

A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

LEANDRO KREBS GONÇALVES*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Proteção no ordenamento jurídico nacional; 3 A identidade humana; 4 Aspectos conceituais sobre orientação sexual; 5 Ações afirmativas ou discriminação positiva; 6 Casuística; 7 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Promover a igualdade de oportunidades e eliminar todas as formas de segregação são alguns dos elementos basilares da Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho e da Agenda do Trabalho Decente da Organização Internacional do Trabalho. Desse modo, trabalho decente exige o preenchimento de um somatório de requisitos indispensáveis para tal enquadramento, que estão elencados no art. 3º da Convenção nº 189 da OIT:

- (a) a liberdade de associação e a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva;
- (b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- (c) a erradicação efetiva do trabalho infantil; e
- (d) **a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.**

“A discriminação afeta profundamente o exercício e a plenitude da realização humana na fruição de outros direitos de caráter fundamental e essenciais para o desenvolvimento regular da existência pessoal em condições idênticas aos demais seres humanos” (LIMA, 2011, p. 52). O direito humano a não discriminação é a essência em que se funda a defesa das pessoas segregadas devido à sua orientação sexual.

No que diz respeito à homossexualidade, por estar dentro da esfera da intimidade do indivíduo, a forma como o empregado conduz sua vida privada está intrinsecamente ligada à liberdade pessoal. Ao indicar a maior visibilidade dos debates sobre discriminação por orientação sexual dentro da sociedade brasileira e as consequentes repercussões no Poder Judiciário, assevera Maurício Pereira Gomes:

* Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – RS. Doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP).

E como não poderia ser diferente, repercute também nas cortes de Justiça do país, num testemunho de que estamos assistindo a um processo histórico de mudança da sensibilidade coletiva e individual quanto aos limites do que é tolerável e intolerável em termos de (homo) sexualidade e, por contraste, na questão da homofobia (GOMES, 2011, p. 71).

Nas relações de trabalho, uma das espécies das relações sociais, também se impõe o respeito ao trabalhador, como tal e como indivíduo, conforme destaca Paulo Eduardo Vieira de Oliveira:

Assim sendo, não pode o empregador, em qualquer das fases do contrato de trabalho, discriminar o empregado em virtude de sua condição de homossexual, mormente, quando este desenvolve suas atividades laborais de maneira recatada. Quando o tema é objeto de seminários acadêmicos, há quem aponte certos comportamentos estranhos de homossexuais. O decoro que o empregador pede de todo e qualquer empregado é exigível também do homossexual. Configurada a discriminação, ocorre o dano pessoal, ressarcível (OLIVEIRA, 2010, p. 91).

O que é “maneira recatada”? Quais seriam esses “comportamentos estranhos”? Haveria ainda um estereótipo homossexual? A forma de falar e a apresentação física podem até revelar a orientação sexual, mas já é tempo de abrimos os olhos para ver que existem homossexuais em todas as áreas profissionais, isso sem referir nos núcleos familiares. “No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum” (BARROSO, 2010, p. 31). Além disso, precisamos pensar até que ponto os “erros de conduta” homossexual também não se repetem entre os heterossexuais, sem que esses sofram tão severa reprovação.

É certo que o indivíduo, ao sofrer prática discriminatória, no cumprimento das obrigações advindas da prestação do seu labor, será considerado vítima de preconceito ocasionado pela relação de trabalho. Desse modo, além de analisar o perfil das demandas atuais que chegam à Justiça do Trabalho sobre o tema, objetiva-se, com a elaboração desse artigo, sensibilizar e motivar o aperfeiçoamento das formas de proteção da intimidade, além de discutir o limite do poder de direção patronal, o que repercutirá, diretamente, no respeito à individualidade de cada trabalhador dentro do seu local de labor.

2 PROTEÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Inicialmente, como marco teórico desse estudo, destacamos o teor do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, segundo o qual:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores

supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil [grifo nosso].

Segundo o art. 1º, III, da CF, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República Federativa do Brasil. No art. 3º, IV, da CF, é traçado como objetivo substancial a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Por fim, dentro do mesmo Texto Constitucional, no seu art. 5º, X, além de definir a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, preceitua a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Além dos mencionados dispositivos constitucionais, o art. 1º da Lei nº 9.029/95 apresenta catálogo exemplificativo de proibições de prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso ou de manutenção da relação de emprego, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Ressalvam-se, apenas, por um critério de razoabilidade, as hipóteses de proteção ao menor, além de outras situações que exijam a tutela do Estatal como forma de salvaguardar a incolumidade física e mental do indivíduo. Sobre o tema, comenta Firmino Alves Lima:

Uma norma de igualdade mais efetiva deve, antes de tudo, reconhecer as diferenças entre os seres humanos, valorizando-as a ponto de receber um tratamento jurídico de reconhecimento, proteção e manutenção mediante garantias não somente voltadas à manutenção da igualdade, mas também à manutenção das diferenças. Elas compõem a natureza humana, que é o objeto da proteção dos direitos humanos, para preservar a integridade física e moral do ser humano, procurando proporcionar-lhe todas as possibilidades de desenvolvimento pessoal na busca de sua felicidade. Ignorar as diferenças entre as pessoas é violar a essência do ser humano, a sua identidade pessoal e a sua potencialidade de desenvolvimento, e traduz-se em uma negativa da condição de pessoa humana (LIMA, 2011, p. 33).

A partir de delimitação da norma constitucional, traça-se um limite ao poder empresarial de questionar o modo como o empregado conduz sua vida privada, exceto quando isso traga alguma repercussão negativa no resultado do seu trabalho. A orientação sexual do subordinado não diz respeito ao empregador, nem pode servir de pretexto para justificar perseguições.

Como bem ressalta Yara Maria Pereira Gurgel (2010, p. 50), “[...] toda e qualquer discriminação, dentre as quais aquelas baseadas em razões como raça, sexo, cor, estado civil, orientação sexual, idade, nacionalidade ou condição física, além de arbitrária, contraria o princípio da dignidade da pessoa humana”. Não cabe aceitar, portanto, suas mais diversas formas de apresentação,

independente do ordenamento fazer referência expressa, já que, ao final, deve prevalecer o respeito à diversidade humana como principal sintoma da democracia.

3 A IDENTIDADE HUMANA

Ao sustentar a equivalência de valores dos seres humanos, Yara Maria Pereira Gurgel (2010, p. 51), afirma que “[...] todo *homo sapiens*, em sua condição de total vitalidade, é dotado da razão e, por isso, tem como um dos maiores patrimônios da humanidade a liberdade de escolha, que representa sua identidade pessoal”. Todos nós somos detentores dos mesmos direitos e titulares da mesma dignidade, independe dos traços pessoais de cada um e que nos tornam seres únicos dentro da Humanidade. Sobre o assunto, mais uma vez, reportamo-nos aos ensinamentos de Yara Maria Pereira Gurgel:

A partir da percepção de que a espécie humana é absolutamente idêntica, no que tange à carga genética, aos fatores e necessidades biológicas, à racionalidade, à capacidade de ter sensações e emoções, sendo dotada de vontade, consciência e liberdade de pensamento, atributos necessários ao livre-arbítrio, entende-se que todo homem e toda a mulher são detentores de direitos, em especial à vida digna, visto que são seres únicos e insubstituíveis (GURGEL, 2010, p. 50).

Ao tratar do substrato material da dignidade, Maria Celina Bodin de Moraes defende que “[...] deve ser entendido como o sujeito moral que reconhece a existência de outros como sujeitos iguais a ele, merecedores do mesmo respeito de que é titular, dotados de vontade e partes do grupo social, com a certeza de que não serão marginalizados.”¹ Relacionando a importância do Direito no enfrentamento das questões atinentes à orientação sexual, Luís Roberto Barroso parte das seguintes premissas, que também servem para o enfoque das relações laborais:

Nessa linha, cabe declinar, ao início, que o presente estudo se funda nas seguintes visões de mundo: 1) a homossexualidade é um fato da vida; 2) as relações homoafetivas são fatos lícitos e relativos à esfera privada de cada um; 3) o intérprete constitucional deve ser movido por argumentos de razão pública e não por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais; 4) o papel do Estado e do Direito é o de acolher – e não o de rejeitar – aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância (BARROSO, 2010, p. 34).

A tarefa de respeitar as diferenças não é nada fácil. Afinal, todos nós temos preconceitos e, para uma convivência pacífica, torna-se necessário superá-los, até mesmo no ambiente de trabalho. Nesse aspecto, parafrazeando

¹ O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. (SARLET, 2003 *Apud* GURGEL, 2010, p. 31).

o Apóstolo Marcos (12:33), amar o próximo como a si mesmo, pode ser mais do que todos os holocaustos e sacrifícios.

Talvez nossa maior resistência, em respeitar a identidade humana e a igualdade das pessoas, seja o hábito de censurar as condutas dos outros, muitas vezes, sem sequer ter claro o real motivo de irresignação, mas por mirarmos nossas ações como sendo as corretas para os demais, o que nos leva a uma visão distorcida e errônea da realidade plural que nos cerca. A respeito do assunto, valem os ensinamentos da Ministra Relatora Dora Maria da Costa, nos fundamentos da decisão proferida em 16.02.2011, nos autos do Processo nº AIRR 122940-79.2006.5.04.0305, com publicação no DEJT 18.02.2011:

[...] Por fim, não é incomum em questões de gênero como a do presente caso, que os conflitos se manifestem mais amiudamente contra objetos de identificação mais próximos – homens conservadores tendem a se sentir mais ameaçados por homossexuais masculinos do que por lésbicas. O inverso (mulheres agredirem outras por apresentarem orientação sexual diversa, ou mesmo somente por adotarem comportamento mais libertário e independente) também é verdadeiro. O homem, ser essencialmente social, tende a se enquadrar em estereótipos masculinos e femininos tão rígidos (às vezes a custo de grande sacrifício pessoal) que muitas vezes reage de forma desproporcional diante do que lhe parece estranho, diferente, não convencional. Mas o processo de estranhamento acima relatado não justifica a ofensa, a perseguição, o maltrato, principalmente quando esse vem de um superior, dado o estado de subordinação insito ao contrato de trabalho, que torna o subordinado indefeso.

Afinal, como já dito por Thomas Hobbes, na obra “Do Cidadão”, ao enxergamos as atitudes dos outros “[...] como num espelho, todas as coisas que estão do lado esquerdo aparecem à direita, e o que estava no lado direito parece figurar à esquerda”. Pensamos que o melhor seja ver o outro ao seu lado, de modo que as características de um estejam em pé de igualdade com as suas próprias.

4 ASPECTOS CONCEITUAIS SOBRE ORIENTAÇÃO SEXUAL

Convém, de início, apontar uma divergência terminológica entre *orientação* ou *opção* sexual. Cremos que a primeira é a mais correta, na medida em que melhor traduz a essência do indivíduo, afastando, de pronto, a ideia de que pudesse existir uma escolha mecânica ou racional daquilo que se sente. É porque é, e pronto. O indivíduo até pode escolher sua representação dentro da sociedade, mas isso não muda o seu interior, nem os torna um doente passível de cura. Aquilo que cada um sabe de si, independe do que os outros enxergam.

Existe uma pluralidade de termos que tenta acompanhar as diferentes orientações sexuais. Antes, falava-se em heterossexuais, homossexuais e bissexuais. Agora, deparamo-nos travestis ou transexuais, o que, desde logo,

desafia um novo “enquadramento”, fora dos nossos conceitos primários “precisos”. Existe uma gama de formas de expressar a sexualidade, a exigir uma construção cultural e social permanentes, inclusive dentro do ambiente de trabalho. Ainda que se tente “codificar” todas essas variantes, por construção cultural de cada sociedade, é certo que não estão necessariamente ligadas a diferenças anatômicas entre os seres humanos, ainda que se tornem cada vez mais recorrentes as cirurgias de mudanças de sexo, inclusive dentro do Sistema Único de Saúde.

Como estamos tratando de uma espécie de discriminação, descarta-se uma análise da perspectiva heterossexual, por não sofrer ataques significativos, pois “[...] já é naturalmente imposta pelo espírito de conservação e reprodução do ser humano” (PAMPLONA FILHO, 2010, p. 161). Na discussão pela igualdade, surge a homofobia como tema das mais recentes manchetes da mídia, independente de outras nomenclaturas utilizadas para formas específicas de discriminação por motivo de orientação sexual.

Evidencia-se a necessidade de se fazer uma interpretação sociológica da expressão “sexo”, de modo a adaptá-la aos debates jurídicos atuais sobre igualdade, o que quebraria com a dicotomia original e ampliaria o conceito para a diversidade sexual reconhecida na atualidade (RODRIGUES, 2012, p. 280). Mais uma vez, conceitos da antiga moral e bons costumes devem sofrer uma releitura, para melhor compreensão da realidade social.

5 AÇÕES AFIRMATIVAS OU DISCRIMINAÇÃO POSITIVA

No reequilíbrio da igualdade, impõe-se ao Estado a tarefa de promulgar normas, de aplicação nos âmbitos público e privado, cujo objetivo seja promover a integração social das pessoas pertencentes aos grupos excluídos, em razão das desigualdades construídas pelo Homem, dentro do seu processo de desenvolvimento coletivo (econômicas, sociais e culturais), ou físicas entre as pessoas, que estão ligadas à própria anatomia humana.

Com relação às primeiras, inserem-se diversas problemáticas, a saber o ingresso dos alunos de escolas públicas nas universidades de ensino superior, a reserva de candidaturas a cargos políticos a mulheres. Na segunda, exemplificamos na reserva de quotas dos cargos públicos às pessoas portadoras de necessidades especiais, como os cegos.

“O Estado inimigo das minorias, protagonista da repressão e da imposição da moral dominante, como se fosse a única legítima, tem cedido passo, historicamente, ao Estado solidário, agente da tolerância e da inclusão social” (BARROSO, 2010, p. 36). Sobre o tema, acrescenta Maurício Godinho Delgado:

O combate a discriminação é uma das mais importantes áreas de avanço do direito característico das modernas democracias ocidentais. Afinal, a sociedade democrática distingue-se por ser uma sociedade suscetível a processos de inclusão social, em contraponto às antigas sociedades, que se caracterizavam por serem reinos fortemente impermeáveis de exclusão social e individual (DELGADO, 2010, p. 108).

Na luta contra a exclusão, José Cláudio Monteiro de Brito Filho apresenta dois caminhos que podem ser seguidos:

O combate às práticas discriminatórias, desde que iniciado, pode ocorrer, basicamente, de duas formas, pela pura e simples adoção de normas que vedem e reprimam a discriminação ou pela adoção de disposições que favoreçam a inclusão de integrantes de determinados grupos, em prática que se convencionou chamar de ação afirmativa, e que é mais recente (BRITO FILHO, 2013, p. 61).

As políticas de quotas antes referidas inserem-se dentro das denominadas ações afirmativas, que buscam assegurar a grupos desfavorecidos a igualdade de exercício de direitos na vida em sociedade. Criam, na verdade, condições diferenciadas de acesso a determinados bens a pessoas segregadas, como forma de produzir a igualdade real entre as pessoas, e não privilegiar alguns em detrimento dos demais. Trata-se de um corretor das desigualdades oriundas das mais diversas formas de discriminação. José Cláudio Monteiro de Brito Filho identifica uma finalidade comum das formas de combate a discriminação, assim sintetizando:

[...] o modelo das ações afirmativas sustenta-se na mesma idéia inicial do modelo repressor: a igualdade entre as pessoas, dando, outrossim, passo a mais, ao buscar, por meio de medidas variadas, permitir que os indivíduos tenham acesso a bens que, por diversas circunstâncias, mas que nascem da discriminação, lhes são negados.

São políticas compensatórias e que devem ser temporárias, pois, a partir do momento em que a sociedade “aprende” a valorizar esses indivíduos, tornam-se desnecessárias. “Não há dúvidas de que as ações afirmativas, de forma coerente com o seu objetivo, que é o de promover a igualdade, só se justificam até que seja alcançada.” (BRITO FILHO, 2013, p. 69). Como amostra, citamos o art. 373-A, parágrafo único, da CLT, que, ao proteger o trabalho da mulher, permite a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento de políticas de isonomia entre homens e mulheres (em especial, quanto à formação profissional, acesso ao emprego e condições gerais do trabalho da mulher).

Objetivam acelerar a conquista da igualdade substantiva em detrimento das desigualdades de fato existentes. Destinam-se aos grupos vulneráveis, em especial no ensino e no mercado de trabalho, no que diz respeito ao acesso aos bens da vida e às oportunidades de crescimento e de vida independente. Verdadeiros instrumentos de transformação, proporcionam a inclusão social. Dão efetividade ao princípio da isonomia material e buscam romper com o círculo vicioso de exclusão das minorias sociais. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira resume:

Na “ação positiva”, o direito leva em consideração situações concretas e permite que se dêem maiores oportunidades a certas pessoas em condições especiais, porque, em se tratando de justiça distributiva que visa equiparar, não se ferem normas de direito dando mais a quem tem menos (OLIVEIRA, 2010, p. 88).

Além da destinação legal de vagas, a Justiça do Trabalho também pode ser integrada no campo das ações afirmativas, como no julgamento das ações civis públicas, em que, por hipótese, seja compelida a empresa a adotar medidas preventivas e de caráter educativo, como a promoção de cursos nos locais de trabalho e o custeio de campanha publicitária, com o propósito de prevenir e inibir condutas discriminatórias. O caráter pedagógico, nessa hipótese, ultrapassa os muros da empresa, passando a ter uma valiosa repercussão social.

6 CASUÍSTICA

A relação de trabalho não é excludente da tutela à intimidade do trabalhador, enquanto pessoa, dentro do local de trabalho, sob pena de ocorrer verdadeira “degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do emprego” (BARROS, 2010, p. 643). “A inserção do empregado no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui uma espécie” (BARROS, 2010, p. 643). Alice Monteiro de Barros assim sintetiza:

O contrato de trabalho não poderá constituir “um título legitimador de recortes no exercício de direitos fundamentais”, assegurados ao empregado como cidadão. Os direitos fundamentais não deverão ser afetados quando o empregado se insere no organismo empresarial, admitindo-se, apenas, sejam modulados os direitos fundamentais na medida imprescindível do correto desenvolvimento da atividade produtiva (BARROS, 2010, 643-644).

A condução da vida privada do empregado não diz respeito ao empregador, ressalvadas algumas pequenas limitações indispensáveis na dialética da atividade produtiva. Na Justiça do Trabalho, temos julgado ações em que a orientação sexual do empregado tem servido de pretexto ao empregador, para justificar perseguições que resultam em indenizações por danos e assédios morais, além de dispensas discriminatórias.

Por um lado, existe o reconhecimento de que as disposições da Lei nº 9.029/95 alcançam e coíbem as práticas discriminatórias por orientação sexual. De outro, dentro da problemática, vem à tona a discussão acerca de assédio moral (vertical ou horizontal), função social da propriedade, gravidade das ofensas verbais e das expressões utilizadas dentro do ambiente de trabalho, limites do poder de gestão do empregador, ônus da prova e forma de colheita da prova oral, responsabilização patronal por um meio ambiente de trabalho sadio, responsabilidade patronal por atos dos seus prepostos,

além da necessidade do empregador dispensar tratamento isonômico entre hetero e homossexuais.

Assim como nos casos de assédio sexual no trabalho, os casos de discriminação por orientação sexual exigem uma análise cuidadosa da prova, muitas vezes, levando em consideração indícios e circunstâncias indiretas ao contexto probatório dos autos, como a reação da vítima aos ataques (verbais ou físicos) do agressor. Os danos de natureza moral são de tal ordem que impossibilitam a comprovação efetiva e, por isso, não se pode exigir produção de prova do dano moral em si, sendo sua ocorrência extraída de presunção firmada a partir dos fatos apurados.

Além disso, é certo que a responsabilidade do empregador apenas pode ser identificada por aquilo que pode controlar dentro do ambiente laboral, assumindo relevo o momento da ciência do empregador sobre a ocorrência de condutas discriminatórias no local de labor, bem como a rapidez e a eficácia da resposta patronal correspondente. Não se pode permitir que tais práticas tornem-se corriqueiras nos locais de trabalho.

O trabalhador homossexual não deve se sentir inferiorizado, a ponto de esconder sua orientação sexual, como se não tivesse família, amores ou amigos, ou ainda, por medo de alguma forma de retaliação no trabalho. Em contrapartida, tendo outras pessoas conhecimento desse fato, por si só, não fica autorizado que colegas e superiores possam torná-lo alvo constante de brincadeiras de mau gosto, piadas constrangedoras e de comentários maldosos. A respeito da visibilidade da orientação sexual, comenta Rodolfo Pamplona Filho;

Certo, porém, é que, independentemente da visão ideológica, política, filosófica ou religiosa de cada indivíduo em relação ao homossexualismo, não há como se negar a cidadania ao homossexual, relegando-lhe à marginalidade e à hipocrisia de somente ser aceito se a sua vida pessoal estiver relegada a quatro paredes (PAMPLONA FILHO, 2010, p. 162).

Em tais circunstâncias, não deve o empregador segregar a vítima do grupo de trabalhadores, pois poderá servir para aumentar, ainda mais, a discriminação no ambiente de trabalho. Embora não seja fácil indicar qual prática seria mais eficiente, pois isso dependerá de uma análise casuística do empregador, não há dúvidas de que ele (empregador) responde, de forma objetiva, pelos danos decorrentes de atos de seus empregados, mesmo quando dirigidos a outros empregados, nos termos dos arts. 932, III², e art. 933, do CC.³

² "RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR POR ATO DE EMPREGADO. ART. 932, III, DO CÓDIGO CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. A conduta de empregados da empresa que, no ambiente de trabalho, fazem – brincadeiras de mau gosto – sobre a opção sexual de outro empregado, revela-se ofensiva à dignidade pessoal da vítima, fazendo surgir a responsabilidade objetiva do empregador e conseqüente obrigação de compensar o dano moral daí decorrente, na forma do art. 932, III, do Código Civil. Valor da indenização que se arbitra em R\$ 35.000,00,

A utilização de artifícios jocosos, desmoralizadores e humilhantes ferem a dignidade do trabalhador homossexual, fazendo jus à indenização, inclusive com base no art. 927 do CC, sem prejuízo dos dispositivos legais citados anteriormente. É dos superiores hierárquicos a obrigação de fiscalizar e coibir comportamentos desairosos para com seus subordinados.

Ao empregador incumbe o dever de proporcionar um meio ambiente de trabalho sadio e equilibrado, fornecendo meios necessários ao labor em condições de normalidade, inclusive no aspecto psicológico. É do empregador, aliás, a direção e o controle da atividade econômica e da prestação pessoal de serviços, nos termos do art. 2º da CLT.⁴ Desse modo, a responsabilidade patronal reside também na sua omissão em adotar medidas eficazes para elidir a situação vexatória a qual um trabalhador seu seja sistematicamente exposto.

Dependendo da gravidade da agressão, o constrangimento diante do fato narrado mostra-se presumível. Se o tratamento indigno é desferido contra outros funcionários, não se exclui o dever patronal de indenizar, já que permanece o caráter ilícito da conduta. Na verdade, todos os ofendidos tornam-se titulares do direito à reparação. O abuso do poder de gestão, de

consideradas as circunstâncias do caso e os precedentes da Corte em situações análogas. Recurso de revista conhecido e provido.” (Processo: RR - 281540-92.2005.5.02.0014, Data de Julgamento: 19.09.2012, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21.09.2012)

³ “INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Hipótese na qual resta demonstrado que a reclamante, em razão de sua orientação sexual, foi alvo de agressões morais e físicas por parte das colegas de trabalho, bem como que a reclamada não tomou nenhuma medida eficaz para fazer cessar a situação. Caracterizado, portanto, o dever de indenizar, pois o empregador é responsável pelos atos de seus empregados e prepostos, nos termos do inciso III do artigo 932 do CC, bem como, a ele incumbe o dever de proporcionar um ambiente de trabalho sadio e equilibrado, fornecendo meios necessários ao labor em condições de normalidade, inclusive, no aspecto psicológico. De outra parte, consideradas as circunstâncias do caso concreto, o quantum indenizatório fixado na origem mostra-se excessivo. Recurso provido em parte.” (Processo 0000900-85.2008.5.04.0221 (RO), Redator: MARIA HELENA MALLMANN, Data: 20.05.2009, Origem: Vara do Trabalho de Guaíba)

⁴ “DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO EM FUNÇÃO DE SUA OPÇÃO SEXUAL E POR SER PORTADOR DO VÍRUS HIV. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O Eg. Regional, cotejando as provas constantes nos autos, mormente o depoimento de testemunhas que trabalharam com o Autor, consignou que este era frequentemente vítima de piadas no que se refere à sua opção sexual, bem como excluído do convívio com os colegas, em vista também de ser portador do vírus HIV. Além disso, as constantes humilhações eram praticadas por seu chefe imediato. É patente a configuração do dano moral em face da discriminação e das agressões psicológicas perpetradas. Por outro lado, é responsabilidade da empresa velar por um bom convívio no ambiente de trabalho, resguardando seus empregados de práticas discriminatórias e preconceituosas. Afinal, o empregador é que tem a direção e o controle sobre o ambiente do trabalho e a prestação de serviços (art. 2º, caput, CLT), detendo a livre iniciativa (art. 1º, III, in fine, CF), que sempre tem de se subordinar à valorização do trabalho e da pessoa humana (art. 1º, IV, *ab initio*; art. 1º, III, da CF), tendo sempre função social (art. 5º, XXIII, CF).” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista RR - 128600-30.2006.5.04.0022, Relator: Maurício Godinho Delgado (6ª Turma), Brasília, DF, 07 de março de 2012. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, nº 939/2012, p. 1681, 25 mar. 2012).

forma a colocar o empregado em condição humilhante e desrespeitosa, resta caracterizado pelo simples uso de palavras ofensivas e depreciativas ligadas ao tema da homossexualidade.

É claro que o bom senso sempre deve prevalecer, para coibir exageros. Se o empregado assumir sua homossexualidade na empresa em que trabalha, não significa dizer que seriam adequadas, ao local de trabalho, manifestações de intimidade por demais efusivas. Para essas situações, o empregador deve ter a mesma postura, ou todos (homossexuais e heterossexuais) podem ter demonstrações de carinho e de afeto com seus parceiros no local de trabalho, ou ninguém pode manter tal tipo de conduta. Basta, portanto, que o empregador tenha regras claras, objetivas e únicas para a coletividade de trabalhadores, traçando a adoção de comportamentos socialmente aceitáveis no espaço de trabalho, independentemente da orientação sexual do trabalhador.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida privada da pessoa não pode ser elemento de ridicularização e intolerância, no local de trabalho. Representa o “direito à liberdade sexual”, ligada à esfera mais íntima do indivíduo, uma espécie do gênero “direito à integridade moral”. Portanto, sua violação, por partir o ofensor de premissas equivocadas, enseja a reparação civil.

Não se pode menosprezar alguém, como se sua orientação sexual fosse um sintoma de inferioridade para com os demais, o que, por certo, não é, nem cabe aos outros julgar. É dever de o empregador coibir práticas discriminatórias, tão logo tome conhecimento, e só assim manter um ambiente de trabalho sadio.

É importante lembrar que palavras desrespeitosas, por vezes, são muito mais dolorosas e difíceis de elaborar, pois adentramos no campo das emoções, o que foge à esfera da razão. A aparência (formada pelas vestes e pela linguagem corporal) é mecanismo de comunicação da pessoa. Como bem referido nos fundamentos do acórdão precitado do TST⁵, não raro, dissimulamos momentaneamente características que queremos resguardar em certas circunstâncias, mas que, em outras, buscamos reforçar.

Algumas expressões, às vezes, podem ser empregadas de forma “perversamente carinhosa”, como acontece entre amigos, quando contraditoriamente carregadas de afetividade, ainda que moralmente incorretas, como esclarece a Ministra Dora no julgado anteriormente mencionado. Ocorre que, no círculo de trabalho, as mesmas expressões podem adquirir conotação ofensiva. A partir desse momento, emerge a obrigação do empregador tratar e fazer com que seus subordinados sejam tratados com urbanidade, sob pena de cometer ou de consentir com a prática de ato ilícito.

⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento em recurso de revista AIRR 122940-7.2006.5.04.0305, Relatora: Ministra Dora Maria da Costa, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2011, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, nº 672/2011, p. 1248, 17 fev. 2011.

Independente da orientação sexual, todo o indivíduo merece respeito no que tange aos traços personalíssimos integrantes do vasto espectro da sua intimidade, vida privada, honra e imagem. Devemos buscar abordagens e respostas criativas às questões laborais atinentes à discriminação por orientação sexual. “Em se tratando de Direito do Trabalho, o desafio que se coloca é o duplo dada a necessidade de união entre a garantia de um trabalho digno e o direito à livre manifestação da homoafetividade.” (GOMES, 2011, p. 72).

Para que esse direito se revele democrático, como bem se complementam Maurício Pereira Gomes e Luís Alberto Barroso, nos artigos estudados e já referidos, faz-se necessário observar quatro princípios: liberdade (oferecimento de condições objetivas que permitam escolhas legítimas), igualdade (política de reconhecimento), dignidade (respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um) e segurança jurídica (vetor interpretativo para propiciar previsibilidade nas condutas e estabilidade das relações).

As pessoas são diferentes em relação às aspirações, condições (sociais e físicas), aptidões, capacidades, gênero, cor, idade e, também, pela orientação sexual, o que não as torna melhores ou piores, nem mais ou menos importantes, dentro das empresas e para o ordenamento jurídico. “Aos poucos se consolida uma cultura capaz de aceitar e de apreciar a diversidade” (BARROSO, 2010, p. 33). Respeitar as diferenças e promover o bem-estar são atribuições que competem, não só ao Estado, mas a todos nós, como integrantes da sociedade humana.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed., São Paulo: LTr, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas Iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira. (coordenadores) *Discriminação*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2010, p. 31-58.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso (coordenadora). *Trabalho e Igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Ações Afirmativas*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2013.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Proteções contra Discriminação na Relação de Emprego. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira. (coordenadores) *Discriminação*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2010, p. 108-117.
- GOMES, Maurício Pereira. Discriminação por Orientação Sexual: perspectivas na jurisprudência trabalhista no Brasil. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, nº 331, p. 71-88, jul. 2011.
- GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não Discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LIMA, Firmino Alves. *Teoria da Discriminação nas Relações de Trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira. *O Dano Pessoal no Direito do Trabalho*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2010.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Orientação Sexual e Discriminação no Emprego. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira. (coordenadores) *Discriminação*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2010, p. 150-163.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira. (coordenadores) *Discriminação*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2010.