualdade de oportunidades entre as pessoas pertencentes aos grupos chamados vulneráveis.<sup>190</sup> Ou seja, a discriminação por orientação sexual é a manifestação dos preconceitos, estereótipos e estigmas vigentes em nossa sociedade, que acarreta em um tratamento inferior a este grupo de pessoas, em virtude de seu especial modo de exercer sua personalidade.

A discriminação no ambiente de trabalho se mostra como uma diferenciação ou exclusão infundadas do grupo LGBT, como, por exemplo, diferença de salários, de nível hierárquico, de oportunidades de trabalho, de ascensão profissional, de perseguição de superiores e colegas em razão da orientação sexual do sujeito e de mecanismos de reconhecimento do valor do trabalho.

É preciso ressaltar que, na discriminação no trabalho, o desvalor que recai sobre uma característica da pessoa (aqui da orientação sexual de cada um) impede que o seu trabalho, que já se insere em um processo global de exploração, sendo uma forma de discriminação social de classe, seja considerado e avaliado em igualdade de condições ao trabalho das demais pessoas.

Assim, tais discriminações se mostram como verdadeira violação ao direito fundamental ao trabalho, uma vez que impedem a construção do binômio contribuição x reconhecimento, necessário para o alcance da autonomia e emancipação, bem como se caracterizam como um obstáculo ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um, que se dá através do trabalho.

A discriminação em virtude da orientação sexual pode apresentar-se de maneira específica, já que poderá somar-se a outros tipos de discriminação, configurando-se em múltiplas discriminações. Nas palavras de Joaquin Herrera

---

<sup>189</sup> GOSDAL, 2003, p. 93.

<sup>190</sup> SANCHES, 2009, p. 54.

Flores, poderá este grupo ser vítima de “camadas sobrepostas de discriminação”<sup>191</sup>, por serem também mulheres ou negros ou portadores de deficiência, ou ainda em razão da idade ou da situação econômica. Talvez por esta razão ainda seja grande o número de pessoas que omitem sua orientação sexual no trabalho.

### 3.3.2. Discriminação negativa e positiva

A discriminação pode ser conceituada como positiva ou negativa. A negativa refere-se à noção comum de discriminação acima mencionada, representada pelo tratamento injusto, excludente ou diferenciado ao indivíduo, sem justificativa, que merece ser combatida, por meio de instrumentos jurídicos, políticos e sociais. Já a positiva ocorre quando, em razão das diferenças apresentadas pelos indivíduos ou por grupos de indivíduos, se faz necessário um tratamento diferenciado para certas circunstâncias, com o intuito de compensar desigualdades.

Portanto, o que todos os dispositivos legais anteriormente citados vedam, é a discriminação desarrazoada ou descabida. Em outros termos, o princípio da igualdade não impede que se estabeleçam distinções, até porque o papel da lei é, em grande medida, fazer distinções.<sup>192</sup> Assim como assevera Joaquim Barbosa Gomes, em algumas situações especiais o tratamento discriminatório é chancelado pelo Direito. São situações em que a discriminação se reveste de caráter de inevitabilidade, seja em razão das exigências especiais da atividade, seja em função das características pessoais das pessoas envolvidas.<sup>193</sup>

Porém, há de se salientar que, como já mencionado na análise do princípio constitucional da igualdade, o tratamento diferenciado em certas circunstâncias somente é permitido se for justificado por algum motivo embasado. Sobre o assunto, Leonardo Wandelli explica que o princípio da igualdade obriga um tratamento igual e somente permite um tratamento diferenciado se houver uma

---

<sup>191</sup> O autor utiliza tal expressão quando fala da discriminação experimentada pelas mulheres. Afirma que mulheres sofrem de “dimensiones superpuestas de opresion” (overlapping oppresions) en función de su situación, posición y jerarquización subordinada en el marco de los procesos de división social/sexual/racial del trabajo.” (HERRERA FLORES, Joaquín, De Casa de Muñecas al Cyborg: nuevas metáforas para una crítica materialista del patriarcalismo. *Revista Crítica Jurídica*, n.º 23, Jan/Dez 2004, p. 23.)

<sup>192</sup> MALLETT, Estevão. *Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho*. Disponível em <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/18077>. Acessado em 24.10.2012.

<sup>193</sup> GOMES, 2001, p. 21.

razão suficiente para permitir ou para obrigar um tratamento diferenciado. O autor ainda complementa que há discriminação (negativa) quando, não havendo uma razão suficiente para permitir ou obrigar um tratamento diferenciado, não se outorga um tratamento igual, resultando, na arbitrariedade da distinção. Ou seja, trata-se de uma distinção negativamente valorada pela ausência de uma justificativa suficiente.

194

Ou seja, as discriminações somente são permitidas quando existir motivos suficientes que exijam um tratamento diferenciado, recaindo o ônus argumentativo para o tratamento diferenciado. Em outras palavras, aquele que discrimina possui o encargo de demonstrar o motivo justificador da diferenciação. Desta forma, o que o princípio da igualdade e o da não discriminação impõem é um ônus de argumentação suficiente, com razões suficientes, para que os tratamentos desiguais se tornem permitidos/legítimos.

Feito o necessário esclarecimento acerca da necessidade de demonstração dos motivos justificadores da diferenciação, há de se distinguir melhor a discriminação positiva da discriminação negativa. A discriminação positiva, para Thereza Gosdal, compreende um conjunto de medidas legais e de práticas sociais destinadas a compensar uma situação de efetiva desigualdade em que se encontre um determinado grupo social, e possibilitar o acesso ao sistema legal, tornando viável para esses indivíduos o exercício de direitos fundamentais. A mesma autora expõe que se pode considerar a discriminação positiva como sendo espécie do gênero ações afirmativas, que de atuação mais direta compreendem as cotas e o tratamento preferencial.<sup>195</sup>

A discriminação positiva, na verdade, se mostra como outra perspectiva acerca do princípio da igualdade material, a qual visa, essencialmente, a eliminação de preconceitos e condutas discriminatórias, não apenas através de ações negativas, mas também através de ações promocionais-afirmativas do Estado, num primeiro momento, e também de particulares.

Joaquim Barbosa, sobre o tema argumenta que:

A ideia de neutralidade estatal tem-se revelado um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos ou categorias de pessoas em posição de subjugação legal, de

---

<sup>194</sup> WANDELLI, 2004, p. 386.

<sup>195</sup> GOSDAL, 2003, p. 123/124.

inferioridade legitimidade da pela lei. (...) A reversão de tal quadro só será viável com a renúncia do Estado à sua histórica neutralidade em questões sociais, devendo assumir uma posição ativa, até mesmo radical se vista à luz dos princípios norteadores da sociedade liberal clássica.<sup>196</sup>

Tais ações promocionais nasceram nos Estados Unidos da América na década de 60, com o intuito de diminuir a segregação racial e foram utilizadas pela primeira vez na ordem executiva federal americana em 1965. De acordo com Cármen Lucia Antunes Rocha, estas ações tiveram origem num pronunciamento do então Presidente Lyndon B. Johnson, que, em 04 de junho de 1965, na Howard University, indagou se todos ali eram livres para competir com os iguais membros da mesma sociedade em igualdade de condições.<sup>197</sup> Ocorreu, a partir de então, o início de uma mudança na postura do Estado, movimento que ficou conhecido como “*affirmative action*”, o qual foi especialmente adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Conforme ensina Joaquim Barbosa, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.<sup>198</sup>

Desta maneira, a discriminação positiva como instrumento de inclusão, exteriorizada na maioria das vezes pelas ações afirmativas, não possui o objetivo de eliminar as diferenças, mas apenas de prover certa representatividade aos grupos minoritários, fazendo com que as diferenças não se tornem fatores de marginalização dos envolvidos.

De acordo com Joaquim Barbosa, a discriminação positiva pode se justificar sob 3 enfoques: como a necessidade de uma justiça compensatória<sup>199</sup>, uma justiça distributiva<sup>200</sup> ou pelo enfoque do multiculturalismo<sup>201</sup>.

---

<sup>196</sup> GOMES, 2001, p.37.

<sup>197</sup> ROCHA, Carmem Lucia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade. *Revista Informação Legislativa*, vol. 33, n. 131, jul/set. 1996, p. 285.

<sup>198</sup> GOMES, op. cit. 2001, p. 40.

<sup>199</sup> Os doutrinadores que acolhem tal justificativa o fazem como forma de necessidade de reparação e correção da privação de oportunidades e igualdades sofrida pelos grupos marginalizados no passado. (GOMES, 2001, p. 62)

Para Thereza Gosdal, as ações positivas apresentam tríplice justificação: evitar a permanência de condutas discriminatórias, compensar os grupos discriminados pelo passado e valorar a diferença que diz respeito ao grupo discriminado. Devem ser legitimadas, do ponto de vista teórico-jurídico, pela finalidade e objetivos perseguidos, mas também pelos meios e medidas empregados.<sup>202</sup> Desta maneira, a discriminação positiva se faz necessária, visto que, por vezes, os grupos minoritários se situam em situação de tamanha desvantagem que, somente a partir do atuar ativo do Estado, é que podemos falar em inclusão, em igualdade.

A discriminação no mercado de trabalho da minoria LGBT é significativa e pode ser facilmente percebida, conforme dados já trazidos no capítulo anterior. Este grupo de indivíduos é mais vulnerável à perda de emprego, trabalha mais na informalidade e sofre um maior número de assédio moral. Isto posto, para que se fale em alcance de uma igualdade real, por vezes devemos também pensar em atuação ativa do setor Público e do Setor Privado, por meio de ações afirmativas para inclusão.

Veja-se que, quando falamos em ações afirmativas, não falamos unicamente do sistema de cotas, que é apenas uma ação afirmativa específica, mas também de outras formas de se compensar desigualdades, como programas de fornecimento de educação, capacitação e de combate à pobreza.

Na última década, para além das políticas específicas de cotas (raciais, étnicas, de gênero e outras), o governo brasileiro passou a desenvolver ações de inclusão destinadas a reduzir a desigualdade estrutural social – que contém em si as demais formas de discriminação – a partir da elaboração de programas e metas de combate à pobreza e de transferência de renda que, por sua vez, alcançaram resultados históricos inéditos valorizados interna e internacionalmente.<sup>203</sup> Para a minoria objeto deste estudo, não se propõe a necessidade de implementação de

---

<sup>200</sup> Para a tese distributiva, utiliza-se a discriminação positiva como forma de redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riquezas e outros bens entre todos os membros da sociedade. (IBIDEM, p. 68)

<sup>201</sup> A discriminação positiva deve levar a todos os indivíduos aqueles bens, valores e interesses partilhados por todos, independentemente de raça, religião, etnia ou renda. (IBIDEM, p. 74)

<sup>202</sup> GOSDAL, 2003, p. 127.

<sup>203</sup> PRONER, Carol. Inclusão Social e a Classe que vive do trabalho. *Carta Maior*. Disponível em: [http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia\\_id=20774](http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=20774); acessado em 28-08-2012.

cotas para inclusão no mercado de trabalho, mas sim a necessidade de ações afirmativas como programas de fornecimento de educação e capacitação para a minoria envolvida e de conscientização da população para aceitar a diversidade.

Em especial, se faz necessária a implementação de campanhas para possibilitar a inclusão do grupo “T” no mercado de trabalho, a fim de viabilizar outras formas de emprego ao grupo que não só aquelas que são marcadas pelo desvalor associado a esse grupo. No entanto, há de se ressaltar que, embora seja importante refletirmos acerca da necessidade de ações afirmativas para conscientização da população, no caso em específico da minoria sexual, ainda estamos em busca do alcance da mera igualdade formal.

Para Roger Raupp Rios, devemos buscar a fidelidade ao princípio da igualdade formal, que exige que se reconheça em todos, independentemente da orientação homo ou heterossexual – a qualidade de sujeito de direito.<sup>204</sup> Assim, embora seja necessário cogitarmos a implementação de ações afirmativas, busca-se ainda para a comunidade LGBT o respeito a mais elementar igualdade formal, mediante a coibição de condutas discriminatórias.

### 3.3.3. Discriminação Direta e Indireta

Ampliando a visão do conceito de discriminação, a doutrina tem apresentado a classificação em mais três modalidades, quais sejam: discriminação direta, indireta e oculta.

A discriminação direta é aquela que se baseia em motivos que levam à negação do igual valor das pessoas. Segundo Alice Monteiro de Barros, esta “pressupõe um tratamento desigual fundados em razões proibidas”<sup>205</sup>. Esta discriminação se encontra arraigada na sociedade, baseada em questões culturais de cunho, a princípio, meramente subjetivo, muitas vezes peculiar ao grupo social ou momento histórico em que se encontra inserido.<sup>206</sup>

Para citar um exemplo, a discriminação direta ocorre quando um empregador deixa de admitir determinada pessoa pelo simples motivo de este ter

---

<sup>204</sup> RIOS, 2002, p. 129.

<sup>205</sup> BARROS, 2000, p. 41.

<sup>206</sup> GÓIS, Luiz Marcelo F.de. *A caminho de um direito trabalhista constitucional*. São Paulo: Ltr, 2010, p. 133-139.

uma orientação sexual diferente da usual ou por ser pertencente a uma determinada raça.

Thereza Gosdal diferencia a discriminação direta da indireta afirmando que a discriminação direta é aquela pela qual o tratamento desigual funda-se em critérios proibidos. É, por exemplo, a não contratação de negros. Já a discriminação indireta é a que tem uma aparência formal de igualdade, mas que em verdade cria uma situação de desigualdade. É o caso da instituição de um adicional de remuneração a uma determinada função, ocupada exclusivamente por homens.<sup>207</sup>

A discriminação indireta vem da doutrina estadunidense denominada de *disparate impact doctrine* ou teoria do impacto desproporcional.<sup>208</sup> Segundo esta teoria, a discriminação ocorre no momento em que são criadas determinadas regras que aparentemente não possuem cunho discriminatório, mas, por via reflexa, tais regras acabam marginalizando e discriminando determinado grupo ou classe.

Ou seja, é aquela discriminação que redundando em uma desigualdade não oriunda de atos concretos ou de manifestação expressa de discriminação por parte de quem quer que seja, mas de práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas aparentemente neutras, porém dotadas de grande potencial discriminatório.<sup>209</sup>

Leonardo Wandelli explica que:

No âmbito da Comunidade Europeia, a Diretiva n 97/80/CE, de 15.12.97, estabeleceu uma definição indireta por razão de sexo: existirá discriminação indireta quando uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra afete a uma proporção substancialmente maior de membros de um mesmo sexo, exceto se essa disposição, critério ou prática resulte adequada e necessária e possa justificar-se com critérios objetivos que não estejam relacionados com o sexo.<sup>210</sup>

Como exemplo de discriminação indireta pode-se citar a redação do artigo 14 da CF, dada pela Emenda Constitucional n.º 20 de 1998, a qual limitava o valor do salário-maternidade pago pela autarquia federal ao teto dos demais benefícios previdenciários, sendo que eventual complementação do benefício deveria ser arcada pelo empregador.

<sup>207</sup> GOSDAL, 2003, p. 97.

<sup>208</sup> Na Europa, a Teoria do Impacto desproporcional é também tratada sob a designação de “discriminação indireta”.

<sup>209</sup> GOMES, 2001, p. 23.

<sup>210</sup> WANDELLI, 2004, p. 405.

No entanto, relevante mencionar que tal artigo foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n.º 1.496/1999), apresentada ao STF pelo Partido Brasileiro Socialista.

O Supremo Tribunal Federal em julgamento no ano de 2003 deu procedência parcial à referida ADI, para dar interpretação a tal dispositivo conforme a Constituição Federal, excluindo sua aplicação ao salário da licença gestante, a qual se refere o artigo 7º, XVIII da referida Carta. Ou seja, o STF entendeu pela impossibilidade de estabelecimento de teto ao valor do salário-maternidade, sob o principal fundamento de combate à discriminação entre homens e mulheres.<sup>211</sup>

A decisão reconheceu que a manutenção de um teto para o pagamento do salário-maternidade pela autarquia federal, com a complementação do benefício pelo empregador, facilitaria e estimularia a opção do empregador pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora, bem como propiciaria a discriminação que a Constituição buscou combater quando proibiu qualquer diferença de salários, função e critérios de admissão por motivo de sexo.

Outro exemplo de discriminação indireta que se pode citar é o caso hipotético em que uma empresa, que somente possui empregados casados e com filhos, contrata um trabalhador pertencente à comunidade LGBT, sem filhos, sendo que após institui uma política de remuneração concedendo um abono pecuniário àqueles que possuem filhos, fato que prejudicará somente o trabalhador em questão.

Diante de todo o exposto, percebe-se, portanto, que tais práticas discriminatórias indiretas, cujo conteúdo acentua ou mantém um quadro de injustiça e preconceito, prejudicam de maneira desproporcional determinados indivíduos, como por exemplo, em virtude do sexo, peso, idade ou orientação sexual.

Por fim, a discriminação oculta, também chamada de discriminação velada, ocorre quando o discriminador utiliza motivos diversos para a exclusão de determinada pessoa, tentando ocultar suas intenções discriminatórias. A título exemplificativo, podemos verificar a ocorrência de discriminação oculta no ambiente

---

<sup>211</sup>Acórdão disponível no site eletrônico:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266805>, acessado em 18.12.2013.

de trabalho quando, por exemplo, um empregado é dispensado sem justa causa por ser portador do vírus HIV.<sup>212</sup>

Leonardo Wandelli explica a diferenciação entre as discriminações indireta e oculta, de forma que a discriminação indireta diz respeito, no plano normativo, aos dados exigidos pelo julgador para considerar injustificada uma conduta, em relação ao princípio da não discriminação. Toma apenas os efeitos danosos desproporcionais, como razão suficiente para considerá-la discriminatória e ignora se há ou não intencionalidade. Já o caráter oculto da discriminação diz respeito ao plano fático da conduta, em que a intencionalidade discriminatória está disfarçada pela utilização de um instrumento *a priori* neutro.<sup>213</sup> Em outras palavras, a discriminação oculta caracteriza-se pela intencionalidade (não considerada na discriminação indireta). Tal forma de discriminação é disfarçada sob a forma de outros motivos, ocultando a real intenção de discriminar.

#### 3.3.4. Intencionalidade e ônus da prova

Quando se fala em discriminação indireta no contrato do trabalho, muito se questiona acerca da necessidade de ter o ofensor a intenção de discriminar. Ou seja, se a intencionalidade é ou não um requisito necessário para configuração da discriminação.

Tem-se firmado entendimento de que a intenção não é um requisito estrutural para que haja a discriminação. Isto porque, por vezes a discriminação se mostra de forma inconsciente do próprio agente e porque a vítima, independentemente da intenção do agente ofensor, sofre os efeitos da conduta discriminatória.

Neste sentido, Joaquim Barbosa, a respeito da discriminação por impacto desproporcional (denominação de discriminação indireta nos Estados Unidos), ensina que “a discriminação resultante de medidas dessa natureza diferencia-se em

---

<sup>212</sup> A respeito do tema, é oportuno mencionar que, em Setembro de 2012, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n.º 443, a qual dispõe que se presume como discriminatória a dispensa de empregado portador do HIV, *in verbis*: DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

<sup>213</sup> WANDELLI, 2004, p. 406.

vários aspectos da chamada discriminação intencional, a começar pela ausência do fator intencionalidade”<sup>214</sup>. Leonardo Wandelli também expõe que “se exclui a intenção do âmbito de investigação dos fatos relevantes, tomando-se os efeitos da conduta”<sup>215</sup>.

Além disso, analisando a discriminação indireta por gênero, Alice Monteiro de Barros ressalta a falta de necessidade de intenção: “caracteriza-se quando um dos sexos é desfavorecido, no caso, as mulheres, pouco importando haja ou não a intenção de discriminá-la”<sup>216</sup>. Ademais, por vezes, a necessidade de exigir da vítima a comprovação de intencionalidade do ofensor acabaria por tornar inviável a caracterização da discriminação.

Como ensina Leonardo Wandelli, a caracterização da discriminação pelos efeitos da medida cuida justamente de abstrair a necessidade de investigação dessa intencionalidade, que nem sempre há e por vezes acarretaria num ônus probatório insuportável.<sup>217</sup> Assim, tem-se que a intencionalidade não é um requisito essencial para caracterização da discriminação no ambiente de trabalho, sendo muitas vezes entendido apenas como um agravante.

Acerca do ônus probatório quanto aos casos de discriminação no processo do trabalho, ou seja, sobre o entendimento de ser sempre da vítima este encargo, Marcio Túlio Viana expõe que o empregado seja provando ou contra provando, também poderá fazer uso de indícios e o juiz deve valorizá-los. Tal fato liga-se aos princípios do acesso à justiça (direito a “justiça justa”) e princípio da aptidão da prova (que transfere para o mais apto dos litigantes o encargo de convencer o juiz).<sup>218</sup>

É sabido que a grande dificuldade de a vítima provar a discriminação ocorrida no meio ambiente do trabalho se dá porque, na maioria das vezes, o tratamento discriminatório não ocorre de forma manifesta ou aparente. É muito difícil nos depararmos com situações em que o empregador afirme, por exemplo, que a dispensa do empregado está ocorrendo em virtude de sua orientação sexual. Na

---

<sup>214</sup> GOMES, 2001, p. 24;

<sup>215</sup> WANDELLI, 2004, p. 405.

<sup>216</sup> BARROS, 2000, p. 57.

<sup>217</sup> WANDELLI, op. cit., 2004, p. 403.

<sup>218</sup> VIANA, Marcio Túlio. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (Análise da Lei n.º 9.029/95). In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coords). *Discriminação*, São Paulo: Ltr, 2000, p. 362.

grande maioria das vezes, a discriminação se dá de forma velada, em que as reais intenções do agente discriminador são ocultadas por outros motivos.

Leonardo Wandelli, acerca do ônus da prova na discriminação, aponta que a regra da distribuição do ônus probatório não pode pretender antecipar sua adequabilidade a todas as imprevisíveis situações de aplicação. A fim de que haja efetiva simetria entre as partes do processo, entendida como igualdade de oportunidades de participação no procedimento de preparação da decisão, a aplicação da regra do ônus probatório há de ser sensível ao contexto da controvérsia e à desigualdade material concretamente existente, de modo que a aplicação da regra do ônus probatório se dê de maneira coerente com o ordenamento.<sup>219</sup>

Estevão Mallet também assevera que a inversão do ônus da prova, que não se há de verificar gratuitamente, mediante mera alegação do autor, é um elemento essencial para o combate à discriminação, posto que, para a tutela do seu direito, deve a parte poder não apenas apresentar alegações, como também ter a oportunidade de prová-las adequadamente.<sup>220</sup>

A dificuldade de prova da discriminação já foi objeto de análise pelo Direito Comparado. Estevão Mallet cita a legislação portuguesa que, no art. 23 do Código do Trabalho, dispõe que aquele que se considera discriminado por conta de sua raça, religião ou convicção ou outra circunstância, não necessita provar suas alegações, mas deve apenas apontar outros trabalhadores que também tiveram tratamento diferenciado: “Cabe a quem alegar discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se consideram discriminados.”<sup>221</sup>

A respeito da dificuldade enfrentada pelas vítimas de discriminação de provar suas alegações em juízo, o mesmo autor complementa:

Evidencia-se, desse modo, que, quando se busca realmente tratar judicialmente de casos de discriminação, é impostergável permitir, em certos casos e preenchidas determinadas condições, a inversão do ônus da prova, ou, como preferem outros, é preciso aliviar o ônus da prova atribuído normalmente ao autor. Quem estabelece a diferenciação é que fica obrigado a demonstrar a razoabilidade do critério de distinção. Deve

<sup>219</sup> WANDELLI, 2004, p. 411.

<sup>220</sup> MALLET, Estevão. Discriminação e Processo do Trabalho. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coords). *Discriminação*, São Paulo: Ltr, 2000, p. 161.

<sup>221</sup> MALLET, Estevão. *Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho*. Disponível em <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/18077>. Acessado em 24.10.2012.

demonstrar que a prática justifica-se por conta da natureza da atividade ou de qualquer outro fator legítimo de diferenciação.<sup>222</sup>

Alice Monteiro de Barros também argumenta que a exigência de prova da discriminação ou da intenção de discriminar inviabiliza o reconhecimento da igualdade de oportunidade e de tratamento no emprego.<sup>223</sup> Assim, não pode o aplicador do Direito tratar as partes, que por vezes se encontram em situação e condições desiguais, de forma constantemente igual. Nas palavras de Estevão Mallet, enquanto não houver mudança concreta das regras relativas ao ônus da prova, continuará o processo do trabalho ainda preso à ideia da igualdade formal dos litigantes, a discriminar a parte menos favorecida da relação litigiosa.<sup>224</sup>

Desta forma, tem-se que, quando se fala em discriminação enfrentada no ambiente de trabalho, a aplicação indiscriminada dos artigos 818 da CLT e 333, I do CPC, artigos que tratam acerca do ônus da prova, deve ser revista, uma vez que a aplicação de tais dispositivos legais, sem se analisar a possibilidade da parte de conseguir comprovar suas alegações, tornam-se verdadeiros obstáculos para o alcance da tutela jurisdicional efetiva.

Acompanhando tal entendimento, o C. Tribunal Superior do Trabalho recentemente vem se posicionando neste sentido em relação a outras formas de discriminação, como, por exemplo, da dispensa de trabalhador portador de doença grave e portador de HIV ou de empregadas gestantes.

Em Setembro de 2012, o TST editou a Súmula n.º 443, a qual dispõe que se presume como discriminatória a dispensa de empregado portador de doença grave, *in verbis*:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

<sup>222</sup> MALLET, Estevão. *Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho*. Disponível em <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/18077>. Acessado em 24.10.2012.

<sup>223</sup> BARROS, 2000, p. 41.

<sup>224</sup> MALLET, Estevão. *Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho*. Disponível em <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/18077>. Acessado em 24.10.2012.

É de se ressaltar que, mesmo antes da edição de tal Súmula, o TST já vinha firmando entendimento no sentido de presumir a discriminação da despedida de empregado portador de doença grave<sup>225</sup>, consoante decisão abaixo transcrita:

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. REINTEGRAÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador do vírus HIV. Desse modo, recai sobre o empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação, lícita. 2. Entendimento consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção n.º 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto n.º 62.150, de 19.01.1968) e a Recomendação n.º 200, de 2010, sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. Nesse contexto, afigura-se indevida a inversão do ônus da prova levada a cabo pelo Tribunal Regional, ao atribuir ao empregado o encargo de demonstrar o caráter discriminatório do ato de dispensa promovido pelo empregador. 4. Recurso de revista conhecido e provido.” TST-RR- 61600-92.2005.5.04.0201

A jurisprudência dos Tribunais do Trabalho do país também caminha neste sentido:

31133335 - CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. GESTANTE. DISPENSA. DISCRIMINAÇÃO INDIRETA. GARANTIA PROVISÓRIA. PAGAMENTO DOS SALÁRIOS DO PERÍODO. A proteção à maternidade preconizada na CRFB/88 é direito fundamental e amplamente tutelado pelo ordenamento jurídico vigente, que transpõe os limites do contrato a termo, porquanto a exegese do art. 10, II, a, do ADCT a ser feita é da inversão do ônus da prova para o fim de o empregador comprovar que a trabalhadora não atendia aos requisitos para o cumprimento das suas obrigações contratuais, ou seja, para o desempenho das atividades para as quais estava em experiência, sob pena de se promover, com a despedida, a chamada discriminação indireta à gestante, pois a tutela legal incidente sobre a maternidade tem sua origem na relação de emprego, perpassando o interesse do nascituro e tangenciando os valores supremos de uma sociedade comprometida com a maternidade, a infância, a vida e a dignidade humana. A despedida de empregada a partir da confirmação da gravidez por meio de exame laboratorial é ato ilícito, em face do disposto no art. 10, II, b, da CRFB/88, gerando o direito à reintegração no emprego na hipótese de não ter havido exaurimento do período de estabilidade provisória ou ao pagamento dos salários e dos demais direitos correspondentes em caso diverso. (TRT 12ª R.; RO 01867-2008-006-12-00-0; Primeira Câmara; Relª Juíza Viviane Colucci; Julg. 28/06/2010; DOESC 06/07/2010) ADCT, art. 10 CF, art. 10

33023593 - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. CONFIGURAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. A denúncia vazia do contrato de trabalho do empregado portador

<sup>225</sup> Como relata Firmino Alves Lima, há jurisprudência consolidada do TST no sentido de que, ainda que não haja previsão legal, a dispensa do portador do vírus HIV é presumida como arbitrária e discriminatória. (LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos Discriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, p. 273).

de doença grave é marcada pela presunção *iuris tantum* da discriminação, devendo ser invertido o ônus da prova ante a dificuldade do trabalhador de comprovar os reais fatores que motivaram a sua demissão, em homenagem ao princípio da aptidão para a prova. Recurso ordinário conhecido e não provido. (TRT 16ª R.; RO 175400-04.2010.5.16.0003; Rel. Des. José Evandro de Souza; DEJTMA 17/01/2012; Pág. 21)

Embora tais julgados não tratem especificamente acerca da discriminação por orientação sexual, é de se ressaltar que tal entendimento deve ser estendido a qualquer tipo de discriminação. Tem-se percebido, portanto, que quando da distribuição do ônus da prova em matéria de discriminação, em especial de discriminação por orientação/identidade sexual dentro do trabalho, a qual na maioria das vezes se mostra de forma velada, deve ser aplicado o critério presuntivo estabelecido pelo TST. Ou seja, há de se estender aos casos de discriminações por orientação/identidade sexual no trabalho a presunção relativa estabelecida pelo TST de que há discriminação, invertendo o ônus da prova.

### **3.4. Mecanismos de Proteção - O Princípio da não discriminação por orientação/identidade sexual e o ordenamento jurídico**

Como já dito, o princípio constitucional da não discriminação é princípio de proteção denegatório de conduta injustamente diferenciada que se considera gravemente censurável, podendo-se citar, como exemplo, a existência de discriminação entre homens e mulheres.

O princípio da não discriminação é uma faceta do princípio da igualdade, que proíbe qualquer diferenciação infundada. Como já dito e como ensina Leonardo Wandelli, o caráter infundado de uma discriminação somente se verifica diante da situação concreta, interpretada de maneira completa, à luz do conjunto de normas *prima facie* aplicáveis. Ou seja, a grande questão do princípio em análise é descobrir quando o tratamento diferenciado é permitido.<sup>226</sup>

Um dos critérios para definição da possibilidade de tratamento diferenciado está na eleição de fatores que a Constituição ou o legislador infraconstitucional definem como essencialmente relevantes ou não relevantes para o tratamento desigual. Nos termos do artigo 3º, IV da CF, existem alguns fatores suspeitos de

---

<sup>226</sup> WANDELLI, 2004, p. 387.

discriminação (considerados não relevantes), quais sejam: origem, raça, sexo, cor e idade.

Como esclarece Leonardo Wandelli, a referência à vedação de diversidade de tratamento baseada em fatores ditos proibidos ou suspeitos, geralmente ligados a preconceitos, estatui a sua não essencialidade, tornando necessário para sua validação que o agente discriminador demonstre que as preferências que determinam a diferenciação proposta estão isentas de preconceito.<sup>227</sup>

Como exemplo, podemos citar o caso da impossibilidade de contratação de homens ou de um transexual FtoM como segurança para a realização de revistas em mulheres. Desta forma, embora haja aqui um tratamento desigual entre todos os possíveis candidatos ao emprego, baseado em um fator suspeito, resta demonstrada que a distinção (=exclusão de homens e transexual FtoM para concorrer ao cargo) nesta situação se baseou nas qualificações exigidas para o cargo. Ou seja, qualquer discriminação que for embasada em fatores preconceituosos – ditos suspeitos – deve ser melhor justificada para tornar-se válida. Tais fatores suspeitos não são relevantes, por si só, para justificar uma discriminação válida.

Assim, é óbvio que a discriminação por orientação/identidade sexual não justificada é coibida pelo nosso ordenamento jurídico, podendo, inclusive, ser considerada como um fator suspeito de discriminação, notadamente dentro do trabalho.

Em primeiro lugar, porque ela pode ser entendida como um fator suspeito de discriminação por sexo, expressamente proibido pela Constituição, já que ambas as formas de discriminação (por sexo e por orientação/identidade sexual) se relacionam à sexualidade humana. Em segundo lugar, porque o simples fato de não conter expressamente o termo orientação/identidade sexual como fator suspeito na legislação não afasta a possibilidade de que uma discriminação baseada em tal razão seja proibida.

Como menciona Leonardo Wandelli, o sistema jurídico brasileiro coíbe toda e qualquer discriminação, além da baseada em fatores especificamente enumerados, sendo que a Constituição estabelece cláusula geral de vedação de

---

<sup>227</sup> WANDELLI, 2004, p. 389-391.

qualquer discriminação. Desta forma, a concepção constitucional de discriminação não se esgota nesses fatores sob suspeita.<sup>228</sup>

Em terceiro lugar, porque a discriminação por orientação/identidade sexual atenta frontalmente contra os direitos fundamentais ao trabalho e ao livre desenvolvimento da personalidade, já que obstruem a possibilidade dos envolvidos de construírem suas identidades, de transformarem o mundo e a si próprios, de desenvolverem sua corporalidade e sua personalidade através do trabalho. Desta forma, tais direitos fundamentais violados justificam a sua vedação, mesmo sem haver a expressa menção legal como fator suspeito explícito.

Desta forma, percebe-se que a discriminação por orientação/identidade sexual é vedada por nosso ordenamento jurídico. Torna-se oportuno, neste momento, analisar a proteção legal oferecida por nosso ordenamento a tal forma de discriminação.

#### 3.4.1. As leis que não chegam

Em 1995, durante a Conferência Mundial de Beijing, pela Delegação da Suécia, a questão da discriminação por orientação sexual foi suscitada pela primeira vez em um foro das Nações Unidas. Em virtude da objeção das delegações islâmicas, não foi aprovada. Sete anos depois, em 2003, o Brasil apresentou a primeira proposta de Resolução sobre os direitos da comunidade LGBT para a Comissão dos Direitos Humanos.

Segundo Ricardo dos Santos Bezerra, passaram-se vários anos para que fosse apresentada nas Nações Unidas a primeira proposta de Resolução sobre os direitos do coletivo LGBT. Isto se deu somente em abril de 2003, quando a delegação brasileira junto à Comissão de Direitos Humanos (CDH) apresentou uma resolução histórica sobre "direitos humanos e orientação sexual", que ficou conhecida como Resolução Brasileira.<sup>229</sup>

---

<sup>228</sup> WANDELLI, 2004, p. 392.

<sup>229</sup> BEZERRA, Ricardo dos Santos. *Discriminação por Orientação Sexual na Perspectiva dos Direitos Humanos: Um Panorama da Legislação, Jurisprudência e Ações Afirmativas No Brasil*. Disponível em [http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110829/1/DDTTS\\_Bezerra\\_Dos\\_Santos\\_R\\_Discriminacion.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110829/1/DDTTS_Bezerra_Dos_Santos_R_Discriminacion.pdf). Acessado em 21.10.2012.

Em 2005, o Brasil retirou sua proposta para julgamento, diante dos sucessivos adiamentos de julgamento e pela iminência de ver a resolução não ser aprovada.

Da análise do inciso IV do artigo 3º da Constituição, depreende-se que este não incluiu expressamente a orientação sexual em seu rol de combate a discriminação. Há de se destacar que houve tentativa de inclusão da expressão "orientação sexual" na própria Assembleia Constituinte, apresentada pelo deputado federal Jose Genoio, a qual foi derrotada por 317 votos contra e 130 a favor, em sessão do dia 29.01.1988.<sup>230</sup>

Acerca de tal tentativa, é oportuno mencionar a explicação de Jose Afonso da Silva:

A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que vedasse claramente, mas não se encontrou expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desigualdades e preconceitos.<sup>231</sup>

Por ser muito criticável o posicionamento acima mencionado, já que extremamente simplista e porque delegou para a sociedade o entendimento do que deve estar subentendido no preceito legal, a inserção da expressão "orientação sexual" no inciso IV do art. 3 da CF foi, posteriormente, objeto da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 67/99, do deputado Marcos Rolim, que reapresentou a PEC já proposta pela deputada Marta Suplicy em 1995. Tal PEC, no entanto, foi arquivada em 2003.<sup>232</sup>

Atualmente, tramitam as Propostas de Emenda a Constituição – PEC - n.º 110/2011 e n.º 111/2011, propostas pela Senadora Marta Suplicy, apresentadas em 08.11.2011. A primeira PEC propõe a alteração do art. 7º da Constituição para

<sup>230</sup> *Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 29 de janeiro de 1988, p. 421-425 (PDF)*. Página visitada em 14.12.2011.

<sup>231</sup> SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 227.

<sup>232</sup> O referido PEC, embora aprovado pela Comissão de Constituição de Justiça da Câmara dos Deputados foi arquivado pela mesa diretora da Casa, nos termos do art. 105 do Regimento Interno.

dispor sobre licença-natalidade, licença após adoção e vedar discriminação de trabalhador em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero. A segunda propõe a alteração da redação do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal para incluir, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, identidade de gênero, orientação sexual, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Estas PEC's, desde meados de 2012, encontram-se em análise na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

A omissão constitucional acerca da discriminação por orientação sexual gerou grande decepção à comunidade LGBT, pois, para eles, tal fato daria força aos movimentos. No entanto, entendemos que o simples fato de conter ou não expressamente o termo “orientação sexual” no dispositivo legal não pode retirar tal forma de discriminação da proteção legal. Uma interpretação bastante defendida para justificar a omissão constitucional é aquela que inclui a proibição de discriminação por orientação sexual como hipótese abrangida pela proibição por motivo de sexo, já que ambas dizem respeito à questão de sexualidade.

Neste sentido, há de se trazer os ensinamentos de Jorge Raupp Rios, que assevera:

Pode-se argumentar que a orientação sexual não está na Constituição. Mas precisaria 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. (...) Nesse sentido, é evidente que a discriminação por orientação sexual é uma espécie de discriminação por motivo de sexo. Não faz mal que venha uma emenda constitucional e acrescente isso. Inclusive já existem projetos no Congresso Nacional nesse sentido. Servirá para reforçar. É realmente necessário? Do ponto de vista estritamente jurídico, não. Basta que a Constituição seja aplicada e interpretada adequadamente.<sup>233</sup>

Para os que compartilham de tal entendimento, a discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada) de discriminação sexual. Além disso, entende-se que normas constitucionais não específicas, de conteúdo aberto, em especial os artigos 3º, IV e 5º, caput, podem ser poderosos obstáculos contra a discriminação baseada na orientação sexual.

---

<sup>233</sup> RIOS, Jorge Raupp. *A Discriminação por Gênero e por Orientação Sexual*. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo05.pdf>, p. 162, Acessado em 14.12.2011.

Diga-se, ainda, que o critério de interpretação de normas de Direitos Humanos deve favorecer de forma ampla o conteúdo do direito contemplado. Desta maneira, embora haja certa omissão legal acerca da discriminação por orientação sexual, já que, por exemplo, a Constituição Federal não fala explicitamente acerca desta forma discriminatória, deve-se entender que, de acordo com os princípios da igualdade e da não discriminação, qualquer tipo de preconceito deve ser rechaçado.

### 3.4.2. Os mecanismos legais já existentes

Não obstante a Constituição Federal não mencionar explicitamente a orientação sexual entre as formas de discriminação vedadas, o tema já foi abordado por diferentes Constituições estaduais e legislações Estaduais e Municipais. Atualmente, a proibição de discriminação por orientação sexual consta nas Constituições Estaduais de Alagoas, Sergipe, Santa Catarina e Pará.

A Constituição Estadual do Sergipe em seu artigo 3º, parag. II, assegura:

II - proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político-ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei.

A Emenda Constitucional n.º 36 de 24 de janeiro de 2007, incluiu no Art. 3º da Constituição do Estado do Pará, a redação “a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, orientação sexual e quaisquer outras formas de discriminação”. O Artigo 3º da Constituição do Estado de Alagoas estabelece condições igualitárias a todas as pessoas, independentemente de sexo, cor, raça e orientação sexual.

Há legislação específica acerca do tema em mais de dez estados: Mato Grosso do Sul (Lei estadual 3.157, de 27 de dezembro de 2005), Minas Gerais (Lei estadual 14.170, de 15 de janeiro de 2002), Rio Grande do Sul (Lei estadual 11.872, de 19 de dezembro de 2002), Bahia (Lei estadual 5.275, de 9 de setembro de 1997), Maranhão (Lei estadual 8.444, de 31 de julho de 2006) Rio de Janeiro (Lei estadual 3.406, de 15 de maio de 2000), Paraíba (Lei estadual 7.309, de 10 de janeiro de 2003), Piauí (Lei estadual 5.431, de 29 de dezembro de 2004), Santa Catarina (Lei Estadual 12. 574, de 4 de abril de 2003), São Paulo (Lei Estadual 10.948, de 5 de

novembro de 2001) e no Distrito Federal (Lei distrital 2.615, de 26 de outubro de 2000).<sup>234</sup>

Ademais, mais de oitenta municípios brasileiros têm algum tipo de lei que contempla a proteção dos direitos humanos de homossexuais e o combate à discriminação por orientação sexual.<sup>235</sup>

O dia 17 de maio<sup>236</sup> foi instituído como o dia nacional de combate a homofobia<sup>237</sup>, pelo Decreto de 04 de junho de 2010, do então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva.

No âmbito das Nações Unidas, a “Resolução Brasileira” foi apenas a primeira proposta de Resolução sobre o tema, a qual foi seguida por diversos outros documentos relativos à discriminação por orientação sexual nas Nações Unidas.

E, nas palavras de Ricardo dos Santos Bezerra,

Apesar desse substancial avanço, o grande passo nesse longo e árduo caminho a ser trilhado só ocorreu quando, reafirmando o princípio da universalidade dos direitos humanos, tal e como estabelece a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo 60º aniversário se celebrou em 2008, foi lida na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em Nova York, a Declaração de Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero. A declaração apresentada por representantes da França no mês de dezembro na Assembleia Geral pedindo o fim da criminalização da homossexualidade em determinados países foi aprovada e já é um documento oficial da ONU.<sup>238</sup>

A Declaração em comento no artigo 3º reafirmou o princípio de não discriminação, exigindo que os direitos humanos se apliquem por igual a todos os seres humanos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Frise-se que o Brasil é um dos signatários desta Declaração.

No Direito Comparado, de acordo com relatório anual da ONU, cinquenta e quatro países possuem leis que proíbem a discriminação no emprego baseado na

<sup>234</sup> Informações disponíveis no sítio eletrônico: <http://www.aids.gov.br/pagina/discriminacao-em-razao-de-orientacao-sexual>. Acessado em 22.12.2012.

<sup>235</sup> Brasil Sem Homofobia, Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual. Disponível em [http://portal.mj.gov.br/sedh/documentos/004\\_1\\_3.pdf](http://portal.mj.gov.br/sedh/documentos/004_1_3.pdf). Acessado em 14.12. 2011.

<sup>236</sup> Oportuno explicar que o dia 17 de maio foi escolhido como Dia Internacional Contra a Homofobia pelo motivo de que neste dia, em 1990, a OMS retirou a homossexualidade da lista de doenças mentais.

<sup>237</sup> Por homofobia podemos entender o distúrbio psíquico revelado por aqueles que experimentam medo ou ódio irracionais diante da homossexualidade. (RIOS, 2002, p. 119)

<sup>238</sup> BEZERRA, Ricardo dos Santos. *Discriminação por Orientação Sexual na Perspectiva dos Direitos Humanos: Um Panorama da Legislação, Jurisprudência e Ações Afirmativas no Brasil*. Disponível em [http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110829/1/DDTTS\\_Bezerra\\_Dos\\_Santos\\_R\\_Discriminacion.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110829/1/DDTTS_Bezerra_Dos_Santos_R_Discriminacion.pdf). Acessado em 21.10.2012.

orientação sexual.<sup>239</sup> Ricardo dos Santos Bezerra cita como exemplo os países de África do Sul (1994 e 1997), Bolívia (2009), Canadá (1998), Colômbia (2000), Fiji (1997), Kosovo (2008), Portugal (2004), Suécia (2003), Suíça (2000), Ilhas Virgens, território associado ao Reino Unido (2007), assim como algumas regiões da Alemanha, Argentina e Brasil.

Além disso, o mesmo autor ainda esclarece que, no âmbito da União Europeia, a discriminação por orientação sexual encontra-se proibida em todos os Estados Membros, especialmente a partir da Diretiva 2000/78/CE de 27 de Novembro de 2000, a qual incide essencialmente no domínio do emprego e refere-se à discriminação direta e indireta em razão da religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.<sup>240</sup>

No âmbito do Direito do Trabalho brasileiro, o inc. XXX do art. 7º proíbe a diferença de salários, exercício de funções e critério de admissão por motivo sexo. Já a CLT expressa o princípio da não discriminação no artigo 5º, cuja redação prevê que todo trabalho de igual valor terá salário igual, sem distinção de sexo. Temos ainda a Lei 9.029, de 13/04/95, que proíbe "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", tipificando criminalmente, inclusive, algumas destas práticas.

A referida Lei, em seu artigo 4º, dispõe que o empregado que for vítima de discriminação poderá pleitear na Justiça do Trabalho sua readmissão<sup>241</sup> no emprego, com ressarcimento integral das remunerações devidas pelo período de afastamento até sua readmissão ou o pagamento de uma indenização equivalente ao dobro da remuneração do período de afastamento.<sup>242</sup>

<sup>239</sup> Annual Report of the United Nations. *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*. Disponível em [www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/.../a.hrc.19.41\\_english.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/.../a.hrc.19.41_english.pdf). Acessado em 21.10.2012.

<sup>240</sup> BEZERRA, Ricardo dos Santos. *Discriminação por Orientação Sexual na Perspectiva dos Direitos Humanos: Um Panorama da Legislação, Jurisprudência e Ações Afirmativas no Brasil*. Disponível em [http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110829/1/DDTTS\\_Bezerra\\_Dos\\_Santos\\_R\\_Discriminacion.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110829/1/DDTTS_Bezerra_Dos_Santos_R_Discriminacion.pdf). Acessado em 21.10.2012.

<sup>241</sup> Embora o termo tecnicamente mais correto seja "reintegração" no emprego, a referida Lei utiliza o termo "readmissão".

<sup>242</sup> 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) I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros

Quanto à aplicação da referida Lei para as discriminações por orientação sexual, embora haja entendimentos de que o rol do referido artigo seja taxativo, tem-se entendido, majoritariamente, que a omissão quanto à referida expressão enseja a aplicação da mesma lógica disposta pela omissão constitucional no artigo 3º, IV. Ou seja, entende-se a discriminação por orientação sexual como uma forma de discriminação por sexo, aplicando-se a lei 9.029/95.

Neste sentido, oportuno transcrever a ementa abaixo, mencionada por Mauricio Pereira Gomes, que assim decidiu:

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. Assim, uma vez demonstrada que a dispensa da obreira decorreu de relacionamento amoroso mantido com outra empregada da ré, há de ser reconhecido como discriminatório o ato praticado. (Juíza Lígia Maria Teixeira Gouvêa, relatora do processo nº 07663-2006-034-12-00-0 do TRT da 5ª Região) <sup>243</sup>

Ademais, como ensina Firmino Alves Lima, o artigo 1º da referida Lei, quando menciona “qualquer prática discriminatória”, deve ser interpretado no sentido de proibir qualquer ato discriminatório, o que leva ao entendimento de que qualquer ato discriminatório é proibido, seja de que natureza for. <sup>244</sup>

Ainda, várias outras orientações, observações e recomendações dos Organismos Internacionais foram celebradas visando à igualdade e a não discriminação em virtude da orientação sexual. Como exemplo pode-se citar o Comentário Geral n.º 2 de 2008 do Comitê da ONU contra Tortura, a Observação Geral n.º 4 de 2003 do Comitê da ONU sobre os direitos das crianças, a Observação Geral n.º 20 de 2009 do CDESDC da ONU e a Orientação Internacional sobre HIV/AIDS e Direitos Humanos da ACNHDH e UNAIDS de 2006. <sup>245</sup>

### 3.4.3. O Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual

---

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

<sup>243</sup> GOMES, Mauricio Pereira. Discriminação por Orientação Sexual. A Lei nº 9.029/95, Uma alternativa pouco explorada. Disponível em [http://www.abeh.org.br/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&download=295:mm022pdf&id=1:anais-abeh-2012&Itemid=87](http://www.abeh.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=295:mm022pdf&id=1:anais-abeh-2012&Itemid=87). Acessado em 12.01.2013.

<sup>244</sup> LIMA, 2006, p. 253.

<sup>245</sup> Informações disponíveis no sitio eletrônico: [http://www.onu.org.br/docs/discriminacao-onu-pt\\_br.pdf](http://www.onu.org.br/docs/discriminacao-onu-pt_br.pdf); acessado em 30.01.2013.

Além das normas acima mencionadas, há de se destacar que a Ordem dos Advogados do Brasil criou a Comissão Especial do Conselho Federal de Diversidade sexual, a qual assumiu o compromisso de construir o Estatuto da Diversidade Sexual<sup>246</sup>. Em 23 de agosto de 2011, foi entregue ao Conselho Federal da OAB um anteprojeto de lei, chamado de Estatuto da Diversidade Sexual, que impõe normas de inclusão desta minoria sexual. Trata-se de um anteprojeto que visa promover a inclusão de todos, combatendo a discriminação por orientação sexual.

De acordo com Maria Berenice Dias, na carta endereçada ao Conselho Federal da OAB, o Estatuto da Diversidade Sexual elenca princípios e normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, que consagram uma série de prerrogativas e direitos a homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais.<sup>247</sup>

Ele assegura o reconhecimento das uniões homoafetivas no âmbito do Direito das Famílias, das Sucessões, Previdenciário e Trabalhista<sup>248</sup>, regulamenta o direito ao exercício da parentalidade<sup>249</sup>, a licença-natalidade pelo período de 15 dias a ambos os pais e, ainda, pelo período de 180 dias a qualquer um deles. Também criminaliza a prática de discriminação por motivo de orientação sexual, denominando o tipo penal de homofobia, com pena de reclusão será de 2 a 5 anos.<sup>250</sup> Já discriminar dentro das relações de trabalho, como deixar contratar alguém ou dificultar a contratação, terá pena de reclusão de 1 a 3 anos.<sup>251</sup>

Também haverá proteção contra a discriminação através dos meios de comunicação, proibindo todos os veículos de comunicação de fazer qualquer

<sup>246</sup>Anteprojeto disponível no sítio eletrônico: <http://direitohomoafetivo.com.br/uploads/5.%20ESTATUTO%20DA%20DIVERSIDADE%20SEXUAL%20-%20texto.pdf>.

<sup>247</sup>Carta disponível no sítio eletrônico: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads/4.%20Of%EDcio%20de%20encaminhamento%20do%20Estatuto%20para%20a%20OAB.pdf>. Acessado em 12.12.2012.

<sup>248</sup> Art. 13 - Todas as pessoas têm direito à constituição da família e são livres para escolher o modelo de entidade familiar que lhes aprouver, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

<sup>249</sup> Art. 20 - É reconhecido o direito ao exercício da parentalidade, em relação aos filhos biológicos, adotados ou socioafetivos, individualmente ou em união homoafetiva, independente da orientação sexual ou identidade de gênero.

<sup>250</sup> Art. 100 - Praticar condutas discriminatórias ou preconceituosas previstas neste Estatuto em razão da orientação sexual ou identidade de gênero, Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

<sup>251</sup> Art. 102 - Deixar de contratar alguém ou dificultar a sua contratação, quando atendidas as qualificações exigidas para o cargo ou função, motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero: Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

referência de caráter discriminatório em face da orientação sexual ou identidade de gênero.<sup>252</sup> Ainda prevê o referido Estatuto que os serviços públicos e privados deverão capacitar e conscientizar seus trabalhadores sobre o assunto, evitando, assim, qualquer manifestação de discriminação sexual. Ademais, o Poder Público deverá criar programas de capacitação profissional para assegurar igualdade de oportunidades no mercado de trabalho a gays, lésbicas, bissexuais, travestis transexuais e transgêneros.<sup>253</sup>

Isto posto, percebe-se que o referido Estatuto é um anteprojeto de Lei de combate a discriminação por orientação sexual em suas diversas facetas e que propõe tentar alcançar uma maior igualdade a esta minoria sexual.

Para que o Estatuto seja apresentado ao Congresso, é preciso recolher 1 milhão e 400 mil assinaturas. Para tanto foi lançada a campanha “eu sou diversidade”, em Maio de 2012, e a estimativa é completar tal número até o dia 17 de maio de 2013, data que é comemorado o Dia Internacional Contra a Homofobia.

### **3.5. Para além da legislação antidiscriminatória**

Desta feita, diante do até aqui analisado, constata-se que existe um considerável número de instrumentos jurídicos para proteção contra a discriminação no trabalho. Ocorre que, embora tais leis sirvam para amparar de forma concreta as vítimas do abuso, elas não se mostram suficientes para resolver o problema, uma vez que a discriminação da comunidade LGBT, principalmente dentro do ambiente de trabalho, é ainda uma realidade.

Como diversas vezes já mencionado neste estudo, os trabalhadores, notadamente os trabalhadores pertencentes à comunidade LGBT, se mostram como alvos de intensa discriminação, vivenciando uma verdadeira exclusão dentro da sociedade. Por tal razão, se mostra necessária a percepção de que no ambiente de trabalho, além de se falar em legislação antidiscriminatória, é fundamental discutirmos acerca da existência e eficácia de um direito fundamental ao trabalho,

---

<sup>252</sup> Art. 92 - É assegurado respeito aos homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, de modo a terem preservadas a integridade física e psíquica, em todos os meios de comunicação de massa, como rádio, televisão, peças publicitárias, internet e redes sociais.

<sup>253</sup> Art. 71 - O poder público adotará programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltadas a homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transexuais e intersexuais, para assegurar a igualdade de oportunidades na inserção no mercado de trabalho.

que vede tais práticas e promova a superação das desigualdades, para a efetivação e promoção dos direitos humanos.

Como já dito, o trabalho ocupa uma posição central na vida das pessoas. É a partir dele que os indivíduos satisfazem suas necessidades, transformam o mundo e a si próprios e possuem uma nova oportunidade de construir suas identidades. Além disso, o reconhecimento, a partir do FAZER no trabalho e a possibilidade de as pessoas manifestarem suas individualidades e especificidades no trabalho é uma importante forma de desenvolver livremente suas personalidades.

Assim, se torna de suma importância o empoderamento dos trabalhadores, a fim de que percebam que a centralidade do mundo do trabalho deve ser a pessoa e seus direitos fundamentais. O direito ao trabalho, a dignidade do trabalhador e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade devem gerar ao Estado e à sociedade privada um dever de possibilitar o pleno desenvolvimento de tais direitos fundamentais.

Diante disto, se faz relevante analisar-se, a partir desta perspectiva de existência de um direito fundamental ao trabalho, que garante o conteúdo do próprio trabalho aos trabalhadores, sendo um instrumento de transformação do mundo e de si mesmos e de construção de suas identidades, a realidade de exclusão e discriminações vivenciadas pela comunidade LGBT dentro da nossa sociedade, notadamente dentro do ambiente de trabalho. É o que se pretende fazer no próximo capítulo.

#### **4. A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO/IDENTIDADE SEXUAL COMO VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO TRABALHO E AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE**

##### 4.1. O Direito Fundamental ao Trabalho

A Constituição Federal de 1988 reconheceu o Direito ao Trabalho como um direito fundamental, arrolado ao lado de outros direitos sociais, em seu art. 6º.<sup>254</sup> Além disso, do artigo 7º até o 11º há um significativo rol de disposições constitucionais acerca de direitos dos trabalhadores e proteção aos trabalhadores.

A Carta Magna também consagrou como fundamento da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), estabeleceu o trabalho como um fundamento da ordem econômica (art. 170, caput) e da ordem social (art. 193) e a busca do pleno emprego como um dos seus princípios reitores (art. 170, IV).

Além das disposições constitucionais, importa mencionar que no Direito Internacional o direito ao trabalho está consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 23), no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966 (art. 6,7 e 8), bem como na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 (art. XIV e XV), e no Protocolo de San Salvador Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 (art. 6, 7 e 8).<sup>255</sup> Desta maneira, como menciona Leonardo Wandelli, se torna evidente a centralidade normativa do direito fundamental ao trabalho.<sup>256</sup>

Há de se ressaltar que o direito ao trabalho é o direito social por excelência, o direito social básico. Lembre-se que a primeira concepção de direitos sociais – de acordo com o chamado paradigma de direitos sociais, a partir de 1870 – era de que

---

<sup>254</sup> Há de se salientar que, como lembra Ingo Wolfgang Sarlet, existe alguma resistência por parte de setores da doutrina e da jurisprudência em admitir os direitos sociais como fundamentais. (SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito Privado: o caso Brasileiro. In: *DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO: Uma perspectiva de direito Comparado*. Org. MONTEIRO, Antonio; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo. Coimbra: Almedina, 2007, p. 549)

<sup>255</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI; Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 602.

<sup>256</sup> WANDELLI, 2012, p. 36.

estes somente se aplicavam aos trabalhadores. Os direitos sociais nasceram a partir das reivindicações obreiras, para tentar melhorar a qualidade de vidas dos trabalhadores.

De acordo com Leonardo Wandelli, o direito social ao trabalho é condição para os demais direitos sociais e essa preeminência do direito ao trabalho como condição de possibilidade de outros direitos foi assinalada por aquele a quem se atribui a paternidade da expressão “direito ao trabalho”, Charles Fourier, para quem “a política enaltece os direitos humanos, mas não garante o primeiro e único verdadeiramente útil deles, a saber: o direito ao trabalho.”<sup>257</sup>

Para conceituar os direitos fundamentais sociais, é oportuno mencionar o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet, que diz:

Considerados resultado de uma evolução que radica na já referida Constituição Francesa de 1793 e que passa pela assim denominada “questão social” do século XIX, os direitos fundamentais sociais passaram a ser entendidos como uma dimensão específica dos direitos fundamentais, na medida em que pretendem fornecer os recursos fáticos para uma efetiva fruição das liberdades, de tal sorte que têm por objetivo (na condição de direitos prestacionais) a garantia de uma igualdade e liberdade real, que apenas pode ser alcançada pela compensação das desigualdades sociais.<sup>258</sup>

O mesmo autor ainda dispõe que foi somente com a Constituição de 1988 que os direitos sociais foram efetivamente positivados como condição de direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio. Com a consagração dos direitos sociais como direitos fundamentais, a CF/88 lhes assegurou supremacia e força normativa superior, decorrentes desta positivação no texto constitucional, o que resultou na tendência de se reconhecer aos direitos sociais o mesmo regime jurídico-constitucional estabelecido para os demais direitos fundamentais.<sup>259</sup>

Por esta razão, aos direitos fundamentais sociais também se aplica o disposto no artigo 5º, parágrafo 1º da CF/88, o que significa dizer que tais direitos possuem aplicabilidade direta, de modo a assegurar-lhes a máxima efetividade e eficácia.

Desta maneira, assim como os demais direitos fundamentais, os direitos sociais, em especial o direito ao trabalho, apresentam uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva, de modo que não criam somente direitos, mas também deveres,

<sup>257</sup> WANDELLI, 2012, p. 38.

<sup>258</sup> SARLET, 2001, p. 18.

<sup>259</sup> SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 545.

devendo ser entendidos como direitos subjetivos individuais essenciais à proteção da pessoa humana, bem como expressão de valores objetivos de atuação e compreensão do ordenamento jurídico.

Como destaca Ingo Sarlet, esta dupla dimensão dos direitos fundamentais foi delineada na importante decisão do caso Lüth, de 1958, do Tribunal Constitucional Federal Alemão, a qual reconheceu que os direitos fundamentais não se restringem à condição de direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente ao Estado, mas também constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que influenciam todo o ordenamento jurídico e estabelecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.<sup>260</sup>

Neste sentido, oportuno mencionar os ensinamentos de José Carlos Vieira de Andrade, o qual ressalta que os preceitos atinentes aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, como posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade (ou coletividade), como valores ou fins que esta se propõe respeitar e concretizar.<sup>261</sup>

Assim, tendo os direitos fundamentais sociais uma dupla dimensão, o direito fundamental ao trabalho também terá. Como assevera Fabio Gomes, se aceitarmos a ideia do direito ao trabalho não mais como um clássico direito social – no sentido de direito a uma prestação material exigível em face do Estado – e sim como um direito que leva consigo uma enorme carga normativa, somos também obrigados a aceitar a sua dupla natureza funcional, devendo analisar suas dimensões objetivas e subjetivas.<sup>262</sup>

Como ensina Sarlet, a dimensão subjetiva diz respeito ao fato de serem exigíveis em face de seus destinatários, de forma que se constata, no caso brasileiro, uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido do reconhecimento de um direito subjetivo definitivo (gerador de uma obrigação de prestação por parte do destinatário), pelo menos no plano de mínimo existencial, concebido como garantia das condições materiais mínimas para uma vida com

---

<sup>260</sup> SARLET, 2006, p. 167

<sup>261</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004, p. 115.

<sup>262</sup> GOMES, Fabio Rodrigues, *O Direito Fundamental ao Trabalho: Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-Analítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 95.

dignidade.<sup>263</sup>

Já a perspectiva objetiva dos direitos sociais reflete o liame desses direitos com o sistema de fins e valores constitucionais a serem respeitados e concretizados por toda a sociedade. Desta forma, as normas de direitos sociais possuem uma eficácia dirigente ou irradiante decorrente da perspectiva objetiva, que impõe ao Estado o dever de permanente realização dos direitos sociais, além de permitir às normas de direitos sociais operarem como parâmetro, tanto para a aplicação como para a interpretação do direito infraconstitucional, quanto para a criação de desenvolvimento de instituições, organizações e procedimentos voltados à promoção e proteção dos direitos sociais.<sup>264</sup>

Leonardo Wandelli resume que a dimensão objetiva do direito fundamental ao trabalho tem seus aspectos sintetizados no parágrafo 22 da Observação Geral n.º 18 da ONU, que adota a linguagem desenvolvida pelos órgãos de controle de tratados de direitos humanos, os quais expressam os deveres estatais como obrigações de respeitar, proteger e implementar (proporcionar, facilitar e promover).<sup>265</sup>

Assim, depreende-se que o direito fundamental ao trabalho, entendido como o direito fundamental social por excelência, possui dupla dimensão de construção de direitos e deveres.

De acordo com Leonardo Wandelli, ambas as dimensões mantêm uma relação de complementação e suplementação recíprocas, na qual as dimensões subjetivas que são correspondidas por obrigações objetivas se constituem como elementos da ordem jurídica global da coletividade e em muito excedem apenas a contrapartida lógica de uma posição jurídica subjetiva, na perspectiva do sujeito obrigado a satisfazê-la.<sup>266</sup>

Analisada a estrutura normativa do direito ao trabalho, a partir da perspectiva de dupla dimensão dos direitos fundamentais – dimensão objetiva e subjetiva – se faz importante analisar o conteúdo do direito em questão, a partir dos seguintes questionamentos: quem é o titular do direito ao trabalho? O seu destinatário? Seu conteúdo?

<sup>263</sup> SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 551.

<sup>264</sup> IBIDEM, p. 552.

<sup>265</sup> WANDELLI, 2012, P. 242.

<sup>266</sup> IBIDEM, p. 239-240.

#### 4.1.1. Titularidade

Existe entendimento de que o direito ao trabalho somente se aplicaria a uma classe de pessoas, ou seja, somente aos trabalhadores assalariados. Neste sentido podemos citar o disposto por Ingo Sarlet, que afirma que *“em princípio toda pessoa pode ser titular de direitos sociais, o que não significa a inexistência de restrições, como aquelas impostas em função de específicas condições do titular do direito, caso dos direitos dos trabalhadores.”*<sup>267</sup>

Ocorre que, como direito fundamental, vige para o direito ao trabalho o princípio da universalidade, de modo que o direito ao trabalho é um direito de todas as pessoas. Assim, compartilhamos do entendimento de que a titularidade do direito ao trabalho é universal, assim como os são todos os demais direitos fundamentais. Como pondera Fabio Gomes, é mais adequado atribuir a titularidade do direito ao trabalho a todas as pessoas humanas.<sup>268</sup>

Desta maneira, para que se fale na titularidade universal do direito ao trabalho, há de se ressaltar a diferença entre titularidade deste direito fundamental e a capacidade de seu exercício. Como ressalta Fabio Gomes, diferente da noção de alguns autores de que não haveria sentido em atribuir a toda e qualquer pessoas a titularidade do direito ao trabalho quando, a rigor, os menores de 16 anos não estariam aptos a trabalhar, é mais adequado atribuir a toda e qualquer pessoa a titularidade do direito fundamental ao trabalho e relegar ao legislador (constituente ou ordinário) o poder de restringir a capacidade de exercício do direito ao trabalho. Tal autor justifica tal entendimento exemplificando que embora exista a restrição ao exercício de tal direito, é possível imaginar situações em que aqueles que não possuem a capacidade de exercício do direito ao trabalho o exercem, e por tal motivo não há como se negar proteção a tais pessoas.<sup>269</sup>

Leonardo Wandelli também afirma que o direito ao trabalho não é um direito estatutário, de uma parcela da população, mas como um direito universalmente assegurado a todas as pessoas. O mesmo autor ainda argumenta que tanto os trabalhadores assalariados e não assalariados quanto trabalhadores descartados se

---

<sup>267</sup> SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 554.

<sup>268</sup> GOMES, 2008, p. 152.

<sup>269</sup> IDEM.

expressam na reivindicação desse direito e denunciam o seu desrespeito.<sup>270</sup> Assim, há de se deixar claro que o direito fundamental ao trabalho não se resume a ser um direito fundamental apenas dos trabalhadores assalariados.

Diante da centralidade do trabalho na vida das pessoas, diante do fato de ser o trabalho um direito fundamental dos seres humanos de possuírem a chance de reconstruir suas identidades, não há como cogitar a proteção do direito ao trabalho somente ao trabalhador assalariado. Como ressalta Wandelli, o direito ao trabalho está pendente de acertar as contas com os seus excluídos e abrir-se a intermediar a luta por reconhecimento também daqueles que não se encaixam na *mainstream* do assalariamento.<sup>271</sup> Assim, compartilhamos do entendimento de que a titularidade do direito ao trabalho é universal, ou seja, de todas as pessoas.

#### **4.1.2. Destinatário – Eficácia Interprivada do Direito Fundamental ao Trabalho**

Identificada a titularidade do direito ao trabalho, passemos a analisar quem é o destinatário de tal direito. Quanto ao destinatário do direito ao trabalho, a partir desta dupla dimensão do direito fundamental ao trabalho, passou-se a verificar a necessidade de vinculação e eficácia de tal direito não somente ao Estado, mas também a particulares. Ou seja, os entes privados devem ser encarados também como destinatários de tal direito fundamental. Isto porque em uma relação jurídica concreta muitas vezes é o particular que se encontra na posição de destinatário do direito ao trabalho.

Ingo Sarlet relata que, diante da dupla dimensão dos direitos fundamentais sociais (negativa (defensiva) e positiva (prestacional)), há de se perceber que em ambas os direitos sociais geram efeitos nas relações entre particulares, devendo ser garantida sua eficácia.<sup>272</sup> Assim, como assevera Fabio Gomes, além daquele sujeito obrigado por excelência – o Estado –, passou-se a cogitar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações travadas diretamente entre particulares.<sup>273</sup>

Ingo Sarlet estabelece como ponto de partida para a presente discussão a

<sup>270</sup> WANDELLI, 2012, p. 207/339.

<sup>271</sup> IBIDEM, p. 207.

<sup>272</sup> SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 555.

<sup>273</sup> GOMES, 2008, p. 153.

premissa de que os direitos fundamentais (inclusive os sociais) são constantemente marcados por grandes contrastes econômicos, sociais e mesmo culturais, sendo violados e ameaçados na esfera das relações privadas.<sup>274</sup> Sabemos que nas relações de trabalho as partes contratantes não se encontram em situação de igualdade de condições para negociar. O estado de dependência econômica que o trabalhador se encontra lhe compromete o mínimo de igualdade e liberdade necessárias para exercer sua autonomia privada.

Como esclarece Juan Maria Bilbao Ubillos, esta falta de simetria permite que a parte, que por razões econômicas ou sociais se encontra em posição de dominância, condicione a decisão da parte mais fraca.

Lo que se ejerce en estos casos es un poder formalmente privado (en lo que concierne a su frente y a los sujetos implicados), pero que se ejerce con formas de coacción y autoridad asimilables sustancialmente a las propias de los derechos publicos.<sup>275</sup>

Assim, percebeu-se que existiam situações nas quais não é suficiente proteger os direitos fundamentais somente das ingerências estatais, se mostrando importante protegê-los também de todas as formas de abuso de poder, de arbitrariedade ou da colisão entre poder e liberdade, inclusive entre pessoas privadas.

Nesta situação, encontra-se o Direito Fundamental ao Trabalho, uma vez que, na grande maioria das vezes, tal direito se opera em relações entre particulares, nas quais o poder do empregador constitui-se como uma ameaça ao livre exercício do direito ao trabalho.

Como ensina Ingo Sarlet, existem direitos sociais, que é o caso do direito fundamental ao trabalho, que se dirigem essencialmente, ainda que não de modo exclusivo, aos particulares. Ou seja, o direito fundamental ao trabalho possui como destinatário principal um agente particular, devendo também neste caso ser garantida a eficácia deste direito fundamental.<sup>276</sup>

De acordo com Bilbao Ubillos, “los derechos fundamentales deben protegerse frente al poder, sin adjetivos, y el sistema de garantías, para ser

<sup>274</sup> SARLET, 2007, p. 122.

<sup>275</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos particulares? In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003, p. 302.

<sup>276</sup> SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 555.

coherente y eficaz, debe ser polivalente, debe operar en todas las direcciones”. O mesmo autor ainda complementa que:

“durante los últimos años, se ha ido extendiendo la convicción de que la tutela de los derechos constitucionales sería incompleta si no cubriera de algún modo los ataques procedentes de los sujetos privados o del propio Estado cuando actúa sometido al Derecho privado.<sup>277</sup>

Ingo Sarlet, acerca da eficácia interprivada dos direitos fundamentais sociais, explica que **todos** os direitos fundamentais vinculam de algum modo os particulares e geram, de algum modo, efeitos diretamente nas relações entre agentes privados, sendo que há de se tomar tal afirmação no sentido de uma eficácia direta *prima facie*, isto é, como em princípio aplicável, já que existem direitos fundamentais cujo destinatário principal é o Estado e outros direcionados diretamente e em primeira linha aos particulares.

Verificada a necessidade de proteção dos direitos fundamentais sociais também de violações por particulares, surgiram quatro teorias acerca da possível eficácia dos direitos fundamentais entre entes privados. São elas:

A primeira é a teoria que prega a **eficácia mediata (indireta)** dos direitos fundamentais face à entes privados, que se mostra como uma teoria intermediária, condiciona a operatividade dos direitos fundamentais no campo das relações privada à mediação de um órgão estatal (ou o legislador – via legislativa ou o juiz – via jurisdicional).<sup>278</sup>

Como ensina Virgílio Afonso da Silva, a solução proposta pela teoria indireta é a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio direito privado.<sup>279</sup> Fábio Gomes pondera que, por trás desta concepção doutrinária, está o forte temor de que a aplicação sem peias das normas constitucionais levasse ao extermínio da autonomia privada.<sup>280</sup>

A segunda é a teoria que prega a **incidência imediata (direta)** dos direitos fundamentais nas relações privadas, em que os direitos fundamentais não atuam apenas como norte da conduta para a atividade legislativa ou como regra hermenêutica dirigida aos magistrados, desempenhando um papel de norma de

<sup>277</sup> UBILLOS, op. cit. 2003, p. 303/306

<sup>278</sup> IBIDEM, p. 309.

<sup>279</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, P. 76.

<sup>280</sup> GOMES, 2008, p. 154.

comportamento apta a incidir no conteúdo das relações entre particulares, possuindo um efeito absoluto.<sup>281</sup>

Desta forma, tal teoria supõe que, independentemente de existir lei proibitiva ou permissiva e de ajuste de vontade entre as partes ter sido efetuado com amparo na autonomia individual, o caráter normativo da Constituição exigiria a consideração imediata dos direitos fundamentais por elas consagrados.<sup>282</sup>

Virgílio Afonso da Silva explica que, quando se fala em aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, quer-se dizer que, da mesma forma como são aplicados nas relações entre o Estado e os cidadãos, não é necessária nenhuma ação intermediária para que sejam também aplicáveis nas relações interprivados.<sup>283</sup>

Existem autores que fundamentam a eficácia direta dos direitos fundamentais interprivados com base no artigo 5, parágrafo primeiro, da CF. Como mencionado por Vergílio Afonso da Silva, Leonardo Mattietto acredita que os valores e princípios constitucionais devem ter sua eficácia reconhecida não somente quando assimilados pelo legislador, mas também diretamente às relações entre particulares, em virtude da determinação segundo a qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.<sup>284</sup>

Há de se esclarecer que alguns autores que reconhecem a eficácia direta dos direitos fundamentais sociais entre particulares ressaltam a necessidade de observância a alguns limites, sendo necessária uma ponderação em cada caso concreto. Ingo Sarlet afirma que é necessário construir critérios materiais robustos para uma correta ponderação à luz do caso concreto, com destaque para as exigências de proporcionalidade.<sup>285</sup> Bilbao Ubillos também ressalta a necessidade de ponderação em cada caso concreto.<sup>286</sup>

Temos ainda uma terceira teoria, denominada de **state action**, que é uma solução alternativa, norte-americana, a qual propõe que em duas situações específicas há uma prolongação da tutela dos direitos fundamentais também para controvérsias surgidas entre particulares, quais sejam: a) quando particulares

---

<sup>281</sup> GOMES, 2008, p. 156.

<sup>282</sup> IDEM.

<sup>283</sup> AFONSO DA SILVA, op. cit. 2005, p. 86.

<sup>284</sup> IBIDEM, p. 57

<sup>285</sup> SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 558.

<sup>286</sup> UBILLOS, 2003, p. 334.

desenvolvem atividades que são consideradas como uma função própria do Estado e b) quando se detecta uma conexão ou implicação estatal significativa na ação impugnada.<sup>287</sup>

Segundo Virgilio da Silva, a doutrina do state action, ao invés de negar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, tem como objetivo justamente definir em que situações uma conduta privada está vinculada às disposições dos direitos fundamentais. O mesmo autor ainda esclarece que a prática jurisprudencial norte americana tem mostrado uma realidade, ainda que encoberta, de que os direitos fundamentais vinculam, de alguma forma, os indivíduos nas suas relações entre si, já que a Suprema Corte do EUA, quando pretende coibir um ato privado violador de direitos fundamentais, encontra algum artifício para equipará-lo a um ato público.<sup>288</sup>

Por fim, temos uma quarta teoria, chamada **deveres de proteção**, a qual prolonga a aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais para além do mero preenchimento das cláusulas gerais de direito privado, obrigando o Estado a atuar positivamente, ainda que seja para proteger um cidadão contra o outro também nas relações entre si. Um dos defensores de tal teoria é o Professor Claus-Willhelm Canaris.<sup>289</sup>

Estas teorias, cada uma a sua maneira, propõem a proteção dos direitos fundamentais também entre entes privados, ou seja, propõem que os entes privados também sejam considerados destinatários dos direitos fundamentais, se fazendo necessária a proteção de tais direitos também diante de uma relação privada, como é a relação de trabalho.

Há de se destacar que, independentemente de qual teoria utilize-se, há de se conceder uma eficácia interprivada dos direitos fundamentais, em especial dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Virgilio Afonso da Silva destaca que, de maneira geral, há certa concordância sobre a produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações que extrapolem a díade indivíduo-Estado, sendo que diversos países já tratam do tema de forma sistemática, como Alemanha, Áustria,

---

<sup>287</sup> UBILLOS, 2003, p. 318.

<sup>288</sup> AFONSO DA SILVA, 2005, p. 102.

<sup>289</sup> GOMES, 2008, p. 157.

Inglaterra, Espanha, Suíça, Canadá, Itália e Israel.<sup>290</sup>

Como ensina Bilbao Ubillos, “*la verdadera solución es el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.*”<sup>291</sup>

Fabio Gomes ainda complementa que, no caso brasileiro, não há qualquer incompatibilidade entre as teorias acima definidas e o ordenamento pátrio, sendo que não se encontra óbice à aplicação direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, em especial diante do art. 5, parágrafo 1 da CF/88, que tem o reforço argumentativo necessário para amparar tal situação.<sup>292</sup>

Assim, depreende-se que, no que toca ao direito fundamental ao trabalho, se mostra de especial relevância a concessão de eficácia interprivada dos direitos fundamentais, já que tal direito normalmente se concretiza entre relações privadas.

Há de se conceder condições para concretização dos direitos fundamentais no âmbito do trabalho também entre agentes particulares, reconhecendo a polivalência dos direitos fundamentais. Faz-se relevante reconhecer que, independentemente de quem seja o destinatário do direito fundamental ao trabalho – se o Estado ou se uma pessoa privada –, este permanecerá sendo sempre um direito fundamental que exige proteção e condições de eficácia para todas as situações.

Estabelecido quem são os destinatários do direito fundamental ao trabalho e sua necessária concessão de eficácia interprivada, faz-se importante analisar qual é o conteúdo deste direito fundamental.

#### **4.1.3. Conteúdo do Direito ao Trabalho**

Por fim, urge analisarmos qual é o conteúdo do direito em questão. Inicialmente, é relevante salientar que vivenciamos, na atualidade, de forma geral, um silenciamento do direito fundamental ao trabalho. Há um déficit em relação a dar importância ao trabalho como direito fundamental.

Como destaca Leonardo Wandelli, há um “esquecimento” do direito ao trabalho, mesmo dentre a melhor doutrina. Na doutrina que se dedica especificamente ao direito ao trabalho, é comum que este seja tratado do ponto de

<sup>290</sup> AFONSO DA SILVA, op. cit. 2005, p. 66-67.

<sup>291</sup> UBILLOS, 2003, p. 320.

<sup>292</sup> GOMES, op. cit. 2008, p. 164.

vista do acesso a um posto de trabalho e de permanência neste posto. Ou seja, embora haja uma centralidade normativa sobre o tema, há um baixo desenvolvimento científico para a matéria.<sup>293</sup> Assim, embora fique clara a centralidade normativa do direito ao trabalho, o conteúdo jurídico de tal princípio não possui a mesma unanimidade de concepção.

Como afirma Leonardo Wandelli, há uma generalizada redução do conteúdo do direito ao trabalho. A redução do sentido do trabalho na modernidade capitalista se reflete em termos de um esvaziamento de conteúdo da categoria jurídica central no direito ao trabalho, em que o trabalho é explícita ou implicitamente entendido apenas como uma forma de trabalho, o trabalho assalariado, e nele se vê apenas um meio de subsistência, no qual se alcançam apenas as condições elementares para a vida, mas não uma forma essencial de realização do humano e desenvolvimento de sua individualidade.<sup>294</sup>

Ocorre que o trabalho é mais do que apenas um meio de subsistência: ele funciona como porta de acesso à participação da vida em sociedade. Quando se pensa em cidadania, há de se pensar em trabalho, uma vez que é partir de dele que as pessoas participam de uma vida digna.

O direito ao trabalho não é meramente o direito a um posto de trabalho assalariado. Também há de se romper com a tendência do capitalismo de mercantilização do trabalho, entendendo-o apenas como uma mercadoria de força de trabalho. Tal visão simplista é restritiva do direito ao trabalho. Este direito não pode ser entendido unicamente como o cumprimento de uma obrigação pelo trabalhador de se sujeitar ao mercado de trabalho, mas sim do exercício de um direito fundamental.<sup>295</sup>

Como esclarece Dejours, o trabalho não está reduzido às relações sociais que o enquadram, nem ao assalariamento, tampouco ao poder.<sup>296</sup> O trabalho não realiza o interesse do empregador: quem trabalha não trabalha só para o outro, mas para si mesmo, consigo mesmo.

Como já dito anteriormente, o trabalho é um instrumento de autorrealização e de transformação do próprio indivíduo, a partir da construção de sua identidade. O

---

<sup>293</sup> WANDELLI, 2012, p. 292-293.

<sup>294</sup> IBIDEM, p. 42.

<sup>295</sup> IBIDEM, p. 211.

<sup>296</sup> DEJOURS, *Addendum*, 2011, p. 78.

trabalho não consiste unicamente em transformar o mundo, o coletivo, mas também transformar-se a si próprio.

Como já salientado no tópico 1.5, de acordo com Dejours, o trabalho, além de transformar o mundo em um lugar mais habitável, também é uma atividade de produção em que se concretizam e objetivam a inteligência e o engenho humano, na qual trabalhar participa de um processo de subjetivação.<sup>297</sup>

Leonardo Wandelli também esclarece que o que se pode chamar de direito ao trabalho digno não pode ser reduzido a um posto de trabalho em que se assegurem mínimos de subsistência e se evitem formas mais graves de degradação. Muito além disso, aquele que trabalha tem direito ao conteúdo do próprio trabalho em sentido concreto, o que implica condições positivas e negativas da atividade, da organização e do ambiente de trabalho necessárias para que o trabalho possa gerar o melhor, em vez de gerar o pior.<sup>298</sup>

Aqui é importante ressaltar o prejuízo causado por aquilo que denomina na doutrina de Direito do Trabalho como alienidade, que significa entender o trabalho assalariado como aquilo que só interessa ao tomador dos serviços, não ao trabalhador, de forma que aquele que trabalha o faz somente para o outro e não para si mesmo. Deve-se perceber que tal “alienidade” é o que esvazia o direito ao trabalho no interior do direito do trabalho, uma vez que como ensina a psicodinâmica do trabalho, quem trabalha também o faz para si mesmo, consigo mesmo e não somente para o outro.

Neste sentido, Wandelli destaca que

Surge como evidente necessidade de ampliar-se o domínio de extensão do direito do trabalho nas visões mais tradicionais, passando de uma perspectiva meramente patrimonialista que vê no trabalho apenas o interesse do tomador de serviços, para ver-se neste mesmo ato, a dimensão pessoal, social e política do trabalho, na perspectiva de que o trabalho também é feito para si, consigo mesmo e com outrem, como exercício de um direito humano e fundamental de múltiplas dimensões.<sup>299</sup>

O direito fundamental ao trabalho não pode ser entendido unicamente como o direito a um posto de trabalho ou como aquele que satisfaz somente as necessidades do empregador, sob a pena de se invisibilizar um direito que

---

<sup>297</sup> DEJOURS, Ch. (2011). «Trabalhar» não é «derrogar». *Laboreal*, 7, (1), 76-80. <http://laboreal.up.pt/revista/artigo.php?id=48u56oTV6582235338949::5542>. p. 77/78.

<sup>298</sup> WANDELLI, 2012, p. 290-291.

<sup>299</sup> IBIDEM, p. 72.

possibilite a autorrealização e o autodesenvolvimento dos indivíduos.

Como salienta Wandelli, há de se incluir como dimensão central do conteúdo do direito ao trabalho o direito ao conteúdo do próprio trabalho. Desta forma, ele apresenta três níveis do conteúdo do direito ao trabalho: i) o direito ao trabalho como primeiro direito humano e fundamental; ii) o direito ao trabalho nas formas não assalariadas de trabalho e iii) o direito ao trabalho e ao conteúdo do próprio trabalho no âmbito de relações assalariadas.<sup>300</sup>

Para Thereza Cristina Gosdal, o trabalho constitui atividade vital para o homem, meio de manter sua existência física, sendo que somente o homem pode fazer esta atividade livre e consciente. A mesma autora ainda esclarece que o trabalho é elemento central na vida dos indivíduos, fonte de recursos que garantem seu sustento e de formação de sua identidade e reconhecimento social. É um direito caracterizador da sociedade humana atual.<sup>301</sup>

Desta maneira, deve-se entender que o trabalho ocupa uma posição central na vida das pessoas, sendo através dele que os indivíduos têm a oportunidade de reconstruir suas identidades, através da busca por reconhecimento/gratificação. Assim, o direito ao trabalho é muito mais do que o direito a um posto de trabalho, ele é o direito a ter uma vida digna, a desenvolver a subjetividade de cada um.

Como acrescenta Ingo Sarlet, o direito ao trabalho, compreendido como um direito fundamental dotado de dupla dimensão objetiva e subjetiva, assume uma função negativa e positiva, sendo que na função positiva o direito ao trabalho poderá não implicar um direito subjetivo a um lugar de trabalho (emprego), mas se traduz na exigência (dever constitucional) de promover políticas de fomento de criação de empregos, de formação profissional e qualificação do trabalhador, entre outras e, por outro lado, o direito ao trabalho se decompõe em um leque de normas atributivas de direitos, liberdades e garantias do trabalhador, bem como um conjunto de princípios e regras de cunho organizacional e procedimental (como o direito a um salário mínimo, garantia de jornada de trabalho, proibições de discriminação) que, no seu conjunto, asseguram um direito ao trabalho em condições dignas.<sup>302</sup>

---

<sup>300</sup> WANDELLI, 2012, p. 289.

<sup>301</sup> GOSDAL, 2007, p. 93/94.

<sup>302</sup> SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 603.

Além desta perspectiva, que por si só já seria justificadora do reconhecimento de que o direito ao trabalho é um direito fundamental das pessoas e não é somente o direito a ter um meio de subsistência ou um posto de trabalho, há ainda de se mencionar a perspectiva desenvolvida por Leonardo Wandelli acerca da relação entre trabalho e necessidades, sendo o trabalho um verdadeiro satisfator de necessidades humanas.<sup>303</sup>

Neste sentido, o autor assevera que aparecem diversas relações entre o trabalho e necessidades, que podem ser classificadas da seguinte forma: i) o trabalho é, ele mesmo, uma necessidade – já que o humano não se realiza sem o trabalhar, no sentido de se fazer atuar, de transformar o mundo e a si mesmo; de forma que o trabalho é parte absolutamente essencial do desenvolvimento da subjetividade e a autorrealização; ii) o trabalho produz bens que satisfazem as necessidades dos sujeitos viventes ou servem como instrumentos de trabalho; iii) mediante o trabalho, no âmbito da divisão social do trabalho, os seres humanos atualizam e criam novas necessidades, que se adicionam ou se chocam com as existentes, exigindo novas valorações e novas relações de preferência; iv) sendo o trabalhar uma necessidade, o trabalho, como conjunto de atividades e relações, se desdobra em um bem, um valor de uso, que é diretamente satisfator de necessidades.

Estas quatro diferentes relações entre o trabalho e necessidade devem aparecer na noção de direito ao trabalho. Por este motivo, para Wandelli, o direito ao trabalho, a partir desta concepção, apresenta-se como o direito mais proximamente vinculado à produção, reprodução e desenvolvimento da vida digna dos sujeitos em comunidade, nas diversas formas em que se relaciona com as necessidades.

É a partir desses dois aspectos que Leonardo Wandelli desenvolve a reconstrução do direito ao trabalho, redimensionando o seu conteúdo. Isso será abordado, na fundamentação do direito ao trabalho, sob duas vertentes. Uma considerará as complexas relações entre trabalho e necessidades: o trabalho como necessidade, como criador de necessidades, como criador de objetos satisfatórios de necessidades e ele próprio, como diretamente satisfator, o trabalho como valor de uso para o sujeito. Outra considerará as relações entre o trabalho e a dinâmica

---

<sup>303</sup> WANDELLI, 2012, 151-157.

da luta por reconhecimento e contra o desrespeito.<sup>304</sup>

Como cita o mesmo autor, o direito ao trabalho, institucionalmente considerado, constitui o conteúdo normativo que veicula, no interior do sistema jurídico, na forma de um direito fundamental, os comandos jurídicos que afirmam o potencial do trabalho em termos de realização das necessidades e de reconhecimento das pessoas, funcionando como expressão da irreduzibilidade do trabalho vivo.<sup>305</sup>

Assim, depreende-se que o direito ao trabalho exerce um papel central na vida das pessoas, uma vez que o trabalhar, além de satisfazer as necessidades dos indivíduos, possibilita a construção de suas identidades, o desenvolvimento de suas personalidades, a partir do reconhecimento experimentado pelo exercício de tal direito fundamental.

O direito ao trabalho não é somente o direito a um posto de trabalho, mas sim o direito a ter uma vida digna, a ser reconhecido e a satisfazer as necessidades do ser humano no trabalho. Ou seja, o trabalho possui a função, ele próprio, de construção da identidade, por meio do reconhecimento e, para além dele, do aprendizado de honrar a vida por meio do trabalho.

Desta forma, há de se ter em mente sempre que o direito ao trabalho não é um direito garantidor das necessidades apenas do empregador, mas também das necessidades de desenvolvimento da personalidade do trabalhador. De acordo com Fabio Gomes, este direito não garante somente o mínimo existencial de humanidade das pessoas, mas também deve garantir igual oportunidade de desenvolvimento da personalidade de cada um.<sup>306</sup>

Assim, depreende-se que o direito ao trabalho é um direito fundamental de todas as pessoas de poder satisfazer suas necessidades através do trabalhar, de ter direito ao conteúdo de seus próprios trabalhos, para que além de que essas pessoas mudem o mundo pelo trabalho, também possam transformar-se a si próprias, tendo a possibilidade de desenvolver suas personalidades a partir do trabalho.

É preciso perceber que as situações de discriminação, em especial em razão da orientação ou identidade sexual das pessoas, violam frontalmente o direito

---

<sup>304</sup> IBIDEM, p. 77

<sup>305</sup> WANDELLI, 2012, p. 73.

<sup>306</sup> GOMES, 2008, p. 348.

fundamental em questão, já que violam a possibilidade de os indivíduos satisfazerem suas necessidades, criarem suas identidades, serem reconhecidas pelo fazer no trabalho e de desenvolverem suas personalidades.

Ademais, é oportuno mencionar que, conforme dispõe a Observação Geral n. 18 da CDESC da ONU, a desigualdade de condições de acesso ao trabalho também é um caso de violação ao direito fundamental ao trabalho. Por tal razão, torna-se relevante, neste momento, analisar o direito ao trabalho e o trabalho a partir da perspectiva de ser um instrumento para o desenvolvimento da personalidade de cada um e de ser a discriminação enfrentada pela comunidade LGBT, tanto de acesso como de manutenção do trabalho, um obstáculo a concretização de tais direitos.

#### 4.2. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade no Trabalho e a Diversidade Sexual

##### 4.2.1. Os Direitos da Personalidade e a diversidade sexual

Para a ordem civil, a personalidade é a aptidão para ter direitos e contrair deveres. Como explica Bezerra Leite, a rigor, personalidade não é um direito, mas um conjunto de atributos e características da pessoa humana. É, pois, objeto do direito.<sup>307</sup>

Importa esclarecer que foi na esfera do Direito Civil, especialmente no século XX, que tanto a teorização (inclusive a noção de direitos da personalidade) quando a concreta regulação da proteção da personalidade, tiveram o seu principal impulso e desenvolvimento, que resultaram, após a Segunda Guerra Mundial, na incorporação de cláusulas gerais de proteção e promoção da personalidade nas constituições e tratados internacionais de direitos humanos, sem prejuízo da evolução no plano infraconstitucional. Na atualidade, os direitos da personalidade

---

<sup>307</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Os Direitos da Personalidade na Perspectiva dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional do Trabalho. Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n9/3.pdf>. Acessado em 17.12.12

são considerados como constituindo o principal ponto de contato entre o direito constitucional e o direito civil.<sup>308</sup>

Os direitos da personalidade são espécies de direitos humanos, pois inerentes à pessoa. Como esclarece Ingo Sarlet os direitos pessoais ou da personalidade são sempre direitos fundamentais – na medida em que correspondem a exigência da promoção e proteção da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade –, embora nem todo direito fundamental seja um direito da personalidade.<sup>309</sup> Em outras palavras, os direitos da personalidade são aqueles que reconhecem e protegem os direitos vinculados à identidade e integridade pessoal dos indivíduos.

Alexandre Agra Belmonte afirma que os direitos da personalidade são os direitos interiores, de que o sujeito de direito necessita para preservar a sua integridade física, intelectual e moral. São direitos destinados à defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.<sup>310</sup> Bezerra Leite explica que os direitos de personalidade são espécies de direitos inerentes à dignidade humana, que têm por objeto a proteção da incolumidade física, psíquica e moral da própria pessoa.<sup>311</sup> Jose Antônio Peres Gediel ainda assevera que os direitos da personalidade tentam responder à exigência de adequada tutela jurídica às projeções essenciais do homem em sociedade.<sup>312</sup>

Ou seja, os direitos da personalidade são aqueles que pretendem reconhecer e proteger as condições para que os sujeitos possam desenvolver sua identidade e se autorrealizarem. Por este motivo, tais direitos estão umbilicalmente relacionados ao direito fundamental ao trabalho e ao trabalho na perspectiva de Dejours, como instrumento de autorrealização e de desenvolvimento da personalidade de cada um. E, ainda, relacionados ao trabalho, entendido pela visão

---

<sup>308</sup> SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 381

<sup>309</sup> SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 380.

<sup>310</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. Instituições Cíveis no Direito do Trabalho: Curso de Direito Civil aplicado ao Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2009, p. 75.

<sup>311</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Os Direitos da Personalidade na Perspectiva dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional do Trabalho*. Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n9/3.pdf>. Acessado em 17.12.12

<sup>312</sup> GEDIEL, Jose Antonio Peres. A Irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 149.

de Wandelli, como um satisfator de necessidades humanas de desenvolvimento da corporalidade humana e de reconhecimento.<sup>313</sup>

Analisado o conceito de direito da personalidade e sua relação com o trabalho, há de se entender o seu conteúdo. No ordenamento jurídico pátrio, os direitos à personalidade estão protegidos pela Constituição Federal, no art. 5º, caput, incisos V e X, ao considerar invioláveis a vida, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando a indenização por danos materiais e morais decorrente de sua violação.

Ademais, o Código Civil Brasileiro de 2002 enumerou os direitos da personalidade entre os arts. 11 a 21. Já a CLT prevê norma expressa sobre direitos de personalidade nos arts. 482, alínea j, e 483, alínea e, que consideram motivo justo para resolução do contrato de trabalho a lesão à ofensa à honra e à boa fama e no art. 373-A, inciso VI, introduzido pela Lei nº. 9.799, de 26-05-1999, que veda a revista íntima nas empregadas.<sup>314</sup>

Diante de tais dispositivos legais e, embora varie muito entre os autores, de maneira geral, os direitos da personalidade são apontados como sendo os seguintes: corpo e vida; liberdade; honra; estado; nome; direito moral de autor; direito à própria imagem; direito à intimidade; direito ao cadáver; direito ao segredo epistolar; direitos extrapatrimoniais ou intransmissíveis etc.<sup>315</sup>

Assim, os direitos da personalidade são comumente divididos em direitos à integridade física (direito à vida, liberdade, subsistência, integridade física e saúde), direito à integridade intelectual (direito à liberdade de pensamento, direito pessoal de autor científico, artístico e de inventor) e direitos à integridade moral (à intimidade, vida privada, honra, imagem).<sup>316</sup>

No entanto, merece ser destacado o fato de que estes aspectos estão essencialmente vinculados somente à dimensão estática da personalidade, como respeito à integridade de algo que já se tem, e não tanto ao caráter dinâmico e constitutivo da personalidade, que depende das condições e mediações necessárias

---

<sup>313</sup> WANDELLI, 2012, p. 290.

<sup>314</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Os Direitos da Personalidade na Perspectiva dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional do Trabalho*. Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n9/3.pdf>. Acessado em 17.12.12

<sup>315</sup> IDEM.

<sup>316</sup> BELMONTE, 2009, p. 76.

a sua formação e à conquista, sempre provisória, da identidade, conceito da psicodinâmica do trabalho que utilizamos neste estudo.

Como ensina Dejours, a personalidade é a uma estrutura dinâmica que resulta da sedimentação dos dramas da infância das pessoas, conferindo a elas certa estabilidade, e que, a partir do recurso da conquista da identidade, permite problematizar a tensão entre o que é proveniente do passado e que confere estabilidade e o que na atualidade pode desestabilizar o sujeito ou provocar crises de alteração. O mesmo autor ainda finaliza afirmando que “nesta perspectiva a identidade conserva sempre certa precariedade, não sendo jamais definitivamente conquistada”.<sup>317</sup>

Ou seja, a personalidade merece ser entendida como um produto dinâmico das relações sociais, de forma que também deve ser protegida no que toca às condições e mediações necessárias a sua formação e à conquista da identidade.

Outrossim, o rol de direitos da personalidade mencionados nos dispositivos legais acima mencionados é meramente exemplificativo, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da CF/88. Como ensina Ingo Sarlet, a proteção do direito de personalidade é uma proteção abrangente em relação a toda e qualquer forma de violação aos bens da personalidade. Existe, portanto, uma cláusula geral e aberta de proteção e promoção da personalidade que, no caso brasileiro, tem-se fundado no princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>318</sup>

De acordo com Ingo Sarlet, na Constituição Federal, embora não haja menção expressa a um direito geral da personalidade, a doutrina e a jurisprudência têm recorrido ao princípio da dignidade da pessoa humana como principal fundamento geral da personalidade no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, em virtude da existência de uma cláusula geral e aberta de proteção à promoção da personalidade.<sup>319</sup> Assim, os dispositivos legais que tratam acerca de direitos de personalidade não devem ser entendidos como um rol taxativo, já que a dignidade intrínseca a todas as pessoas deve ser amplamente protegida.

Neste sentido, os direitos de personalidade possuem o papel fundamental de garantir o núcleo de individualidade do sujeito que não pode ser atingido por uma

---

<sup>317</sup> DEJOURS, *Alienação e clínica no trabalho*, 2011, p. 298.

<sup>318</sup> SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 385.

<sup>319</sup> IDEM.

decisão/opinião da maioria e que, ainda quando não estiverem expressos na legislação, poderão ser invocados com base na tutela ao livre desenvolvimento da personalidade contida no princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>320</sup>

Ingo Sarlet ainda complementa que a existência de uma série de direitos especiais de personalidade consagrados textualmente não faz com que a cláusula geral de proteção à personalidade tenha um caráter meramente complementar ou até mesmo simbólico, pelo contrário, assume a condição de direito fundamental autônomo, destinado a assegurar a livre formação e desenvolvimento da personalidade, a proteção à liberdade de ação individual e a proteção da integridade pessoal em sentido integral.<sup>321</sup>

O autor também esclarece que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito geral de personalidade, como expressão direta do postulado básico da dignidade humana, abarca toda manifestação essencial à personalidade, de modo especial o direito à identidade pessoal e moral.<sup>322</sup>

Desta maneira, a proteção ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade como o direito que as pessoas possuem de manifestar suas individualidades e de se realizar como pessoas únicas, não deve ser reduzido às formas previstas em lei.

Frise-se que há diversas outras formas de expressar a identidade/personalidade que não estão expressamente positivadas, tais como as questões relacionadas à identidade e orientação sexual. Há de se ressaltar que o direito à identidade da pessoa inclui o direito à identidade sexual, que está implícito no direito ao livre desenvolvimento da personalidade.<sup>323</sup>

Como afirmam Menezes e Oliveira,

Consequência da construção da subjetividade do indivíduo, a identidade e orientação sexual são partes de sua personalidade, donde se concebe um direito ao autodesenvolvimento sustentado por um pilar básico – o respeito à sua autonomia ético-existencial. Sendo assim, embora não previstos textualmente, os direitos à identidade e à liberdade de orientação sexual estão inseridos no conteúdo de tutela da dignidade da pessoa, pois não se

<sup>320</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso. *O Direito à Orientação Sexual como Decorrência do Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1770/1410>. Acessado em 18.12.2012.

<sup>321</sup> SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 385.

<sup>322</sup> SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 386.

<sup>323</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso. *O Direito à Orientação Sexual como Decorrência do Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1770/1410>. Acessado em 18.12.2012.

cogita falar em autonomia ético-existencial se não for dado ao indivíduo sequer o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade.<sup>324</sup>

Desta maneira, diante do fato de que os direitos da personalidade são direitos fundamentais de proteção de todos os elementos que compõem a subjetividade humana, há de se estender a sua garantia e proteção para todas as diferentes formas de expressão da identidade e personalidade de cada um, mesmo que não haja específica previsão legal para tanto.

Ou seja, o direito à livre manifestação da sexualidade de cada um se mostra como um direito fundamental da personalidade, que deve ser protegido, notadamente nas relações de trabalho, já que, como anteriormente dito, o trabalho exerce uma função de instrumento de construção da identidade das pessoas.

Desta forma, há ainda de se perceber a relação existente entre os direitos da personalidade, os quais servem para reconhecer e proteger os direitos vinculados à identidade dos indivíduos, e o direito fundamental ao trabalho, como fator de construção da identidade e de desenvolvimento da personalidade das pessoas.

Faz-se necessário mudar o entendimento majoritário no sentido de que os direitos de personalidade e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade somente se relacionam aos direitos a serem exigidos do Estado (imagem, honra, vida, intimidade). Isto porque, como dito anteriormente, a construção da subjetividade das pessoas e, em consequência, de sua personalidade, se dá em dois campos: nas relações afetivas e nas relações sociais, ou seja, no trabalho.

Vê-se, portanto, a partir da ideia da centralidade do trabalho, que ele representa um papel de suma importância no desenvolvimento da identidade das pessoas e de satisfação de suas necessidades. E, por esta razão, se faz necessária uma compreensão mais adequada dos direitos de personalidade e do livre desenvolvimento da personalidade e sua relação com o direito fundamental ao trabalho.

#### **4.2.2. O livre desenvolvimento da personalidade e o direito fundamental ao trabalho**

---

<sup>324</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso. *O Direito à Orientação Sexual como Decorrência do Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1770/1410>. Acessado em 18.12.2012.

Como já salientado, os direitos da personalidade reconhecem e protegem os direitos vinculados à identidade e integridade pessoal dos indivíduos.

Também como acima mencionado, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade possui função de cláusula geral de proteção à personalidade das pessoas, e caracteriza-se como um direito fundamental garantidor da livre formação da personalidade e identidade dos indivíduos.

Ainda, como acima referido, o direito fundamental ao trabalho é um direito de todas as pessoas de construir suas identidades através do trabalhar, por meio do reconhecimento pelo fazer e por serem proprietárias do conteúdo de seus próprios trabalhos.

Desta maneira, para que se fale em um direito ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um, parece relevante se proteger de forma mais ampla o direito fundamental ao trabalho, uma vez que se mostra como uma importante ferramenta para o alcance da autonomia e identidade das pessoas. Por esta razão, faz-se importante estabelecer uma relação entre o direito fundamental ao trabalho e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, uma vez que, como já exaustivamente mencionado, o trabalho é um instrumento de construção da subjetividade das pessoas. Segundo Gediel, o trabalho, concebido como uma projeção indissociável da personalidade do trabalhador, se identifica com as condições existenciais necessárias ao desenvolvimento físico, psíquico e social do sujeito.<sup>325</sup>

Ou seja, é a partir do respeito ao direito fundamental ao trabalho – aqui entendido como o direito de se realizar como pessoa através do trabalho – que são oferecidas as condições para o indivíduo exercer seu direito de livre desenvolvimento da personalidade, por meio do binômio envolvido no direito fundamental do trabalho: satisfação de necessidades e alcance de reconhecimento.

Como já afirmado acima, o direito fundamental ao trabalho assegura o direito das pessoas ao conteúdo do próprio trabalho, ou seja, quem trabalha não trabalha somente para o outro, mas para si também. Como esclarece Leonardo Wandelli, a atividade do trabalho, além de consistir no cumprimento de uma obrigação e ser plataforma de acesso a bens socialmente distribuídos, é também o exercício de um

---

<sup>325</sup> GEDIEL, 2003, p. 151.

direito indispensável para o desenvolvimento das capacidades e da personalidade, para a conquista da identidade e da autonomia.<sup>326</sup>

Como ressalta Ingo Sarlet, o direito a trabalhar das pessoas, como garantia fundamental de satisfação de suas necessidades, constitui dimensão relevante para um direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da própria noção de autonomia, do ser humano construtor do seu próprio destino.<sup>327</sup>

Desta maneira, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, como um direito fundamental de todos os indivíduos de manifestarem livremente sua identidade, inclusive sua identidade/orientação sexual, está intrinsecamente relacionado com o direito fundamental ao trabalho.

Faz-se necessário proteger o direito fundamental ao trabalho, proteger as pessoas da obstrução do atingimento de tal direito (que pode ser dar por meio da discriminação, por exemplo), para que se fale no alcance do direito ao livre exercício da personalidade, como um direito como um todo.

Como dito acima, são inúmeras as hipóteses de violação ao direito fundamental ao trabalho e aos direitos da personalidade no ambiente de trabalho, tais como o reconhecimento concedido somente pelo SER e não pelo FAZER, o entendimento de que o trabalhar é apenas o cumprimento de uma obrigação e não a possibilidade de se transformar, a violação ao direito à vida pelos acidentes de trabalho causados por culpa ou dolo, a violação à intimidade e à imagem do trabalhador por meio de revistas íntimas e violação de correspondência e à sua honra, a partir do desrespeito, de ofensas físicas e morais e da discriminação.

É óbvio que discriminações dos trabalhadores em virtude da identidade/orientação sexual, as quais funcionam como negação ao direito fundamental ao trabalho, pois obstruem a possibilidade de as pessoas serem reconhecidas pelo FAZER, que retiram dos sujeitos o direito à contribuição, a fazer um bom trabalho e a alcançarem a gratificação/reconhecimento pelo trabalho, afetam a construção de suas identidades, seus direitos de personalidade e reprimem o livre desenvolvimento da personalidade dos envolvidos, devendo ser rechaçados.

---

<sup>326</sup> WANDELLI, 2012, p. 218

<sup>327</sup> SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 603.

Neste sentido, é oportuno mencionar duas decisões dos TRTs da 1º e 3º Região acerca do assunto, que reconheceram os direitos da personalidade dos trabalhadores, inclusive no que toca à livre orientação sexual:

17152211 - DANOS MORAIS. DISCRIMINAÇÃO. ORIENTAÇÃO SEXUAL. Aquele que, com base na orientação sexual do trabalhador, faz comentário de cunho discriminatório e pejorativo, pratica ato ilícito absolutamente incompatível com o critério de respeito que deve pautar as relações sociais, mormente as relações de trabalho. O trabalho identifica e posiciona o indivíduo em seu meio social e, entre os sujeitos dessa relação, impõe-se a observância do direito à dignidade, à honra, à imagem e à vida privada. todos constitucionalmente assegurados, a teor dos artigos 1º, inciso III, e 5º, inciso X, da CR/88. (TRT 03ª R.; RO 466/2010-005-03-00.0; Rel. Des. Paulo Roberto de Castro; DJEMG 19/10/2010) CF, art. 5

19050929 - DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL. A doutrina e a jurisprudência têm entendido que o dano moral decorre de ofensa aos chamados direitos da personalidade, que são os direitos subjetivos absolutos, incorpóreos e extrapatrimoniais, correspondentes aos atributos físicos, intelectuais e morais da pessoa. Nesta esteira, o dano moral está jungido ao desconforto sentimental do titular do direito ofendido, podendo ser caracterizado por todo sofrimento psicológico decorrente de aflição, turbação de ânimo, desgosto, humilhação, angústia, complexos etc. Tem jus o autor à reparação pelos danos morais experimentados, em face do tratamento vexatório dispensado pelo superior hierárquico, que ultrapassa a regular cobrança da execução das tarefas inerentes à função de assistente administrativo. Decerto, o problema não repousa unicamente na humilhação do empregado em virtude de sua orientação sexual, mas também na extrema pressão que era exercida sobre ele de forma desrespeitosa, conforme revelou, sobretudo, a prova testemunhal produzida nos autos. (TRT 01ª R.; RO 0000669-05.2010.5.01.0049; Sexta Turma; Rel. Juiz Conv. Marcelo Antero de Carvalho; Julg. 30/11/2011; DORJ 14/12/2011)

O TRT da 15º Região também possui entendimento semelhante, que merece ser destacado:

29006848 - DISPENSA INJUSTA. DANO MORAL DEVIDO. Caracterização de discriminação por opção sexual de empregada. Conduta desabonadora do empregador que deve ser reprimida, já que viola a honra pessoal, direito individual do cidadão, garantido pelos incisos V e X, do art. 5º, da Constituição Federal. (TRT 15ª R.; ROPS 01673-2001-096-15-00-8; Relª Juíza Rita de Cassia Penkal Bernardino de Souza; DOESP 01/10/2004) CF, art. 5

Assim, como já salientado, as discriminações nas relações de trabalho dificultam a construção da identidade das pessoas, violando a uma só vez o direito fundamental ao trabalho e ao livre desenvolvimento da personalidade, requisitos necessários para a construção da autonomia e da estabilidade psíquica dos indivíduos. Em outras palavras, as discriminações enfrentadas pela comunidade

LGBT violam o direito ao desenvolvimento da personalidade, como também violam o processo de construção da identidade – não só no campo do ser (relações diretas), mas também obstruem a possibilidade dessas pessoas reconstruírem suas identidades através do trabalho.

Desta maneira, tem-se que para que as pessoas possam desenvolver livremente suas personalidades e construir suas identidades de maneira fortalecida; há de se garantir o direito fundamental ao trabalho, protegendo-as das discriminações enfrentadas no trabalho, dando eficácia aos direitos fundamentais da igualdade, não discriminação e dignidade, mesmo entre pessoas privadas, como ocorre nas relações de trabalho.

A fim de se dar visibilidade à obstrução do alcance ao direito fundamental ao trabalho e ao livre desenvolvimento da personalidade da comunidade LGBT, pretendemos, no próximo capítulo, analisar algumas das diferentes formas de discriminação no trabalho enfrentadas por este grupo de pessoas, em especial a partir de dados de jurisprudências e de relatos já colhidos em pesquisas sobre o tema.

## 5. **A DISCRIMINAÇÃO ENFRENTADA** - Uma análise da jurisprudência brasileira sobre a discriminação da comunidade LGBT no trabalho

Analisado o trabalho como um direito fundamental das pessoas e como um instrumento para o desenvolvimento da personalidade de cada um, se faz necessária uma abordagem mais direta acerca da discriminação no trabalho enfrentada pela comunidade LGBT.

Como já salientado, a discriminação no mercado de trabalho da minoria objeto deste estudo é significativa. Este grupo de indivíduos é mais vulnerável à perda de emprego, trabalha mais na informalidade e sofre um maior número de assédio moral. Como menciona Fernando Rodrigues Silva, o mundo do trabalho se revela um dos espaços mais perversos para a prática da homofobia.<sup>328</sup>

Ragins e Cornwell, citados por Garcia e Souza, analisam a discriminação no trabalho contra empregados homossexuais assumidos ou apenas percebidos pelos colegas como homossexuais. Eles afirmam que, nos Estados Unidos, entre 25% e 66% de empregados homossexuais fizeram algum registro oficial junto às empresas por terem sido discriminados no trabalho. Contudo, segundo os autores, a maioria dos homossexuais masculinos ou femininos não é assumida no ambiente de trabalho e isto faz com que o potencial de discriminação deva ser bem mais alto do que os registrados.<sup>329</sup>

Importa destacar que a discriminação dentro do ambiente de trabalho, seja por um superior hierárquico, seja por um colega, é considerada como sendo praticada por um preposto da empresa, ensejando a responsabilização desta.

Sabe-se que o empregador responde pelos atos praticados por seus prepostos, podendo ser responsabilizado de acordo com os artigos 843, § 1<sup>o</sup><sup>330</sup> da CLT e 186<sup>331</sup>, 187<sup>332</sup> e 927<sup>333</sup> do Código Civil.

---

<sup>328</sup> SILVA, Fernando Rodrigues. *Trabalho e Sexualidade: Dispositivos em ação nos casos de discriminação por orientação sexual*. Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/15399/000681803.pdf?sequence=1>. Acessado em 15.12.2012.

<sup>329</sup> APUD, GARCIA, Agnaldo e SOUZA, Eloisio Moulin de. *Sexualidade e trabalho: estudo sobre a discriminação de homossexuais masculinos no setor bancário*. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122010000600005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122010000600005). Acessado em 05.01.2013.

<sup>330</sup> Art. 843. Na audiência de julgamento deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independente do comparecimento de seus representantes, salvo nos casos de Reclamações Plúrimas ou Ações de cumprimento, quando os empregados poderão fazer-se representar pelo Sindicato de sua categoria.

Neste sentido, é relevante transcrever a ementa sobre a responsabilidade do empregador:

29030241 - DIREITO MATERIAL DO TRABALHO. ASSÉDIO MORAL. BULLYING COMETIDO PELOS COLEGAS DE TRABALHO DO EMPREGADO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. O bullying contra um determinado empregado se torna prática de assédio por sexo quando tais comentários, gozações e brincadeiras abordam a aparência ou a orientação sexual de determinado empregado. Neste caso, quando o empregador não demonstra ter tomado quaisquer providências para evitar tal comportamento, permitindo que tais práticas reiteradamente atingissem o empregado vitimado, é responsável pelas medidas reparatórias, uma vez que é responsável pelo ambiente de trabalho, que jamais pode ser intimidativo ou hostil. Aplicam-se, em tais casos, as orientações do direito comparado conforme o artigo 8º consolidado, uma vez que inexistente qualquer previsão normatizada no direito brasileiro. Recurso que se nega provimento. Sustentação oral: Compareceu para sustentar oralmente, pelo(a) Recorrido, o(a) Dr(a). Adriana Carvalho de Oliveira. (TRT 15ª R.; RO 0001213-21.2010.5.15.0043; Ac. 30961/2012; Terceira Turma; Rel. Des. Firmino Alves Lima; DEJTSP 04/05/2012; Pág. 471)

Assim, em virtude de ser obrigação do empregador zelar por um ambiente de trabalho saudável, isento de discriminações, este será sempre responsável pelas violações ocorridas dentro do trabalho, independentemente de a discriminação ser efetuada pelo superior, pelo empresário ou pelos colegas e demais trabalhadores.

Dito isso, convém analisarmos as situações discriminatórias mais experimentadas pela comunidade LGBT dentro do trabalho. Para tanto, será analisada a temática a partir de algumas situações discriminatórias encontradas na jurisprudência.

É oportuno ressaltar, apenas a título de curiosidade, que de acordo com Mauricio Pereira Gomes, que realizou pesquisa jurisprudencial nos Tribunais do Trabalho brasileiros acerca de pedidos envolvendo a discriminação por orientação

---

§ 1º É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente.

<sup>331</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>332</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>333</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

sexual, relativo ao período de 1998 a 2008, foram identificados cento e quatro casos nos quais foi ou ainda é discutida a questão.<sup>334</sup>

Vejamos algumas hipóteses encontradas.

### 5.1. Discriminação na fase pré-contratual

Como já mencionado, o ambiente de trabalho é um ambiente fértil para a ocorrência de discriminação e é importante frisar que esta discriminação pode ocorrer inclusive antes da existência de qualquer relação de trabalho. Greenhaus, Parasuraman e Wormley, citados por Garcia e Souza, observam que existem duas formas de comportamento discriminatório no trabalho para com os homossexuais: (a) discriminação no acesso e (b) discriminação no tratamento. A discriminação no acesso faz com que um determinado grupo de pessoas com cargos de comando na organização não permitam que homossexuais sejam contratados para serem seus empregados. A discriminação no tratamento ocorre quando os homossexuais recebem poucas recompensas ou oportunidades de crescimento no trabalho devido à sua condição sexual, tais como não serem indicados para treinamentos, terem poucas ou nenhuma promoção e receberem salários menores.<sup>335</sup>

A prática discriminatória na fase pré-contratual enfrentada pela comunidade LGBT ocorre normalmente quando o candidato à vaga de emprego, por possuir uma orientação/identidade sexual diversa da esperada pelo empregador, tem seu acesso à vaga obstado, dentro do processo seletivo.

Como relatam Agnaldo Garcia e Eloisio de Souza, em pesquisa realizada com 10 bancários brasileiros homossexuais em dois bancos públicos e um banco privado, dois entrevistados expressamente afirmaram que um homossexual afeminado teria poucas chances de contratação no banco privado em que trabalham, apesar de não haver nenhuma norma escrita que proíba a contratação de

---

<sup>334</sup> GOMES, Mauricio Pereira. *Discriminação por Orientação Sexual. A Lei nº 9.029/95, Uma alternativa pouco explorada.* Disponível em [http://www.abeh.org.br/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&download=295:mm022pdf&id=1:anais-abeh-2012&Itemid=87](http://www.abeh.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=295:mm022pdf&id=1:anais-abeh-2012&Itemid=87). Acessado em 12.01.2013.

<sup>335</sup> GARCIA, Agnaldo e SOUZA, Eloisio Moulin de. *Sexualidade e trabalho: estudo sobre a discriminação de homossexuais masculinos no setor bancário.* Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122010000600005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122010000600005). Acessado em 05.01.2013.

peças afeminadas.<sup>336</sup> Dito de outro modo, o selecionador, ao realizar o processo seletivo, invade a intimidade do candidato e o discrimina, obstando o seu direito fundamental ao trabalho e ao livre desenvolvimento de sua personalidade apenas em virtude de sua identidade/orientação sexual.

Sobre o assunto, Sandra Lia Simon aduz que, em um processo seletivo para vagas de trabalho, o princípio da igualdade deverá nortear o processo, sendo proibidos exames que visem a “desvendar” aspectos da personalidade que não atinentes ao campo profissional, com base nos princípios da dignidade humana e da não discriminação.<sup>337</sup> Como é sabido, existem diversos tipos de métodos de seleção de empregados para contratação, tais como entrevistas, questionários, testes psicotécnicos, exames médicos, exames grafotécnicos, etc. De acordo com Vanessa K. Sanches, no Brasil inexistente qualquer proibição quanto à utilização de todos estes métodos na seleção de pessoal. Todavia, a licitude destes dependerá da cautela e da forma como forem utilizados, para não implicar em violação à dignidade do trabalhador ou interferir na sua esfera privada além do necessário.<sup>338</sup>

Desta forma, é pacífico que o processo de seleção deve ser voltado para identificar quais candidatos possuem maior qualificação e aptidão profissional para aquela vaga de emprego, não podendo o possível empregador violar a intimidade e a privacidade do candidato quando da seleção. Perguntas relacionadas à sexualidade, orientação sexual ou vida pessoal do candidato revelam-se discriminatórias, uma vez que não estão relacionadas com as atividades profissionais da vaga de emprego.

Como relata Vanessa Karan Sanches, ao perceber a inclinação preconceituosa do empregador, muitos candidatos pertencentes à minoria sexual LGBT acabam por omitir sua orientação sexual, por receio de que tal informação seja determinante na escolha do candidato para a consecução do emprego<sup>339</sup>, o que lhes acarreta imenso desgaste físico e emocional.

---

<sup>336</sup> GARCIA, Agnaldo e SOUZA, Eloisio Moulin de. *Sexualidade e trabalho: estudo sobre a discriminação de homossexuais masculinos no setor bancário*. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122010000600005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122010000600005). Acessado em 05.01.2013

<sup>337</sup> SIMON, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, pp. 129-144.

<sup>338</sup> SANCHES, 2009, p. 81.

<sup>339</sup> IDEM.

Diante desse quadro discriminatório, é importante frisar que o fato de ainda não haver relação de trabalho não impede que o empregador seja responsabilizado pela discriminação efetuada na fase pré-contratual. Como elucida Luciano Coelho, o candidato a emprego que não consegue trabalhar por algum fator discriminatório precisa encontrar a tutela jurídica que incide na fase pré-contratual. Nesse sentido, na seara trabalhista, importa aprofundar o estudo da fase anterior ao contrato, uma vez que se trata de um campo aberto para o ilícito, ante a fragilidade do trabalhador nessa fase.<sup>340</sup>

Este entendimento já vem ganhando certo respaldo na jurisprudência, conforme a ementa abaixo transcrita:

24055730 - DANO MORAL E MATERIAL. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. A responsabilidade civil pré-contratual decorre do dever das partes de agir em consonância com os princípios da probidade e boa-fé, desde a fase de negociação preliminar do contrato, a teor do art. 422 do Código Civil. (TRT 05ª R.; RecOrd 34000-86.2008.5.05.0032; Terceira Turma; Relª Desª Marizete Menezes; Julg. 27/09/2011; DEJTBA 17/10/2011; Pág. 89) CC, art. 422

Também é oportuno destacar que já está pacificado o entendimento de que a Justiça do Trabalho é competente para julgar ações relativas à fase pré-contratual.

41041354 - JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. PRÉ-CONTRATO. Qualquer fato/ato que venha aferir direitos celetistas na fase pré-contratual está abrangido pela competência da justiça trabalhista, eis que a controvérsia se origina de uma relação de emprego, ainda que em sua origem. Assim, é competente a justiça do trabalho para processar e julgar ação que analise controvérsia relativa ao processo de recrutamento e seleção precedente à contratação. Recurso a que se dá provimento por unanimidade. (TRT 24ª R.; RO 1313-47.2010.5.24.0003; Segunda Turma; Rel. Des. João de Deus Gomes de Souza; Julg. 27/07/2011; DEJTMS 03/08/2011; Pág. 41)

Assim, da análise das ementas acima transcritas, percebe-se que a teorização acerca da responsabilidade pré-contratual está amparada no princípio da boa fé. De acordo com Luciano Coelho, a doutrina da responsabilidade pré-contratual demonstra que a boa-fé é seu fundamento principal e expressão básica, sendo que dentre outras funções destaca-se aquela otimizadora do comportamento contratual (impõe os deveres colaterais de conduta) e a limitativa da liberdade

---

<sup>340</sup> COELHO, Luciano Augusto. *A Pré-Contratualidade na Relação de Emprego*. Disponível em [http://www.trt9.jus.br/internet\\_base/arquivo\\_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1551511](http://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1551511). Acessado em 05.01.2013.

contratual (liga-se a teoria do abuso de direito para impedir o exercício de um direito contrário aos princípios da equidade e da solidariedade).<sup>341</sup>

Assim, o referido princípio cria, inclusive na fase pré-contratual, a obrigação para as partes de respeitarem os deveres anexos do contrato, tais como informação, sigilo, proteção e cooperação entre os envolvidos, devendo ser rechaçada qualquer forma de discriminação, sendo passível a responsabilização do agente discriminador perante a Justiça do Trabalho.

Segundo Vanessa K. Sanches, no momento em que um trabalhador homossexual se vê preterido em uma vaga de emprego em detrimento de outro candidato heterossexual menos qualificado, deve procurar o sindicato de sua categoria, bem como o Ministério Público do Trabalho, para que as investigações sejam efetuadas no sentido de coibir e evitar este tipo de conduta.<sup>342</sup>

Portanto, a criação de obstáculos para a contratação de trabalhadores pertencentes à comunidade LGBT ou a postura discriminatória que, por vezes, os forcem a omitirem suas orientações/identidades sexuais na seleção para o emprego, deve ser entendida como violação ao direito fundamental ao trabalho.

É neste sentido a Observação Geral n. 18 da CDESC<sup>343</sup> da ONU, que no parágrafo 31, expressa que:

los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. En el contexto del artículo 6, esta "obligación fundamental mínima" incluye la obligación de garantizar la no discriminación y la igualdad de protección del empleo. La discriminación en el empleo está constituida por una amplia variedad de violaciones que afectan a todas las fases de la vida, desde la educación básica hasta la jubilación y puede tener un efecto no despreciable sobre la situación profesional de las personas y de los grupos. Por tanto, estas obligaciones fundamentales incluyen como mínimo los siguientes requisitos:

- a) Garantizar el derecho de acceso al empleo, en especial por lo que respecta a las personas y grupos desfavorecidos y marginados, de forma que ello les permita llevar una existencia digna;
- b) Evitar las medidas que tengan como resultado el aumento de la discriminación y del trato desigual en los sectores público y privado de las

<sup>341</sup> COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2008, p. 135.

<sup>342</sup> SANCHES, 2009, p. 83.

<sup>343</sup> O CDESC (Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) é órgão das Nações Unidas criado em 1985, com a finalidade de avaliar o cumprimento do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) pelos países signatários. Frise-se que o Brasil ratificou o PIDESC em 24 de janeiro de 1992, obrigando-se a promover e garantir todos os direitos promovidos no Pacto, tanto para adoção de políticas públicas e programas, quanto para promover ações compatíveis com sua efetivação para todos os seus cidadãos.

personas y grupos desfavorecidos y marginados o que debiliten los mecanismos de protección de dichas personas y grupos;

c) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales de empleo sobre la base de las preocupaciones del conjunto de los trabajadores, para responder a estas preocupaciones, en el marco de un proceso participativo y transparente que incluya a las organizaciones patronales y los sindicatos. Esta estrategia y plan de acción en materia de empleo deberán prestar atención prioritaria a todas las personas y los grupos desfavorecidos y marginados en particular, e incluir indicadores y criterios mediante los cuales puedan medirse y revisarse periódicamente los avances conseguidos en relación con el derecho al trabajo.<sup>344</sup>

Ademais, de acordo com referida Observação Geral da ONU, é obrigação do Estado garantir o acesso ao emprego aos grupos minoritários, de forma que se permita a eles levar uma vida digna, inclusive adotando uma estratégia de ação com tal intuito.

Neste aspecto oportuno associar tal disposição da OG 18 ao artigo 6º do PIDESC (Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) incorporado ao direito interno, o qual também menciona a necessidade de políticas públicas para a implementação do direito ao trabalho:

Artículo 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.<sup>345</sup>

Ou seja, o art. 6º do PIDESC, conforme o desenvolvimento interpretativo do CDESC na OS 18, expressa que o Estado deve colocar em prática ações afirmativas, com o objetivo de responder a esta realidade de exclusão, propiciando e garantindo aos grupos marginalizados o acesso ao mercado de trabalho e, por consequência, ao direito fundamental ao trabalho.

<sup>344</sup> Observação Geral disponível no sítio eletrônico: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/403/16/PDF/G0640316.pdf?OpenElement>. Acessado em 24.01.2013.

<sup>345</sup> PIDESC disponível no sítio eletrônico: <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm>. Acessado em 13. 01.2013.

Assim, a discriminação na fase pré-contratual enfrentada pela comunidade LGBT deve ser tutelada pelo Direito, reconhecendo-se que esta se mostra um verdadeiro obstáculo para a concretização do direito fundamental ao trabalho, sendo também dever do Estado colocar em prática ações com o intuito de garantir aos grupos oprimidos o acesso ao mercado de trabalho.

## **5.2. Assédio Moral**

Outra forma bastante comum de existência de discriminação experimentada pela comunidade LGBT no trabalho se dá em virtude de este grupo de pessoas ser alvo fácil de assédio moral.

Dejours ensina que, com o intuito de suportar os riscos do trabalho para a saúde mental e física, os trabalhadores criam estratégias de defesa, as quais também podem contribuir de forma significativa à formação da violência coletiva e até a violência de massa.<sup>346</sup>

Tais estratégias de defesa, segundo ele, podem ser coletivas, construídas em uma comunidade de trabalho, para reunir esforços de todos para a proteção dos efeitos desestabilizadores.

Ocorre que quando estas situações se agravam, quando a ameaça progride e o coletivo corre o risco de ser ameaçado em sua coesão, se inicia um clima de grande tensão, em que é possível que se desenvolvam processos que conduzam ao estigma de um alvo lançado à desforra coletivo, de forma que a violência de exclusão e de perseguição podem se mostrar como uma realidade. Neste momento já não se fala mais apenas em estratégias de defesa, mas sim em ideologias de defesa. Ou seja, o medo catalisa a formação de um tipo de relação nova, a coesão coletiva contra o inimigo, alimentada pelo ódio, que pode gerar a violência contra o inimigo, e em bom número de casos, contra um bode expiatório.<sup>347</sup>

Para fins deste estudo é possível admitir o assédio moral face à comunidade LGBT como uma ideologia defensiva contra um “bode expiatório”, em que o coletivo se volta para o diferente sexual como inimigo comum.

---

<sup>346</sup> DEJOURS, 2012, Trabalho e emancipação, p. 60.

<sup>347</sup> IBIDEM, p. 65-67.

A doutrina define o assédio moral como sendo a conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tem por efeito excluir o empregado de sua função ou deteriorar o ambiente de trabalho.<sup>348</sup>

É uma forma de violência/terror no trabalho que possui o intuito de ofender, humilhar ou constranger o trabalhador, de forma contínua e repetida, atingindo sua integridade psíquica.

De acordo com Wilson Ramos Filho, a doutrina específica confluíu para classificar o assédio moral laboral em três grandes espécies. A primeira, também chamada de “*assédio moral estratégico*”, seria aquele praticado no âmbito de relação de emprego visando constranger o empregado a desligar-se da empresa. A segunda espécie, geralmente denominada como “*assédio moral perverso*”, seria aquele praticado como manifestação doentia do agente visando destruir psicologicamente um ou vários de seus colegas de trabalho, geralmente subordinados. E a terceira espécie, o “*assédio moral institucional*”, engloba dois tipos de manifestações abusivas do poder diretivo: a primeira, denominada “*assédio moral organizacional*”, ocorre no âmbito de relações de trabalho de natureza pública; o segundo, o “*assédio moral empresarial*”, é fundado em práticas gerenciais voltadas ao aumento da produtividade e da lucratividade das empresas que por suas características e por sua reiteração potencialmente causam danos à saúde física ou mental dos empregados.<sup>349</sup>

O mesmo autor ainda complementa que o referido fenômeno vem recebendo denominações variadas, como *mobbing*, acosso moral organizacional, síndrome de *burn-out*, acosso psíquico empresarial, *bossing*, *bullying*, assédio psicológico institucional ou terror psicológico patronal, dentre outras.<sup>350</sup>

O assédio moral experimentado pela comunidade LGBT normalmente se mostra através de brincadeiras jocosas contínuas, perseguição por parte de

---

<sup>348</sup> NASCIMENTO, Sonia Mascaró. *Assédio Moral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 02.

<sup>349</sup> RAMOS FILHO, 2012, p. 381.

<sup>350</sup> IBIDEM, p. 386/387.

superiores, enfrentamento de uma maior dificuldade de ascensão profissional, isolamento, dentre outros.

Como relatam Agnaldo Garcia e Eloisio de Souza, na pesquisa supracitada, todos os bancários entrevistados relatam que os homossexuais sofrem discriminação e são alvo de piadas e brincadeiras jocosas, conforme relato a seguir: *“Diógenes afirma que a ridicularização de homossexuais pelo corpo gerencial é algo corriqueiro e que basta o homossexual não estar no recinto para ser o alvo de chacotas destinadas especificamente a ele.”*<sup>351</sup>

No mesmo estudo, há menção de que parte dos entrevistados também relatou uma maior dificuldade para ascender profissionalmente dentro da instituição. Oportuno transcrever o relato de um caso transcrito no referido trabalho:

Plutarco, apesar de ser visto como uma pessoa competente pelos seus superiores, não conseguiu ser promovido para cargos gerenciais, tendo inclusive sido avisado que isto nunca ocorreria, pois o corpo gerencial havia feito um pacto para que ele não ocupasse um lugar na gerência do banco. Ainda afirmou que as pessoas só veem o homossexual como uma máquina de fazer sexo, enfatizando apenas aspectos relacionados à sexualidade e nada mais. Plutarco nunca declarou para os colegas de trabalho que é homossexual e acredita que, se assim o fizesse, seria demitido.

Ainda em tal pesquisa de campo, os referidos autores demonstram um maior isolamento dos bancários homossexuais, conforme relato de um entrevistado, nos seguintes termos:

Sócrates é destinado a trabalhar de forma isolada, como se estivesse em quarentena de alguma doença, sem nenhum contato com os clientes do banco e pouco contato com os demais funcionários. Trabalha oito horas por dia dentro de um arquivo que apresenta péssimas condições de trabalho, com equipamentos obsoletos, móveis velhos e conservação física do local a desejar. Aliás, Sócrates nunca conseguiu ocupar qualquer função de confiança no banco, onde trabalha há 25 anos.<sup>352</sup>

Na dissertação de mestrado de Fernando Rodrigues Silva, em que foram realizadas entrevistas com cinco pessoas que sofreram discriminação no trabalho, se mostra relevante citar os relatos de uma delas, um homem homoafetivo de 30 anos que trabalha na área de design gráfico.

<sup>351</sup> GARCIA, Agnaldo e SOUZA, Eloisio Moulin de. *Sexualidade e trabalho: estudo sobre a discriminação de homossexuais masculinos no setor bancário*. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122010000600005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122010000600005). Acessado em 05.01.2013.

<sup>352</sup> GARCIA, Agnaldo e SOUZA, Eloisio Moulin de. *Sexualidade e trabalho: estudo sobre a discriminação de homossexuais masculinos no setor bancário*. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122010000600005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122010000600005). Acessado em 05.01.2013.

Em seu último trabalho, no qual ficou cerca de um ano, a situação foi se tornando insustentável. Eram desrespeitos, piadinhas constantes, “brincadeirinhas” que já passavam de brincadeira há muito tempo, tanto por parte dos colegas, mesmo alguns que ele identificava homossexuais, como da chefia. Comentários como o de que o local estava virando zoológico. Afirma que apesar de falarem mal dele, alguns “davam em cima”, e uma vez que recusava, diziam que “a bichinha ficava se fazendo”.<sup>353</sup>

Percebe-se da análise dos relatos acima mencionados que o assédio moral é uma realidade enfrentada pela comunidade LGBT no trabalho. Ao realizarmos pesquisa jurisprudencial sobre a discriminação por orientação/identidade sexual, os casos de assédio moral são uma das situações discriminatórias em que há mais decisões a respeito, vejamos:

35031379 - APELIDOS PEJORATIVOS E PRECONCEITUOSOS EM DECORRÊNCIA DE ORIENTAÇÃO SEXUAL DE COLEGA DE TRABALHO. HOMOFOBIA. DANO À ESFERA ÍNTIMA DO TRABALHADOR, SOB UMA PERSPECTIVA GERAL DA SOCIEDADE. ASSÉDIO MORAL CARACTERIZADO. O preconceito em decorrência de possível orientação sexual de colega de trabalho homofobia - Ainda que manifestado de forma aparentemente jocosa, mediante a imputação de apelidos tolerados ante a sujeição econômica do trabalhador, caracteriza assédio moral, na modalidade horizontal, não devendo ser tolerado no ambiente de trabalho, já que enseja gravame de ordem psíquica e moral à vítima, com as correspondentes consequências patrimoniais para o empregador, que responde objetivamente pelos atos dos seus prepostos (art. 932, III, do Código Civil). Recurso provido. (TRT 18ª R.; RO 1704-55.2010.5.18.0007; Segunda Turma; Rel. Des. Paulo Pimenta; Julg. 27/04/2011; DEJTGO 29/04/2011; Pág. 98) CC, art. 932

TRT 3ª Região - Minas Gerais - 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. (TRT 3ª Região, RO 00780-2011-149-03-00-7, 10ª T., Rel. Juíza Convocada Ana Maria Amorim Rebouças, j. 16/02/2012.

<sup>353</sup> SILVA, Fernando Rodrigues. Trabalho e Sexualidade: *Dispositivos em ação nos casos de discriminação por orientação sexual*. Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/15399/000681803.pdf?sequence=1>. Acessado em 15.12.2012.

21155863 - RECURSO ORDINÁRIO. 1. DANOS MORAIS. HOMOFOBIA. Há prova robusta de que o autor sofreu humilhações e constrangimentos homofóbicos, atentatórios ao artigo 3º, IV, da Constituição Federal. Da omissão das reclamadas, quando era imperativo o exercício do poder diretivo, resulta sua responsabilidade pela contaminação do ambiente de trabalho pelo vírus da aversão à liberdade de orientação sexual e à identidade de gênero, atualmente equiparada aos demais preconceitos já contemplados na Lei nº. 7.716/89, que define o crime de racismo (do qual a homofobia é um subproduto).. 2. RESCISÃO INDIRETA. Apesar de o autor apontar as humilhações como causa do desligamento, dos termos da petição inicial se conclui que seu comportamento refletiu o animus abandonandi, excludente da despedida indireta. Além disso, o abandono do emprego a partir de 03.11.2007 e a distribuição da reclamatória apenas em 12.05.2008 comprometem o princípio da imediatidade. O constrangimento homofóbico é invocável para a configuração do dano moral, mas quando se trata de iniciativa a ser tomada já fora de alcance do poder subordinante, a caracterização da falta grave patronal cinge-se às regras e disposições específicas. Provimento parcial. (TRT 02ª R.; RO 01010-2008-078-02-00-9; Ac. 2010/0295759; Quarta Turma; Relª Desª Fed. Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva; DOESP 23/04/2010; Pág. 916) CF, art. 3

Assim, percebe-se que uma das formas de discriminações mais comumente enfrentada pela comunidade LGBT no ambiente de trabalho é o assédio moral, por meio de verdadeiro terror psicológico realizado com o intuito de ofender e minimizar aqueles que são diferentes. Faz-se importante, portanto, destacarmos a necessidade de luta contra este mal, seja através da conscientização da população, seja através da reparação parcial do dano, ao menos pecuniariamente, através de indenizações arbitradas pelo Poder Judiciário.

### **5.3. Inclusão de parceiros como dependentes**

Outra forma de discriminação enfrentada pela comunidade LGBT dentro do trabalho é aquela relativa à tentativa de inclusão de parceiros como dependentes para recebimento de benefícios dentro da empresa, tais como plano de saúde, assistência odontológica etc.

Ao contrário do que ocorre nas entidades familiares heterossexuais, em que a inclusão de dependente é praticamente automática – normalmente dependendo apenas da apresentação de certidão de casamento ou comprovação da união estável –, para as entidades familiares que não heterossexuais a inclusão de dependentes não é tão simples e, como veremos a seguir, quando ocorre, não é de forma transparente.

É de se ressaltar que após a decisão da ADPF 132/ ADI 4277 pelo STF, a qual equiparou as uniões homoafetivas às heteroafetivas para reconhecimento de união estável<sup>354</sup>, a inclusão do parceiro/parceira como dependente no trabalho se tornou reconhecida. Lembre-se que os parágrafos terceiro e quarto do artigo 226 da Constituição Federal expressamente estabelecem que a união estável é uma modalidade de *família* para efeitos de proteção do Poder Público.

Assim, diante do reconhecimento de que as uniões homoafetivas, preenchidos os requisitos necessários, também são entendidas como uniões estáveis, como uma entidade familiar, deveria ser automática a extensão de todos os benefícios concedidos aos dependentes de relações heteroafetivas também àqueles dependentes pertencentes à comunidade LGBT.

No entanto, mesmo após tal julgamento histórico, o alcance de tal direito ainda é uma luta. Conforme afirmam Agnaldo Garcia e Eloísio de Souza, na pesquisa citada anteriormente realizada com bancários, as discriminações sofridas são diretas e indiretas. Em relação à discriminação direta, deve-se esclarecer que os Bancos Públicos pesquisados concedem de forma explícita plano de saúde para os companheiro(a)s dos funcionários que têm relações homoafetivas. No entanto, apesar de concederem tal benefício, estes bancos manifestam discriminação direta pela falta de clareza das normas que regulam estes procedimentos, bem como pela não extensão de outros benefícios aos casais homossexuais. No banco privado analisado, a discriminação direta é mais forte que nos bancos públicos, pois nele não existe nenhuma norma que conceda qualquer tipo de benefício para pessoas que possuam relações homoafetivas estáveis.<sup>355</sup>

Vejamos algumas ementas que tratam do assunto, reconhecendo o direito do companheiro/companheira em união homoafetiva para inclusão como dependente:

---

<sup>354</sup> Em 04 de maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, sob o principal argumento de vedação constitucional à discriminação, em especial a discriminação por orientação sexual e respeito ao direito à dignidade da pessoa humana.

<sup>355</sup> GARCIA, Agnaldo e SOUZA, Eloisio Moulin de. *Sexualidade e trabalho: estudo sobre a discriminação de homossexuais masculinos no setor bancário*. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122010000600005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122010000600005). Acessado em 05.01.2013.

UNIÃO HOMOAFETIVA. DEPENDENTE. Uma vez comprovado que a união homoafetiva se estabeleceu de forma pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família, impõe-se o deferimento do pleito e inclusão do companheiro como dependente para fins de percepção de pensão estatutária, dedução na fonte do imposto de renda e assistência médica e à saúde. (TRT 5º Região, Rec. Adm. 00749-2008-000-05-00-5/BA, Rel. Luiz Tadeu Leite Vieira, j. 09/03/09)

TRT 19ª Região – Alagoas - Matéria administrativa. União homoafetiva. Equiparação à união heteroafetiva para fins de gozo dos benefícios relativos a plano de saúde. Art. 226 da constituição federal. Interpretação à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não discriminação e da máxima efetividade dos direitos fundamentais. A união homoafetiva equipara-se a heteroafetiva em relação aos efeitos decorrentes de sua constituição. Trata-se de reconhecimento da abrangência do disposto no art. 226 da Constituição Federal que, interpretado à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não-discriminação e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, revela alcance maior do que o texto, em sua literalidade, foi capaz de exprimir, contemplando, como união estável, também aquelas formadas por casais de mesmo sexo, reforçando, na essência, o que efetivamente o citado dispositivo visou proteger. o vínculo decorrente do afeto que justifica a instituição da vida em comum, com coabitação e mútua assistência. Portanto, gozam dos benefícios de assistência do plano de saúde, como titulares e dependentes, em igualdade de condições, juízes ou servidores, que titularizem uniões estáveis, independentemente da diversidade de sexos na sua constituição. (TRT 19ª Região, PADM 00099.2008.000.19.00-1, Rel. Des. Pedro Inácio da Silva, j. 05/08/2008).

Desta forma, além da possível discriminação pré-contratual enfrentada e do assédio moral por vezes existente, a comunidade LGBT ainda encontra dificuldade para inserir seu companheiro/companheira como dependente para percepção de benefícios automaticamente concedidos para uma relação heteroafetiva. Esperamos que, com o passar do tempo da decisão da ADI 4277/ ADPF 132, fique cada vez mais natural a aceitação das relações não heteroafetivas e, por consequência, se facilite a extensão dos benefícios concedidos a uma relação heteroafetiva também àquelas que são diferentes, nos mesmos parâmetros e com a mesma naturalidade.

#### **5.4. Licença maternidade**

É sabido que os arts. 1º da Lei n. 12.010/2009 e 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõem que todas as crianças e adolescentes têm a garantia do direito à convivência familiar e que a adoção fundada em motivos legítimos deve ser deferida.

Ocorre que, conforme esclarecem Leda Maria Messias da Silva e Lívia Maria Bressani de Oliveira, a adoção, que é o meio artificial de filiação, nos dias atuais não

é exclusividade da mulher, mas muitos homens, na intenção de formar família monoparental também adotam, e, mormente a concessão da adoção para casais homossexuais ou transexuais está se tornando bastante comum, baseado no princípio da isonomia e primando, sempre, pelo princípio do melhor interesse do adotado, pois, para este, a vida em um abrigo de crianças que foram desconstituídas de sua família natural é fadado, na maioria das vezes, ao insucesso.<sup>356</sup>

Assim, atualmente, tem-se tornado cada vez mais comum o deferimento de adoção por famílias transexuais ou homossexuais, uma vez que se percebeu que é muito mais saudável para uma criança/adolescente viver em uma família com amor, mesmo que esta família seja “diferente”, do que passar toda sua infância ou adolescência em abrigos. Acontece que, quando da adoção por famílias monoparentais, uniões gays ou transexuais, os pais adotantes não possuem o direito automático à licença remunerada no emprego, como dispõe a CLT.

É sabido que, quando da adoção por mulheres, a CLT pacificou o direito destas a usufruírem uma licença remunerada no emprego, nos termos do artigo 392-A, o qual dispõe que a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança terá concedida licença-maternidade de 120 dias. Tal direito se dá no intuito de conferir à adotante e ao adotado um período de tempo para que estes possam estreitar o relacionamento. Por tal razão, se faz necessário perceber que quando falamos em adoção por famílias homoafetivas ou transexuais tanto o adotante como adotados também merecem ter o mesmo tempo para integração, sob pena de verificarmos tratamento discriminatório.

Nas palavras de Leda Maria Messias da Silva e Livia Maria Bressani de Oliveira, se a licença-maternidade para as mães adotantes é o meio que confere subsídios para que se estreitem os laços entre adotado e adotante, possibilitando e favorecendo a inserção e o acolhimento entre os novos familiares, para as famílias homossexuais e transexuais também é de grande importância tal período de adaptação.<sup>357</sup>

---

<sup>356</sup> SILVA, Leda Maria Messias da, e OLIVEIRA, Livia Maria Bressani de. *A Diversidade Sexual no Ambiente de Trabalho e os Direitos de Personalidade*. Disponível em [www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/.../1667](http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/.../1667). Acessado em 06.01.2013.

<sup>357</sup> SILVA, Leda Maria Messias da, e OLIVEIRA, Livia Maria Bressani de. *A Diversidade Sexual no Ambiente de Trabalho e os Direitos de Personalidade*. Disponível em [www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/.../1667](http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/.../1667). Acessado em 06.01.2013.

Manoela B. De Alcantara e Luciana Pereira de Souza, no mesmo sentido, entendem que, sabendo-se que a lei busca proteger a integração entre pais e filhos, em tese é possível admitir o pedido (administrativo ou judicial) de licença pelos homens adotantes, tendo em vista que o artigo 42 do ECA não distingue a adoção a ser realizada por pessoas de um ou outro sexo e a Constituição proíbe a discriminação em razão do sexo.<sup>358</sup>

Desta maneira, argumenta-se neste estudo que, quando da adoção realizada por família homoafetiva ou transexual, há de se estender o direito à licença remunerada também para um estes adotantes, independentemente de seu sexo, sob pena de se configurar tratamento discriminatório. Há de se mencionar que já é possível encontrar entendimentos jurisprudenciais conferindo a licença maternidade para pai adotante:

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. LICENÇA-ADOTANTE SERVIDOR NA CONDIÇÃO DE PAI SOLTEIRO. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 210 DA LEI N° 8.112/1990. Se o Estatuto da Criança do Adolescente (artigo 42 da Lei n.º 8.069/90) confere qualquer pessoa com idade superior 21 (vinte um) anos, independente do sexo, direito adoção, afigura-se-me normal que um servidor, ainda que não casado, opte por adotar uma criança. Aliás, conduta desta natureza, além de se encontrar em perfeita harmonia com artigo 227 da Constituição da República, que prevê ser dever do Estado, da família da sociedade assegurar, com absoluta prioridade, proteção criança ao adolescente, digna de louvor, principalmente se levarmos em consideração que vivemos num país que, embora em desenvolvimento, convive ainda com elevado número de crianças em total abandono às margens da criminalidade. Eventual conclusão no sentido de se obstaculizar direito percepção da licença de 90 (noventa) dias pelo servidor implicaria manifesta ofensa ao principio constitucional da isonomia, além da consagração de tese que, certamente, não conseguiu acompanhar evolução da nossa sociedade. (CSJT, Proc 150-2008-895-15-00-0, Rel. Conselheiro Min. Carlos Alberto Reis de Paula, j. 27/03/2009)

Assim, como elucidam Manoela B. De Alcântara e Luciana Pereira de Souza, novos paradigmas devem ser construídos para análise de questões inerentes à licença do emprego pelo membro da relação homoafetiva quando da adoção.<sup>359</sup>

---

<sup>358</sup> ALCANTARA, Manoela B., SOUZA, Luciana Pereira de. Reflexões da adoção na relação homoafetiva no contrato de trabalho. In: DIVERSIDADE SEXUAL E O DIREITO HOMOAFETIVO. Coord. Maria Berenice Dias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.537.

<sup>359</sup> ALCANTARA e SOUZA, 2011, p. 540.

Portanto, o que não há como se negar é que, diante dos princípios da igualdade e da não discriminação, a adoção realizada por famílias gays ou de transexuais deve ter garantida o período de integração com o adotado.

Ou seja, é importante percebermos a necessidade de tratamento isonômico entre todas as entidades familiares, garantindo-se ao adotante (independentemente do sexo) o direito à licença remunerada no emprego.

### 5.5. Dispensa Discriminatória

A despedida discriminatória é aquela que se funda em um motivo infundado, injusto, preconceituoso, caracterizando verdadeiro abuso de direito de despedir. Ou seja, quando a dispensa do trabalhador se dá por algum motivo discriminatório, temos um abuso do direito de despedir.

Como dispõe Leonardo Wandelli, o tratamento como abuso de direito de despedir, da despedida caracterizadora de ato discriminatório é encontradiço na doutrina e na jurisprudência brasileiras.<sup>360</sup> O autor ainda relata que, na despedida abusiva, recusa-se a aplicação da norma *prima facie* aplicável, a qual autoriza a despedida sem justa causa, mediante o pagamento de uma indenização, em nome de outra norma válida sem o caráter de regra excepcional, como por exemplo: os princípios da boa-fé, da solidariedade, de igualdade, ao trabalho como livre desenvolvimento da personalidade. Ou seja, embora se considere a regra que autoriza a despedida sem justa causa como *prima facie* aplicável, estabelece-se uma discussão que coloca em suspenso a adequabilidade da norma, a fim de serem investigadas, a partir de uma descrição ampliada da situação, outras características relevantes à luz de todo o ordenamento jurídico válido.<sup>361</sup> Para o nosso estudo, o abuso do direito de despedir ocorre porque, embora a despedida sem justa causa seja permitida pelo nosso ordenamento<sup>362</sup>, aquela que se baseia em motivo

---

<sup>360</sup> WANDELLI, 2004, p. 367.

<sup>361</sup> IBIDEM, p. 287-289.

<sup>362</sup> Sobre o assunto, importante salientar que este é o entendimento predominante em nossa doutrina e jurisprudência, malgrado um debate ainda em aberto, tanto no que se refere à interpretação do art. 7º, I, em consonância com o direito ao trabalho, como no que se refere à validade da denúncia da Convenção 158 da OIT. No que toca a primeira questão, de vedação de despedida arbitrária e sem justa causa pela Constituição, há entendimentos de que embora ainda não tenha sido editada lei complementar a que se refere o mencionado dispositivo legal, deve-se interpretá-lo segundo a

discriminatório, como o é a baseada na orientação sexual do trabalhador, viola os princípios da igualdade e não discriminação.

Por tal razão, foi promulgada a Lei 9.029/95 que proíbe toda e qualquer discriminação para admissão e demissão de trabalhadores. Destarte, nos termos do artigo 4º da Lei 9.029/95, toda dispensa que se basear em motivo discriminatório enseja ao empregado o direito ao recebimento de indenização por danos morais e ainda o direito a optar entre a reintegração no emprego ou o recebimento dos salários do período de afastamento em dobro.

A dispensa discriminatória de pessoas pertencentes à comunidade LGBT é uma realidade. Vejamos algumas ementas acerca do tema:

30002176 - DANO MORAL. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. OPÇÃO SEXUAL. É inconcebível que esta Justiça obreira feche os olhos para qualquer espécie de discriminação, como a que se vislumbra no caso em análise. Atitude desta natureza choca-se diametralmente com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho humano além do óbice constitucional da proibição de qualquer diferença entre empregados em razão de sexo, idade, cor ou estado civil. (TRT 11ª R.; RO 01428/2008-001-11-00.1; Primeira Turma; Relª Desª Vera Lúcia Câmara de Sá Peixoto; DOJTAM 18/02/2010)

23071100 - DANO MORAL. DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL. Inobservância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade (sexual). 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

---

máxima eficácia do direito fundamental ao trabalho, nos termos do art. 5º,§ 1º da CF (WANDELLI, 2012, p. 317). Quanto à vigência da Convenção 158 da OIT, tema que espera julgamento pela ADI 1.625 pelo STF, há fortes argumentos no sentido de ter sido inválida a denúncia unilateral realizada por ato do então Presidente da República, em 25 de dezembro de 1996, por meio do Decreto n.º 2.100 (SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Proteção contra dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. *Revista LTR*. Legislação Trabalhista; Nov/2004, p 1323). Desta forma, parte da doutrina entende que se faz necessária reconhecer a impossibilidade de despedida sem justa causa desfundamentada. Como ensina Wandelli, *“a exigência de uma motivação justificada para despedir, por mais que absolutamente desejável seja regulada especificamente pela legislação, constitui parte do núcleo essencial do direito fundamental ao trabalho, e assim, deve-se considerar a sua exigência como uma de suas dimensões eficazes que não se detém diante da omissão legislativa, cabendo, neste caso, em que verificada a implementação legislativa insuficiente, a sua incidência direta.”* (WANDELLI, 2012, p. 324).

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. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, entende-se por dignidade da pessoa humana: "a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos". De acordo com Norberto Bobbio, tanto a liberdade quanto a igualdade são valores que se encontram enraizados na consideração do próprio homem enquanto pessoa, pois "ambas pertencem à determinação do conceito de pessoa humana, como ser que distingue ou pretende se distinguir de todos os outros seres vivos. Liberdade indica um estado, igualdade uma relação. O homem como pessoa – ou para ser considerado como pessoa – deve ser, enquanto indivíduo em sua singularidade, livre enquanto ser social, deve estar como os demais indivíduos numa relação de igualdade". Verifica-se a partir dos conceitos supracitados que o reconhecimento e a concretização do princípio da igualdade estão intimamente ligados à ideia de liberdade, inclusive no que concerne às questões relacionadas à opção sexual. Liberdade sexual para Maria Helena Diniz é o "direito de disposição do próprio corpo ou de não ser forçado a praticar ato sexual". O direito à liberdade sexual vai muito além de simples disposição do próprio corpo de maneira livre e voluntária, ele envolve a proteção à intimidade, à vida privada, à honra, à dignidade, etc. Assim, não basta ter a liberdade de opção sexual formalmente garantida, é preciso igualdade de direitos materialmente estabelecida. Portanto, inconstitucional e antijurídica qualquer discriminação à pessoa do homossexual, decorrente de sua opção sexual, eis que tal modalidade discriminatória ofende profundamente sua honra subjetiva enquanto indivíduo livre. Discriminar para Maria Luiza Pinheiro Coutinho "significa separar, distinguir, fazer distinção, estabelecer diferença; não se misturar; tratamento desigual de um indivíduo ou grupo de indivíduos, em razão de alguma característica pessoal, cultural, classe social ou convicção religiosa". Assim, a eleição da orientação sexual como critério de diferenciação na relação empregatícia é discriminatória, porquanto não guarda qualquer referência com o contrato de trabalho, trata-se, em verdade, de distinção a partir de característica pessoal, o que afronta o princípio da igualdade. Não aceitar a possibilidade de orientação sexual é negar a natureza humana e violar princípios constitucionais de igualdade e promoção do bem de todos sem qualquer preconceito que leve à discriminação. O preconceito que gera a discriminação dos homossexuais, não permitindo a inclusão social, é a negação da aceitação das diferenças. Este é o desafio para a concepção atual do direito do trabalho efetivar o princípio da proteção ao meio ambiente do trabalho, mormente a tutela da personalidade do trabalhador em face dos danos ambientais, materiais e morais decorrentes dos abusos perpetrados pelo empregador ante a opção sexual de seus empregados. Diante do conjunto probatório, em especial pelo relato da primeira testemunha obreira, ficou comprovado que os superiores hierárquicos faziam "comentários" e "brincadeiras" pejorativas

sobre a opção sexual do autor. A sexualidade dos indivíduos diz respeito à intimidade, à vida particular de cada um e, portanto, é inaceitável permitir invasões nesta esfera (art. 5º, X, da Constituição Federal), ainda que se alegue tratar de ""brincadeira"". Evidentemente que as chacotas e brincadeiras jocosas atingem a imagem e ofendem qualquer empregado. O tratamento no ambiente de trabalho deve ser cordial, saudável, respeitoso, fomentar o crescimento profissional e até mesmo pessoal do trabalhador, nunca ser palco para atitudes que possam rebaixar sua autoestima. Tal precedente, similar, é apropriado: ""a corte de origem, valorando o conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que ficou demonstrado que a dispensa do reclamante se deu em razão de prática discriminatória decorrente de sua opção sexual, motivo que, não bastasse estar totalmente desvinculado do liame jurídico que une empregado e empregador por meio do contrato de trabalho, revela-se violador dos direitos personalíssimos do ser humano, o qual encontra sua máxima expressão na liberdade de escolha, entre a qual se insere a de definir, livremente, a opção sexual"". (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). (TRT 09ª R.; Proc. 06952-2009-872-09-00-3; Ac. 25680-2011; Primeira Turma; Rel. Des. Ubirajara Carlos Mendes; DJPR 01/07/2011) CF, art. 5

É de se ressaltar ainda que uma das maiores indenizações por dispensa discriminatória arbitrada pelo TST foi em um caso de dispensa discriminatória por orientação sexual. Um gerente homoafetivo do Banco Bradesco ingressou com reclamatória trabalhista na 24º VT de Salvador (processo nº TST-RR-1019/2004-024-05-00.8), pleiteando o reconhecimento de dispensa discriminatória e assédio moral, em virtude de sua orientação sexual. O reclamante alegou que era alvo de preconceito por parte de seu superior hierárquico que o xingava de “bicha” e “veado” e chegou a dizer que o mesmo deveria utilizar o banheiro feminino, além de ter sido demitido sob a falsa alegação de justa causa.

A Juíza de primeiro grau julgou parcialmente procedente a reclamatória, condenando o Banco ao pagamento de indenização por danos morais e materiais no valor de novecentos e dezesseis mil reais. O Tribunal Regional reformou a r. sentença, reconhecendo que a dispensa foi discriminatória e aplicando a Lei 9029/95. Em 2009, o TST negou provimento ao Recurso de Revista do banco e manteve a aplicação do artigo 4º, II<sup>363</sup> da Lei 9.029/95. O valor estimado da condenação ultrapassa um milhão e trezentos mil reais.

Cabe ressaltar que a aplicação do artigo 4 da Lei 9.029/95 para os casos de dispensa discriminatória, baseada na diversidade sexual do trabalhador, embora sua

---

<sup>363</sup> 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: II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

utilização ainda seja tímida, vem, lentamente, ganhando força na jurisprudência brasileira.

Como pesquisado por Mauricio Pereira Gomes, das 104 reclamações trabalhistas ajuizadas nos Tribunais Regionais do Trabalho versando sobre discriminação por orientação sexual entre os anos de 1998 a 2008,

Somente em 16 casos (15,38%) houve questionamento da dispensa propriamente dita, com a denúncia de seu caráter discriminatório motivado por orientação sexual, sendo possível aglutiná-los nos seguintes grupos:

- a) em 5 ações identificamos discussão em torno da motivação da dispensa, mas com efeito restrito à pretendida indenização por dano moral;
- b) em outros 7 processos houve o questionamento do ato da despedida em si, com pedido de reintegração no emprego ou o reconhecimento da ocorrência de rescisão indireta; não havendo, contudo, citação às disposições da Lei nº 9.029/95, com a invocação somente dos dispositivos constitucionais antes mencionados, ainda assim de modo genérico;
- c) somente em quatro casos houve invocação expressa e específica das disposições da Lei nº 9.029/95, merecendo uma análise mais detalhada.<sup>364</sup>

No entanto, como já anteriormente mencionado, tal mecanismo legal é plenamente aplicável aos casos de discriminação baseada na diversidade sexual, ensejando ao empregado, quando reconhecida, a faculdade de optar pela reintegração no emprego ou por uma indenização em dobro de toda remuneração do período de afastamento.

Cabe aqui salientar que, especialmente quando falamos de casos de dispensa discriminatória em juízo, devemos repensar a questão das regras do ônus da prova, consoante já mencionado no tópico 3.3.4., a partir da perspectiva de distribuição do ônus da prova, de acordo com a maior aptidão para produzir de determinada parte.

Isso porque no caso de dispensa de empregados, na grande maioria dos casos, o empregador não informa o real motivo justificador do ato, sendo, como diz Wandelli, “possível apenas deduzir o critério ou motivação do ato de indícios e circunstâncias, diante dos quais pode-se ter por lícito atribuir ao empregador demonstrar a inexistência do caráter discriminatório.”<sup>365</sup>

<sup>364</sup> GOMES, Mauricio Pereira. *Discriminação por Orientação Sexual. A Lei nº 9.029/95, uma alternativa pouco explorada.* Disponível em [http://www.abeh.org.br/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&download=295:mm022pdf&id=1:anais-abeh-2012&Itemid=87](http://www.abeh.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=295:mm022pdf&id=1:anais-abeh-2012&Itemid=87). Acessado em 12.01.2013.

<sup>365</sup> WANDELLI, 2004, p. 409.

Desta maneira, vê-se que a discriminação é uma triste realidade da comunidade LGBT no trabalho, seja no momento da seleção, seja durante a relação de trabalho, seja no momento da dispensa. Embora neste trabalho tenhamos coletado diversas decisões judiciais reconhecendo a discriminação e arbitrando indenizações no intuito de reparar, ao menos pecuniariamente, as lesões vivenciadas, percebemos pelos relatos trazidos nos trabalhos mencionados que a discriminação permanece arraigada em nossa sociedade. Torna-se necessário, por tal razão, repensar a necessidade de implementarmos medidas com o intuito de promover uma real inclusão.

### **5.6. A necessidade de lutas sociais para a efetivação dos direitos fundamentais**

Por todo o exposto percebe-se que, embora haja uma centralidade normativa, tanto no que se refere à proteção legal contra a discriminação, como no que diz respeito ao direito fundamental ao trabalho e ao livre desenvolvimento da personalidade, a discriminação enfrentada pela comunidade LGBT é uma realidade que questiona a eficácia de tais direitos.

Ou seja, como pudemos perceber da pesquisa acima referida e como afirma Alice Monteiro de Barros:

Apesar de todos os esforços desenvolvidos pela ação internacional não bastam, portanto, declarações legais enfáticas a respeito da igualdade entre os sexos, pois as formas de discriminação estão arraigadas e levarão muito tempo para serem eliminadas. A igualdade só será atingida quando mudar a mentalidade dos povos, mas é necessário acelerar este processo pela educação do público em geral e pelo incentivo às mulheres para que reivindiquem os seus direitos, conscientizando-as de que deverão assumir, na mesma proporção, os seus deveres, a fim de que possamos viver numa sociedade mais humana, mais justa e mais solidária.<sup>366</sup>

Por tal motivo, é fundamental nos dedicarmos a conferir uma real efetividade ao direito fundamental ao trabalho, à igualdade de tratamento e ao livre desenvolvimento da personalidade, para o alcance de uma sociedade justa e igualitária. Joaquin Herrera Flores, acerca das teorias feministas, propõe três exigências que façam possível o reconhecimento e a representação dos grupos oprimidos, que são: 1) a) apoiar a auto-organização de grupos com a finalidade de

---

<sup>366</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 1153.

lhes dar poder; b) possibilitar sua expressão; c) outorgar-lhes poder de veto sobre políticas que lhes afetem; 2) fazer efetivas as práticas; 3) impulsionar uma nova teoria da justiça.<sup>367</sup>

Ou seja, é importante tornar a sociedade um ambiente justo para a convivência entre os seres humanos, na realização de seus direitos, conscientizando os indivíduos acerca da necessidade de inclusão dos grupos marginalizados.

Nas palavras de Joaquin Herrera Flores:

Las vías de salida no se reducen, pues, a ponerse en el lugar de las víctimas de las injusticias, opresiones y exclusiones. Ya esta bien de auto-nombrarnos los representantes de toda la humanidad. La vía de salida de ese cierre conceptual es la de ponerse ante esas víctimas haciendo de ellas los destinatarios de nuestras investigaciones, de nuestros estudios y de nuestras pedagogías.<sup>368</sup>

Necessário, portanto, percebermos que toda a sociedade merece igual respeito e consideração e uma real eficácia ao direito fundamental ao trabalho e ao livre desenvolvimento da personalidade, o que será alcançado quando destinarmos nossos esforços, estudos e políticas para tanto.

É oportuno ressaltarmos a importância dos movimentos sociais, em especial o movimento LGBT, para alteração da mentalidade discriminatória em nossa sociedade, dando maior notoriedade a tais espaços de luta e reivindicação.

Frise-se que o ambiente de trabalho, por ser o local em que os indivíduos passam significativa parcela de seus dias, deve receber especial atenção no combate à discriminação e na alteração da mentalidade discriminatória.

Ainda com relação ao mercado de trabalho, os grupos minoritários (em especial da minoria LGBT) enfrentam enormes obstáculos aos direitos fundamentais ao trabalho e ao livre desenvolvimento da personalidade, sendo alvo de intensa discriminação.

Mesmo que assegurada a igualdade e a dignidade em diversos instrumentos normativos, inclusive na Constituição Federal e, embora seja a erradicação da discriminação um dos objetivos da Nação Brasileira, é possível perceber que tais práticas discriminatórias estão inseridas em nossas relações, em especial em virtude

---

<sup>367</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. Feminismo y materialismo: hacia La construcción de un “Espacio Social Ampliado”. In: *Anuário Ibero- Americano de Direitos Humanos (2001-2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

<sup>368</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales: Crítica del Humanismo Abstracto*. Madrid: Libros de la Catarata, 2005, p. 72.

da orientação sexual das pessoas dentro das relações trabalhistas. Ou seja, a comunidade LGBT, por suas características particulares, sofre maior discriminação para sua inserção no mercado de trabalho e para a manutenção nos empregos.

A lógica do mercado em que vivemos, que busca o lucro acima de tudo, normalmente a partir da padronização, é uma realidade que acentua a exclusão, em suas diferentes formas de manifestação. Em uma realidade em que não há emprego para todos, são sempre os mesmos os que não são selecionados.

De acordo com Boltanski e Chiapello, pouco a pouco foram sendo exteriorizados e precarizados os mais frágeis física e psiquicamente, os menos maleáveis, os que por um processo conhecido cumulativamente só podia reforçar suas desvantagens na corrida pelo emprego. Os mesmo autores ainda questionam como explicar que a probabilidade de precariedade e, eventualmente, de exclusão social seja diferente de acordo com os atributos da pessoa, a não ser por um processo de seleção que, não sendo nada cego, não reserva o mesmo destino a todos.<sup>369</sup>

Considerando que a cultura da discriminação ainda permanece fortemente arraigada na mentalidade brasileira, vemos no esforço para conceder uma real efetividade aos direitos fundamentais ao trabalho, ao livre desenvolvimento da personalidade e na igualdade de tratamento como o meio mais efetivo para garantir o alcance a uma sociedade mais justa.

Como ensina Ana Carla Harmatiuk Matos, é necessário desenvolver uma capacidade crítica a fim de perceber que alguns valores sociais tidos como “naturais”, são frutos de preconceito, estigma e estereótipos, em especial quando se fala em diversidade sexual.<sup>370</sup> E o Direito do Trabalho, como assevera Wilson Ramos Filho, será tanto mais protetivo das classes dominantes quanto menor for a capacidade de reação e resistência das classes dominadas.<sup>371</sup>

Marcio Túlio Viana argumenta, também, que o Direito não é obra apenas do legislador. Ele vive ou morre a cada dia nas mãos de cada um de nós. Por isso, somos responsáveis por ele, como se fôssemos seus pais. Vivemos em uma época

---

<sup>369</sup> BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Eve. *O novo espírito do capitalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 261.

<sup>370</sup> MATOS, 2004, p. 33.

<sup>371</sup> RAMOS FILHO, 2012, p. 407.

parecida com a I Revolução Industrial, quando o Direito do Trabalho nascia. Repete-se, portanto, a mesma luta.<sup>372</sup>

Desta maneira, para uma sociedade plural e diversa, como a que vivemos, somente se defenderão os direitos fundamentais, os princípios constitucionais e a legislação antidiscriminatória se for aumentada a capacidade de se reduzir injustiças, a partir da mudança na mentalidade e nas atitudes de todos, desejando uma real inclusão social dos grupos oprimidos, em especial da minoria sexual, e um empoderamento dos trabalhadores acerca de serem detentores do conteúdo do próprio trabalho.

Faz-se necessário o enfrentamento da questão por toda a sociedade, a partir do reconhecimento das diferenças por todos e da organização deste grupo minoritário para lutar pela valorização e pela proteção contra a discriminação, por meio de lutas sociais (em especial pelo reconhecimento do movimento LGBT), oportunizando-se um maior empoderamento de todos com vistas ao alcance de um efetivo direito fundamental ao trabalho, à igualdade de tratamento e ao livre desenvolvimento da personalidade, através de movimentos sociais, políticos e dos instrumentos e ações já disponíveis em nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>372</sup> VIANA, Márcio Túlio. Os dois modos de discriminar e o futuro do direito do trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coords). *Discriminação*, São Paulo: Ltr, 2000, p 327.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A diversidade sexual é uma característica humana que é motivo de exclusão e marginalização dentro de nossa sociedade, notadamente pela comunidade LGBT dentro do trabalho; os direitos ao trabalho, à igualdade de tratamento e ao livre desenvolvimento da personalidade são direitos fundamentais de titularidade universal.

Pretendeu-se nesta dissertação analisar a proteção jurídica conferida em face das discriminações vivenciadas no trabalho por este grupo de pessoas, como uma medida de se conferir efetividade aos mencionados direitos fundamentais.

Por diversidade sexual, podemos entender as diversas maneiras de manifestação da sexualidade humana, em especial as diferentes formas de orientação e identidade sexual. A sexualidade é uma condição humana, de busca por prazer, amor, afeto e emancipação, sendo verdadeiro instrumento de construção e desenvolvimento da subjetividade das pessoas, a qual possui quatro aspectos: gênero, papel sexual (comportamento culturalmente identificado como sendo referentes ao masculino ou feminino), identidade sexual (forma como cada pessoa se enxerga e se compreende em relação ao sexo feminino ou masculino) e orientação sexual (que indica por qual sexo a pessoa sente atração física e emocional).

Por tal razão, a sexualidade mostra-se como um elemento chave para a realização dos indivíduos. Já “trabalho”, a partir de nossa perspectiva, ocupa uma posição central na vida das pessoas. Como argumenta Dejours, “a centralidade do trabalho para os seres humanos pode ser percebida na construção de suas identidades, na realização de si mesmos e na saúde mental”.<sup>373</sup>

O reconhecimento adquirido pelo fazer no trabalho transforma o sofrimento inerente a toda relação social em prazer, e o prazer é um ganho obtido no registro da identidade de cada um.

Mas como nos ensina a psicodinâmica do trabalho, o trabalho assim como pode gerar o melhor, pode também gerar o pior – pois possui potencialidades positivas e também negativas. Dejours ainda esclarece que

---

<sup>373</sup> DEJOURS, 2011, *O trabalho como enigma*, p. 164.

O trabalho não produz aquilo que temos de melhor ou de pior unicamente a nível individual. Pode também gerar aquilo que há de melhor a nível coletivo, ou seja, a concórdia e o "vivre-ensemble", tal como pode provocar o pior, ou seja, a solidão – e até a desolação – a desconfiança, o medo e a instrumentalização dos seres humanos que pode chegar ao extremo de levar alguns de entre nós a matarem-se na presença dos próprios colegas.

<sup>374</sup>

As discriminações existentes no trabalho devem ser entendidas como uma das potencialidades negativas, já que se mostram como verdadeiro obstáculo para a estabilidade psíquica dos envolvidos. E a comunidade LGBT, aqui entendida como uma minoria sexual – por ocupar uma posição de não dominância na sociedade – é alvo de intensa exclusão e marginalização no trabalho.

Merece destaque o fato de que nossa sociedade se mostra como intensamente discriminatória, em especial para aqueles que são diferentes dos padrões estabelecidos como universais e gerais – ser um homem, branco, proprietário e heterossexual –, tais como a comunidade LGBT.

O Brasil é um dos países campeões em crimes homofóbicos, conforme relatórios do GGB. Destarte, esta minoria sexual, além de enfrentar o preconceito em sua vida pessoal, também encontra maior dificuldade de desenvolver suas atividades profissionais de forma digna, o que, por vezes, os impossibilita também de reconstruírem suas identidades através do trabalhar.

Ou seja, essas exclusões e discriminações vivenciadas pela comunidade LGBT no trabalho se mostram como uma das potencialidades negativas do trabalho, o que nos impõe a necessidade de avaliarmos quais devem ser as condições fundamentais em um ambiente de trabalho para que haja, ao invés do desenvolvimento das potencialidades negativas, o desenvolvimento das potencialidades positivas, como cooperação e o binômio “contribuição e reconhecimento”. Adiante-se, desde já, que para nós tal fato ocorre, essencialmente, com a concessão de efetividade aos direitos fundamentais ao trabalho, à igualdade de tratamento e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Dito isto, verificou-se apropriado que, antes de adentrarmos na conceituação destes direitos fundamentais como medidas de efetividade à proteção contras as

---

<sup>374</sup> DEJOURS, Ch. (2011). «Trabalhar» não é «derrogar». *Laboreal*, 7, (1), 76-80. Disponível em: <http://laboreal.up.pt/revista/artigo.php?id=48u56oTV6582235338949::5542>. Acessado em 15.01.2013.

discriminações, analisássemos como o Direito intervém nessa triste realidade, analisando qual a proteção legal conferida para estes casos. Para tanto, analisou-se os conceitos dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação, todos a partir da perspectiva de necessidade de reconhecimento das diferenças existentes em nossa sociedade plural.

Por princípio da dignidade da pessoa humana podemos entender, de forma bastante sintética, o direito de todos de não serem instrumentalizados pela sociedade ou Estado, de terem o direito ao livre exercício das diferentes formas de ser de cada um, com vistas a sua inclusão na sociedade.

Diante de tal definição, se percebe que o referido princípio se relaciona umbilicalmente a outro: o princípio da igualdade de tratamento. A igualdade pressupõe neste trabalho não somente o direito a todos de serem iguais perante a lei, mas sim de terem direito a verem suas diferenças reconhecidas publicamente e especialmente protegidas, quando necessário.

Como ensina Herrera Flores:

Evitar los malestares de la emancipación, del desarrollo y del individualismo sólo será posible a medida que vayamos construyendo un espacio social ampliado en el que la lucha contra la discriminación tenga en cuenta, por un lado, la progresiva eliminación de las situaciones de desigualdad y, por otro, convierta las diferencias en un recurso público a proteger. Se trata, por tanto, de tomarse en serio el pluralismo, no como mera “superposición” de consensos, sino como la práctica democrática que refuerza la diferencia de las posiciones en conflicto –las *overlapping opressions*- y se sustenta en la singularidad de sus interpretaciones y perspectivas acerca de la realidad.<sup>375</sup>

Já quanto ao princípio da não discriminação, foi analisado a partir da perspectiva de ser a discriminação toda forma de diferenciação injusta e infundada conferida a certas pessoas. A discriminação pode se mostrar de forma positiva (normalmente exteriorizada a partir de ações afirmativas para inclusão) ou negativa (esta diferenciação injusta mencionada); bem como pode ser direta (baseada em motivos que levam à negação do igual valor das pessoas) ou indireta (quando o agir possui uma falsa ideia de igualdade, mas que na verdade gera prejuízo a um determinado grupo de pessoas).

A partir da observância a tais princípios, percebeu-se que é dever da sociedade respeitar as características e modos de vida de todos, e não somente da maioria generalizada, de forma que todos tenham direito a levarem suas vidas da

---

<sup>375</sup> HERRERA FLORES, De *Habitaciones...*, 2005 p. 51.

forma como bem entenderem, sem que isto seja motivo de exclusão ou marginalização.

Viu-se ainda que, além de tais princípios constitucionais, os quais vedam qualquer prática discriminatória, existem também em nosso ordenamento jurídico mecanismos legais específicos de proteção à discriminação baseada na diversidade sexual.

Ressalte-se que embora ainda possamos perceber certa “resistência legislativa” quanto ao assunto (destacando a omissão constitucional sobre o tema), hoje já é possível encontrarmos diversos instrumentos legais de proteção à discriminação contra a minoria sexual, em diversos Estados do Brasil.

Acontece que, embora tais mecanismos legais se mostrem relevantes para amparar de forma concreta as vítimas, não nos parecem ser suficientes para alterar essa realidade discriminatória e estas potencialidades negativas do trabalho. Como pondera Mauricio Pereira Gomes, a garantia de um trabalho digno para todo trabalhador de modo associado com o direito à livre manifestação da (homo) sexualidade, constitui um desafio para o Direito que está longe de ser superado, diante da realidade brasileira marcada por práticas sexistas e homofóbicas. Tal constatação, no entanto, não pode conduzir a uma imobilidade e à negação das possibilidades que o direito instituído propicia para a luta contra aqueles modos de opressão.<sup>376</sup>

Desta maneira, para este estudo, viu-se a importância de destacar-se a necessidade de reivindicação de efetividade aos direitos fundamentais ao trabalho e ao livre desenvolvimento da personalidade, sendo aquele um direito dos seres humanos de realizarem-se como pessoas através do trabalho, de alcançarem o binômio “contribuição e reconhecimento” através do trabalhar, desenvolvendo suas identidades; e este como aquele que pretende reconhecer e proteger as condições para que os sujeitos possam desenvolver sua identidade e se autorrealizarem através dela.

Ou, como diz Wandelli, se faz oportuno reivindicar “o direito a uma sociedade em que haja a efetiva possibilidade de obter cooperação e solidariedade,

---

<sup>376</sup> GOMES, Mauricio Pereira. *Discriminação por Orientação Sexual. A Lei nº 9.029/95, Uma alternativa pouco explorada.* Disponível em [http://www.abeh.org.br/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&download=295:mm022pdf&id=1:anais-abeh-2012&Itemid=87](http://www.abeh.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=295:mm022pdf&id=1:anais-abeh-2012&Itemid=87). Acessado em 12.01.2013.

a reprodução e desenvolvimento da vida, que inclui a possibilidade de alternativas de vidas que não se subordinem às formas capitalistas de trabalho”.<sup>377</sup>

Desta forma, faz-se de suma relevância conferir efetividade ao direito ao trabalho, e por consequência ao livre desenvolvimento da personalidade, bem como ao direito à igualdade de tratamento como medida de proteção e de luta contra a discriminação experimentada pela comunidade LGBT.

E a análise do direito ao trabalho é aqui defendida a partir da perspectiva de ser este um direito fundamental de que todos têm direito ao conteúdo de seus próprios trabalhos, não o entendendo apenas como um satisfator de necessidades básicas e da vontade do empregador, mas sim como uma real necessidade humana de construção e desenvolvimento da subjetividade, de luta por reconhecimento, autorrealização e emancipação. Ou seja, mostra-se relevante perceber o direito ao trabalho como um direito fundamental de ver e satisfazer o que é necessário para a vida das pessoas, para o desenvolvimento de suas personalidades e de sua estabilidade psíquica.

Já o direito ao livre desenvolvimento da personalidade deve ser percebido como o direito fundamental de proteção de todos os elementos que compõem a subjetividade humana.

Por fim, o direito à igualdade de tratamento deve conferir a todos, em especial aqueles que são diferentes do padrão universal de nossa sociedade, o mesmo tratamento com igual consideração e respeito, com reconhecimento público de suas diferenças.

A partir destes entendimentos, compreendeu-se que somente a partir do reconhecimento, fundamentação e efetividades destes direitos fundamentais poderá se fazer possível a alteração desta realidade de discriminações experimentadas dentro do trabalho pela comunidade LGBT.

Dito de outra forma, as práticas discriminatórias baseadas na diversidade sexual evidenciadas no capítulo 5 deste estudo, tais como assédio moral, dispensa discriminatória, discriminação pré-contratual, impossibilidade de inclusão de dependentes e de licença maternidade para adoções homoparentais, somente poderão ser alteradas pela reflexão acerca da necessidade de reivindicarmos

---

<sup>377</sup> WANDELLI, 2012, p. 348.

efetividade ao i) direito fundamental ao trabalho, como reivindicação de um direito à autorrealização e emancipação de todos pelo trabalho; ii) ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade como aqueles que protegem as condições para que os sujeitos possam desenvolver sua subjetividade e; iii) ao direito à igualdade de tratamento, como direito de todos a serem tratados com mesma consideração e respeito, reconhecendo-se e protegendo-se publicamente as diferenças.

Faz-se oportuno, portanto, compreender os direitos fundamentais a partir do que realmente é necessário para as pessoas, de modo a perceber a necessidade de luta contra os privilégios do grupo dominante e contra as exclusões dos grupos oprimidos. Revela-se imperioso a mobilização de toda a sociedade pela luta contra discriminação e pela efetividade aos direitos fundamentais ao trabalho, a igualdade de tratamento e ao livre desenvolvimento de suas personalidades.

Ou, como diz Herrera Flores, que o direito sirva como luta contra os privilégios econômicos, sociais e jurídicos que fazem com que um grupo ocupe posição de dominação.<sup>378</sup>

Assim, embora se saiba que o Direito, por si só, não será capaz de alterar esta realidade de discriminações, fazendo-se necessária a conscientização de toda a sociedade para que aceite e lute pela diversidade, em suas diversas esferas, através de movimentos sociais, políticos e dos instrumentos e ações já disponíveis em nosso ordenamento jurídico, alega-se neste estudo que um dos caminhos possíveis de alteração se dará pela efetivação aos direitos fundamentais ao trabalho, ao livre desenvolvimento da personalidade e a igualdade de tratamento.

---

<sup>378</sup> HERRERA FLORES, *De Habitaciones...* 2005, p. 52.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005;
- AIEXE, Egídia Maria de Almeida. Uma conversa sobre direitos humanos, visão da justiça e discriminação. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coords). *Discriminação*, São Paulo: Ltr, 2000;
- ALCANTARA, Manoela B., SOUZA, Luciana Pereira de. Reflexões da adoção na relação homoafetiva no contrato de trabalho. In: DIAS, Maria Berenice Dias (Coord.). *Diversidade Sexual e o Direito Homoafetivo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011;
- ALMEIDA, Thiago de e LOURENÇO, Maria Luiza. *Reflexões: conceitos, estereótipos e mitos acerca da velhice*. Disponível em [http://www.crie.mindu.pt/files/@crie/1220024513\\_03\\_SACAUSEF\\_III\\_10a30.pdf](http://www.crie.mindu.pt/files/@crie/1220024513_03_SACAUSEF_III_10a30.pdf). Acessado em 20.10.2012;
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Edições Almedina, 2004, 3. ed.;
- BANAJI, Mahzarin. Sitio eletrônico: <http://www.people.fas.harvard.edu/~banaji/>;
- BARACAT, Eduardo Milleo. *Boa fé no Direito Individual do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2003;
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2008;
- BARROS, Alice Monteiro. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coords). *Discriminação*, São Paulo: Ltr, 2000;
- BARROSO, Luís Roberto. A Igualdade perante a Lei. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 19, n. 78, p. 65-77, abr. jun. 1986;
- BARROSO, Luiz Roberto. *Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em

- [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais\\_171109.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf), acessado em 26.07.2012;
- BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições Cíveis no Direito do Trabalho: Curso de Direito Cível aplicado ao Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 4<sup>o</sup> edição, 2009;
- BENDA, Ernest. *Dignidad humana y derechos de la personalidad*, In: *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública e Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996;
- BEZERRA, Ricardo dos Santos. *Discriminação por Orientação Sexual na Perspectiva nos Direitos Humanos: Um Panorama da Legislação, Jurisprudência e Ações Afirmativas no Brasil*. Disponível em [http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110829/1/DDTTS\\_Bezerra\\_Dos\\_Santos\\_R\\_Discriminacion.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110829/1/DDTTS_Bezerra_Dos_Santos_R_Discriminacion.pdf). Acessado em 21.10.2012;
- BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Eve. *O novo espírito do capitalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009;
- BUTLER, Judith, *Problemas de gênero – Feminismo e subversão da identidade*, Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2003, 1<sup>a</sup> Edição, Tradução: Renato Aguiar;
- CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *Direito do Trabalho da Mulher*, São Paulo: LTr, 2007;
- CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4<sup>a</sup> ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000;
- CARDOSO, Fernando Luiz. *O conceito de orientação sexual na encruzilhada entre sexo, gênero e motricidade*. Disponível em [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0034-96902008000100008&script=sci\\_arttext](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0034-96902008000100008&script=sci_arttext). Acessado em 11.10.2012;
- COELHO, Luciano Augusto. *A Pré-Contratualidade na Relação de Emprego*. Disponível em [http://www.trt9.jus.br/internet\\_base/arquivo\\_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1551511](http://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1551511). Acessado em 05.01.2013;
- COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2008;
- DEJOURS, Christophe. In: Selma Lancman & Laerte I. Szneman (organizadores). *CHRISTOPHE DEJOURS: Da Psicopatologia à Psicodinâmica Do Trabalho*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz/ Brasília: Paralelo 15, 3<sup>o</sup> edição, 2011;

- DEJOURS, Christophe. *Subjetividade, trabalho e ação*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/prod/v14n3/v14n3a03.pdf>. Acessado em 30.01.2013;
- DEJOURS, Ch. (2011). «Trabalhar» não é «derrogar». *Laboreal*, 7, (1), 76-80. Disponível em: <http://laboreal.up.pt/revista/artigo.php?id=48u56oTV6582235338949::5542>. Acessado em 15.01.2013;
- DEJOURS, Christophe. *Trabalho Vivo: Trabalho e Emancipação*. Brasília: Paralelo 15, 2012;
- DEJOURS, Christophe. *Trabalho Vivo: Trabalho e sexualidade*. Brasília: Paralelo 15, 2012;
- DELGADO, Mauricio Godinho. Proteção contra a discriminação na relação de emprego. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coords). *Discriminação*, São Paulo: Ltr, 2000;
- DIAS, Maria Berenice. Direito à diferença, *Revista Jurídica Areópago da Faculdade Unifaimi*, Ano I. 3ª Ed. São Paulo: Unifaimi, 2008;
- DIAS, Maria Berenice. *Politicamente correto*. Disponível em <http://www.consciencia.net/2003/06/07/homoafeto.html>. Acessado em 16.11.2012;
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trota, 4ª edição, 2004;
- FACCHINI, Regina. *O movimento homossexual no Brasil*. Disponível em [http://segall.ifch.unicamp.br/publicacoes\\_ael/index.php/cadernos\\_ael/article/viewFile/73/75](http://segall.ifch.unicamp.br/publicacoes_ael/index.php/cadernos_ael/article/viewFile/73/75). Acessado em 25.11.2012;
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia dos Oprimidos*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991;
- FREIRE, Roberto. Orgasmo e Tesão, sexo e revolução. In: *Revista Libertárias: Revista de Cultura Libertária*, n. 03. São Paulo, set. 1998;
- FREUD, Sigmund. *Três ensaios sobre a Teoria da Sexualidade*. Rio de Janeiro: Imago Ed., 2002;
- FRY, Peter. Da hierarquia à igualdade: a construção histórica da homossexualidade no Brasil, in *Para Inglês Ver*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982;
- FRY, Peter e MACRAE, Edward. *O que é homossexualidade*. 3ª. Ed. São Paulo: Brasiliense, 1984;

- GARCIA, Agnaldo e SOUZA, Eloisio Moulin de. *Sexualidade e trabalho: estudo sobre a discriminação de homossexuais masculinos no setor bancário*. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122010000600005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122010000600005). Acessado em 05.01.2013;
- GARGARELLA, Roberto. *Derecho a la protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: AdHoc, 2005;
- GEDIEL, Jose Antonio Peres. A Irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003;
- GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora Unesp, 1993;
- GOLDMAN, Emma. La trampa de la protección. In: BAIGORRIA, Osvaldo. *El amor libre: Eros e anarquia*. 1 ed. Buenos Aires: Libros de Anarres, 2006;
- GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Guanabara, 1988;
- GÓIS, Luiz Marcelo F. de. *A caminho de um direito trabalhista constitucional*. São Paulo: Ltr, 2010;
- GOMES, Eduardo Biacchi e BOTH, Laura Garbini. Direito das Minorias e Inclusão Digital: Análise do Caso da Rede Nacional de Quilombos Digitais (Rnqd), In *Democracia E Desenvolvimento Sustentável na América do Sul*. p. 62-70;
- GOMES, Fabio Rodrigues, *O Direito Fundamental ao Trabalho: Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-Analítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008;
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. Disponível em: <http://www.lpp-erj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>. Acessado em 15.03.2012;
- GOMES, Mauricio Pereira. *Discriminação por Orientação Sexual. A Lei nº 9.029/95, Uma alternativa pouco explorada*. Disponível em [http://www.abeh.org.br/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&download=295:mm022pdf&id=1:anais-abeh-2012&Itemid=87](http://www.abeh.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=295:mm022pdf&id=1:anais-abeh-2012&Itemid=87). Acessado em 12.01.2013.

- GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: LTR, 2007;
- GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da Mulher no Emprego*, Curitiba: Editora Genesis, 2003;
- GOSDAL, Thereza Cristina. Reflexões acerca do assédio sexual no trabalho. In: RAMOS FILHO, Wilson (Coord). *Trabalho e Regulação no Estado Constitucional*. Volume III. Curitiba: Juruá, 2011;
- GROSSI, Miriam Pillar. *Identidade de Gênero e Sexualidade*. Disponível em [http://www.miriamgrossi.cfh.prof.ufsc.br/pdf/identidade\\_genero\\_revisado.pdf](http://www.miriamgrossi.cfh.prof.ufsc.br/pdf/identidade_genero_revisado.pdf). Acessado em 23.01.2013.
- GRUBBA, Leiliane Serratine e Cademartori, Luiz Henrique Urquhart, *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: Convergências entre Joaquín Herrera Flores e Luigi Ferrajoli*. Disponível em <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/1445/921>. Acessado em 25.01.2013.
- HERRERA FLORES, Joaquín, De Casa de Muñecas al Cyborg: nuevas metáforas para una crítica materialista del patriarcalismo. *Revista Crítica Jurídica*, n.º 23, Jan/Dez 2004;
- HERRERA FLORES, Joaquín. Feminismo y materialismo: hacia La construcción de un “Espacio Social Ampliado”. In: *Anuário Ibero- Americano de Direitos Humanos (2001-2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002;
- HERRERA FLORES, Joaquín. De habitaciones propias y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos N°33*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2005;
- HERRERA FLORES, Joaquin. *Los derechos humanos como productos culturales: Crítica del Humanismo Abstracto*. Madrid: Libros de la Catarata, 2005;
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes*. Coimbra: Atlantida, 1960;
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Os Direitos da Personalidade na Perspectiva dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional do Trabalho*. Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n9/3.pdf>. Acessado em 17.12.12;

- LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos Discriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006;
- MACDOWELL, Pedro de Lemos. Geografia do gênero: do (não) lugar de travestis e outros abjetos na cidade. Trabalho apresentado no *XVI Encontro Nacional de Estudos Populacionais*, realizado em Caxambu, MG. Brasil. 29 de setembro a 03 de outubro de 2008. Disponível em: [http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP2008\\_1467.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP2008_1467.pdf). Acessado em 09.11.2012;
- MALLET, Estevão. Discriminação e Processo do Trabalho. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coords). *Discriminação*, São Paulo: Ltr, 2000;
- MALLET, Estevão. *Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho*. Disponível em <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/18077>. Acessado em 24.10.2012;
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Uniãos entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004;
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª Ed, 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000;
- MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso. *O Direito à Orientação Sexual como Decorrência do Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1770/1410>. Acessado em 18.12.2012;
- MORAES, Maria Alice Bodin de. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003;
- MOTT, Luiz. *Antropologia, teoria da sexualidade e direitos humanos dos homossexuais*. Disponível em [http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v01n01art03\\_mott.pdf](http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v01n01art03_mott.pdf). Acessado em 25.07.2012;
- MOTT, Luiz. *Teoria Antropológica e Sexualidade Humana*. Disponível em <http://www.antropologia.ufba.br/site-antigo/artigos/teoria.pdf>. Acessado em 04.11.2012;
- NASCIMENTO, Sonia Mascaro. *Assédio Moral*. São Paulo: Saraiva, 2009;
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006;

- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009;
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Orientação sexual e discriminação no emprego. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coords). *Discriminação*, São Paulo: Ltr, 2000;
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2000;
- PRONER, Carol. Inclusão Social e a Classe que vive do trabalho. *Carta Maior*. Disponível em: [http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia\\_id=20774](http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=20774); acessado em 28.08.2012;
- RAMOS FILHO, Wilson. *O Direito Capitalista do Trabalho – História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: Ltr, 2012;
- RIBAS, Ana Cláudia. *Corpo, Liberdade e Anarquismo: Perspectivas libertárias nas páginas do jornal A Plebe durante a primeira metade do século XX*. Disponível em: [http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1308158834\\_ARQUIVO\\_artigoanpuh2011.pdf](http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1308158834_ARQUIVO_artigoanpuh2011.pdf). Acessado em 15.08.2012;
- RIOS, Jorge Raupp. *A Discriminação por Gênero e por Orientação Sexual*. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo05.pdf>, p. 162, Acessado em 15.03.2012;
- RIOS, Roger Raupp. Direitos Fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. *Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. Brasília, dez. 1998, nº 6;
- RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;
- ROCHA, Carmem Lucia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade. *Revista Informação Legislativa*, vol. 33, n. 131, jul/set. 1996;
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2000;
- RODRIGUES, Rita C. C.; *Orientação sexual e direitos humanos*. Disponível em <http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/34116>; acessado em 12/10/2012;
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;
- SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito Privado: o caso Brasileiro. In: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspectiva de*

*direito Comparado*. Org. MONTEIRO, Antonio; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo. Coimbra: Almedina, 2007;

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões de dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005;

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI; Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012;

SEGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002;

SILVA, Leda Maria Messias da, e OLIVEIRA, Livia Maria Bressani de. *A Diversidade Sexual no Ambiente de Trabalho e os Direitos de Personalidade*. Disponível em [www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/.../1667](http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/.../1667). Acessado em 06.01.2013;

SILVA, Sofia Viela de Moraes. *Transexualidade e discriminação no mercado de Trabalho*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/transexualidade-e-discrimina%C3%A7%C3%A3o-no-mercado-de-trabalho>. Acessado em 09.11.2012;

SIMON, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: Ltr, 2000;

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Proteção contra dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. *Revista LTR*. Legislação Trabalhista; Nov/2004;

SOUZA FILHO, Alípio de. *Orientação sexual: construção política do desejo, ou crítica da substancialização*. Disponível em [http://www.cchla.ufrn.br/alipiosousa/index\\_arquivos/ARTIGOS%20ACADEMICOS/ARTIGOS\\_PDF/Orientacao%20sexual%20-%20a%20construcao%20politica%20do%20desejo.pdf](http://www.cchla.ufrn.br/alipiosousa/index_arquivos/ARTIGOS%20ACADEMICOS/ARTIGOS_PDF/Orientacao%20sexual%20-%20a%20construcao%20politica%20do%20desejo.pdf). Acessado em 12.10.2012;

SOUZA SANTOS, Boaventura de. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988;

SOUZA SANTOS, Boaventura. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003;

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ?En qué medida vinculan a los particulares los derechos particulares? In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003;

VIANA, Márcio Túlio. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (Análise da Lei n.º 9.029/95). In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coords). *Discriminação*, São Paulo: Ltr, 2000;

VIANA, Márcio Túlio. Os dois modos de discriminar e o futuro do direito do trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coords). *Discriminação*, São Paulo: Ltr, 2000;

WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva. O direito (do trabalho) em busca de uma racionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004;

WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade*. São Paulo: LTR, 2012;

WUCHER, Gabi. *Minorias: proteção internacional em prol da democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000;

[www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br) - Site do IBGE

[www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br) – Site do IPEA

[www.ibope.com.br](http://www.ibope.com.br) – Site do IBOPE

[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br) – Site do Senado Federal

[www.oitbrasil.org.br/](http://www.oitbrasil.org.br/) - Site da OIT Brasil

<http://portal.mj.gov.br> - Site do Ministério da Justiça - Brasil Sem Homofobia, Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual.

OBSERVAÇÃO GERAL n.º 18 da CDESC da ONU – Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/403/16/PDF/G0640316.pdf?OpenElement>.