

DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO: UMA VISÃO CRÍTICA SOBRE A JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA NO BRASIL

Antonia Camargo de Almeida

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e pós-graduada em Direito Público e Privado.

Marcio André Conde Martins

Mestre em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, especialista em Direito Privado e Processo Civil pela UGF, Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

Resumo: Com a visibilidade das demandas políticas de lésbicas, gays, bissexuais e transexuais (LGBTs) e a conquista de direitos dessa população no Brasil, a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero tem “saído do armário”. Antes considerada uma prática velada e tolerada, esse tipo de discriminação tem chegado com frequência ao judiciário brasileiro, especialmente na área trabalhista. Trata-se de um fenômeno de elevada importância no contexto atual, no qual os direitos de LGBTs têm recebido proteção no plano internacional, regional e nacional. Este trabalho discorre acerca do contexto jurídico da situação de LGBTs no Brasil, enumerando e analisando o arcabouço normativo de proteção contra esse tipo de discriminação no âmbito nacional e internacional, bem como a interpretação dessas normas nas cortes constitucionais e de Direitos Humanos. Em seguida, passa-se à análise de uma série de decisões recentes dos tribunais trabalhistas de todo o país. A jurisprudência analisada foca-se, principalmente, na questão do dano moral decorrente de práticas homofóbicas

de empregadores, chefes e colegas de trabalho, demanda mais comumente enfrentada nessa área da justiça. Por meio dessa jurisprudência, tenta-se traçar um diagnóstico de como o Judiciário trabalhista vem lidando com a questão da orientação sexual e da identidade de gênero.

Palavras-chave: Discriminação. Orientação sexual. Identidade de gênero. Relações de trabalho. Direito do trabalho. Dispensa discriminatória.

1. DISCRIMINAÇÃO: ESPÉCIES E MANIFESTAÇÕES

Para efeitos teóricos, segundo Rios, a primeira distinção que devemos fazer é entre preconceito e discriminação. Enquanto o primeiro designa as concepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, a segunda denota a materialização de atitudes arbitrarias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito.

O Direito, tanto no plano legislativo como no judicial, vem se focando em uma atuação contra a discriminação nas relações sociais, enfrentando mais os efeitos do preconceito do que o preconceito em si. Essa discriminação, por sua vez, tem várias nuances, podendo tomar a forma de violência, física ou não. Esta primeira engloba, além do homicídio e do latrocínio, lesões corporais, estupro etc. Já a segunda forma consiste, principalmente, no não-reconhecimento e na injúria, materializados no ostracismo social, nos insultos que fazem parte do cotidiano dos LGBT.

As expressões da homofobia também podem ser intencionais ou não, ou, nas palavras de Rios, diretas ou indiretas. As diretas podem ser classificadas em: explícita ou de manifestação, na aplicação de medida e na elaboração de medida.

A discriminação indireta reproduz o parâmetro da heterossexualidade hegemônica como norma social e cultural, focando-se na “normalidade” da discriminação, baseada num padrão heterossexista. Rios também a chama de discriminação institucional, pois as instituições sociais nos são postas sem uma prévia e sistemática discussão, estando a heterossexualidade em uma posição privilegiada na construção destas instituições.

2. A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

2.1. Plano internacional

Há muito tempo a discriminação dentro das relações de trabalho consta de documentos internacionais e estudos sobre o tema. Deve ser dado destaque à atuação da Organização Internacional do Trabalho através da Convenção n° 111 do ano de 1960, a qual prevê em seu texto o conceito e espécies de discriminação. Este documento não trazia em seu rol, expressamente, a questão da sexualidade ou da orientação sexual, entretanto, trouxe cláusula aberta (“qualquer outra distinção”).

Recentemente, relatório desta entidade foi publicado, abordando mais especificamente a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero e retratando uma situação de violação constante aos direitos fundamentais deste segmento social, bem como dificuldades especificamente relacionadas ao trabalho, como a parca oferta de empregos formais e o tratamento discriminatório em local de trabalho. Traz-se a colação parte do relatório, relativa à discriminação acima explicitada:

“As violações dos direitos humanos das pessoas lésbicas, homossexuais, bissexuais e transexuais (LGBT) incluem violência, assédio, discriminação, exclusão, estigmatização e preconceitos. Isto é particularmente verdadeiro em países onde a homossexualidade é criminalizada. Entretanto, este grupo, na maioria dos países, depara-se com barreiras no acesso ao emprego ou no local de trabalho. Alguns estudos identificaram a discriminação como sendo responsável pela diferença salarial, de 3 % e 30 %, entre trabalhadores homossexuais e heterossexuais. Um estudo realizado no Reino Unido, baseado em dados do Inquérito à Força de Trabalho, concluiu que os homens homossexuais recebiam, em média, cerca de menos 5 % que os seus homólogos heterossexuais.

(...)

As saúde e o bem-estar dos trabalhadores LGBT que se isolam devido ao medo de discriminação podem ser afetados negativamente, reduzindo a sua produtividade no local de trabalho. As empresas que despedem trabalhadores devido à sua orientação sexual, real ou presumida, podem também perder competências e desperdiçar recursos no recrutamento e formação de novos trabalhadores.” (grifo nosso)

Tecendo considerações acerca da mencionada Convenção da OIT, cumpre transcrever as palavras do emérito Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, Dr. Alexandre Agra Belmonte, quanto à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero:

“Essa necessidade de coibir as despedidas abusivas, que independem da garantia de emprego, está clara em vários julgados, a saber:

(...)

- nos que, com fundamento na Convenção n° 111 da OIT e na Lei n° 9.029/95, para evitar ou corrigir os efeitos das despedidas discriminatórias, nulificam ou deferem indenização aos trabalhadores despedidos por motivos de raça, cor ou etnia, sexo, orientação sexual, idade, aparência e doenças como as do vírus de HIV, sem prejuízo do fundamento complementar, de que a conservação do emprego é inclusive necessária para efeito de obtenção de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, e da composição dos danos materiais e morais experimentados pelo trabalhador.” (grifo nosso)

Já no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA verifica-se a existência de documentos importantes sobre o tema. Em 3 de junho de 2008 esta entidade, em sua Assembleia Geral Ordinária adotou a Resolução 2435, expressando preocupação quanto à violência motivada pela orientação sexual ou diversidade de gênero e colocando este tópico na agenda da organização. A mesma questão foi tratada na Resolução 2504 de 2009, utilizando um tom mais duro em relação às violências contra a população LGBT e acrescentando outras recomendações aos Estados que a compõe:

“RESOLVE:

- Condenar os atos de violência e as violações de direitos humanos correlatas, perpetrados contra indivíduos e motivados pela orientação sexual e identidade de gênero
- Urgir os Estados a assegurar que se investiguem os atos de violência e as violações de direitos humanos cometidos contra indivíduos em razão da orientação sexual e identidade de gênero e que os responsáveis enfrentam as consequências perante a justiça.
- Instar os Estados a assegurar uma proteção adequada aos defensores de direitos humanos que trabalham com a questão dos atos de violência e das violações de direitos humanos cometidos contra indivíduos em razão da orientação sexual e identidade de gênero. Solicitar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e aos demais órgãos, organismos e entidades do Sistema Interamericano que continuem prestando atenção adequada ao tema.
- Reiterar a Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (CAJP) que inclua em sua agenda, antes do Quadragésimo Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral, o tema “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero”.
- Solicitar ao Conselho Permanente que informe a Assembleia Geral, no Quadragésimo Período Ordinário de Sessões, sobre a implementação dos mandatos constantes desta resolução, cuja execução estará sujeita à disponibilidade de recursos financeiros alocados no orçamento-programa da Organização e de outros recursos.”

Deste modo, a preocupação com a discriminação, em todas as suas formas, por orientação sexual e identidade de gênero passou a ser tópico de discussão permanente e de estudo pela Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos – CAJP, estando previsto que esta detém mandato quanto ao previsto na “AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero”

Por fim, há que se destacar ainda a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Atala Riffo y niños Vs. Chile”, cuja sentença foi proferida no presente ano. No caso em tela, o Poder Judiciário daquele país se pronunciou em última instância pela outorga da guarda das duas filhas de um casal ao pai, entendendo que, por ser a mãe lésbica, aquele seria o mais indicado a educar as crianças. A Corte internacional entendeu pela responsabilidade internacional da República do Chile devido à violação intencional do art. 24 da Convenção Americana, atribuindo-se tratamento discriminatório à parte por sua orientação sexual, conforme se pode depreender dos trechos abaixo transcritos:

“En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido¹¹⁴. []

Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana.”

A Corte, apesar de afirmar a importância do direito à vida privada e à vida familiar, assim como a necessidade de serem ouvidas as filhas do casal, não se pronunciou acerca da guarda, entendendo que se o fizesse agiria como 4^a instância. A condenação internacional do país levou ainda à fixação de indenização em favor da Sra. Atala pelos danos morais e materiais sofridos (quantificando o montante), além da imposição de obrigações ao Estado, tais como ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional e assistência médica e psicológica às vítimas, consoante o abaixo transcrito:

“La jurisprudencia internacional y, en particular, de la Corte Interamericana, há establecido reiteradamente que la sentencia constituye per se una forma de reparación²⁷². No obstante, considerando las circunstancias del presente caso, y las afectaciones a las víctimas derivadas de las violaciones de los artículos 24, 11.2, 17.1, 19, 8.1 y 1.1 de la Convención Americana, declaradas en perjuicio de la señora Atala y las niñas M., V. y R., la Corte estima pertinente

fijar algunas medidas de reparación según se explica en los siguientes apartados.

(...)

254. La Corte estima, como lo ha hecho en otros casos²⁷⁴, que es preciso disponer una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los padecimientos psicológicos sufridos por las víctimas, atendiendo a sus especificidades. Por lo tanto, habiendo constatado las violaciones y los daños sufridos por las víctimas en el presente caso, el Tribunal dispone la obligación a cargo del Estado de brindarles gratuitamente y de forma inmediata, hasta por cuatro años, el tratamiento médico y psicológico que requieran. En particular, el tratamiento psicológico debe brindarse por personal e instituciones estatales especializadas en la atención de víctimas de hechos como los ocurridos en el presente caso. []

(...)

263. La Corte ha determinado que en ciertos casos se justifica que los Estados realicen un reconocimiento de responsabilidad que debe realizarse en un acto público para que surta sus efectos plenos²⁷⁷. En el presente caso procede adoptar una medida de dicha naturaleza y el Estado deberá hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la presente Sentencia. El Estado deberá asegurar la participación de las víctimas que así lo deseen, e invitar al evento a las organizaciones que representaron a las víctimas en las instancias nacionales e internacionales. []”

Já no âmbito do MERCOSUL destaca-se a elaboração da Declaração Sociolaboral do Mercosul de 1998 e da previsão, já em seu art. 1º do repúdio à discriminação, especificamente mencionando aquela por orientação sexual. Outro fato digno de nota é a aprovação de declaração conjunta de repúdio aos atos de violência contra a população LGBT pela 21ª Reunião das Altas Autoridades de Direitos Humanos e Chancelarias do MERCOSUL e Estados Associados – RAADH, realizada em Buenos Aires em março do corrente ano..

2.2. Plano nacional

Se no plano internacional ainda há escassez de material protetivo, no plano do direito interno o panorama é peculiar. Nos últimos anos houve um incremento na produção legislativa municipal e estadual voltada especificamente para o combate à discriminação por orientação sexual. O mesmo não se pode dizer no âmbito nacional, uma vez que a elaboração de normas federais e constitucionais sobre o tema, no mesmo período, foi praticamente nula.

A Constituição da República previu a igualdade entre homens e mulheres em geral (art 5º, I) e dentro da família (art. 226, §5º), além de proibir a discriminação no mercado de trabalho por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art.7º, XXX), não tutelando expressamente a orientação sexual. Não obstante esta omissão, não se pode dizer que a proteção contra a discriminação por orientação sexual não esteja contida em outros direitos fundamentais, permeando os princípios da Carta Magna.

Seguramente, o princípio que melhor abarca essa proteção é o da isonomia, pois se a lei deve tratar a todos de forma igual, o Estado agiria fora da lei se negasse aos homossexuais os mesmos direitos que concede aos heterossexuais. Outro direito que sem dúvida serve de arcabouço para a tutela da orientação sexual é a liberdade, uma vez que os indivíduos homossexuais têm o direito de expressar sua sexualidade da mesma forma e dentro dos mesmos limites que os heterossexuais.

Na seara legislativa cumpre mencionar a importância do PLC 122, também chamado Lei da homofobia. Este diploma tem uma abordagem abrangente quanto às formas de homofobia combatidas e, por isso, pode ser usado para se fazer uma classificação mais prática destas manifestações. Podem nele ser destacados os gêneros: discriminação pelo simples fato de ser homossexual; discriminação por atos homoafetivos; crimes preconceituosos; divulgação de ideias discriminatórias e preconceituosas.

Este projeto segue tendência já adotada em vários países e pela OIT. Como exemplo, podem ser citadas a Alteração de 2008 da Lei do Trabalho de Montenegro e a Lei Antidiscriminação de 2008 da Suécia.

Apesar das evoluções mencionadas e da necessidade de tratamento legislativo do tema, há muita resistência política em elencar a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero como

um motivo criminalmente relevante, como foi feito com a raça, a cor, a etnia, a procedência nacional, e, até mesmo, a religião, na Lei 7.716/1989. Outro motivo de alarme é a falta de efetividade do disposto na Lei 9.029/1995, a qual dispõe sobre despedida arbitrária e permite a reintegração de trabalhador demitido arbitrariamente (art. 4º).

Quanto à atuação do Poder Executivo, cabe estabelecer como marco importante na incorporação da questão da liberdade sexual no campo dos direitos humanos os Programas Nacionais de Direitos Humanos (PNDH) do Governo Federal. Apesar de não se imporem como leis, eles fornecem diretrizes que devem orientar a produção de novas leis e programas governamentais. Em todos os programas, a questão da orientação sexual foi abordada como tema da ordem do dia, prevendo a adoção de políticas públicas e legislativas de combate à homofobia.

Dentro das competências deste Poder é também digna de nota a Portaria nº 41 do Ministério do Trabalho e Emprego, de 28 de março de 2007, a qual disciplinou o registro e a anotação da CTPS dos empregados, assim constando no seu art. 8º.

Já no que se refere ao Poder Judiciário brasileiro, aponta-se como verdadeiro “divisor de águas” as decisões do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a unidade familiar entre pessoas do mesmo sexo, permitindo sua regulação pelas normas de união estável (ADI 4277 e ADPF 132). A partir destes julgados, a Corte Constitucional firmou o entendimento, de que os direitos à liberdade de orientação sexual e à livre constituição de família são direitos fundamentais protegidos pelo texto da Constituição. Por meio de brilhante exegese, entendeu o Ministro Relator que a expressão “sexo”, no caput do art. 5º da CF, deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo, não só a distinção homem e mulher, como a sexualidade como um todo (nossos grifos):

“(…) a vedação de preconceito em razão da compostura masculina ou então feminina das pessoas também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. (...) a própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo “cláusula pétrea”, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF”. [inserir nota de rodapé] (VOTO: Min. Rel. Carlos Ayres de Brito, ADI nº 4277 e ADPF nº 132)

“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (...) Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. (...) O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art. 191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, nos quais permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.” (VOTO: Min. Rel. Carlos Ayres de Brito, ADI nº 4277 e ADPF nº 132. Julgamento conjunto em 05/05/2011)

Na esteira desta decisão houve ainda outra de grande importância, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (Resp 1183378. Data de julgamento: 25/10/2011), entendendo pelo não impedimento ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

3. O TRATAMENTO DA QUESTÃO PELA JUSTIÇA DO TRABALHO BRASILEIRA

Há muito, a Justiça do Trabalho interpreta como repugnante manifestações discriminatórias em relação à orientação sexual. De maneira pioneira, vem concedendo indenizações por danos morais a estes trabalhadores discriminados, sempre que a ofensa se encontra robustamente comprovada. Normalmente, são casos de ofensas proferidas pelo empregador ou por seu preposto no ambiente de

trabalho e as condenações se referem tanto a ofensas efetivamente proferidas por superior hierárquico, como à negligência do empregador em relação a atitudes homofóbicas de colegas.

Dano moral. Empregado submetido a constrangimentos e agressão física, em decorrência de sua orientação sexual, praticados por empregados outros no ambiente de trabalho e com a ciência da gerência da empresa demandada. Imputabilidade de culpa ao empregador. (TRT 10ª Região, 3ª Turma, RO 00919-2002-005-10-00-0, Juiz Relator Paulo Henrique Blair, j. 07/05/2003)

DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Demonstrado que a reclamada deixou de zelar pela higiene no ambiente de trabalho, permitindo a prática de discriminação decorrente de orientação sexual de empregado seu e, até mesmo participando do ato, por intermédio de gerente, ficará obrigada a indenizar pelo ato ilícito. (TRT 18ª Região, Processo 1093200901218008 GO 01093-2009-012-18-00-8, Juíza Relatora Silene Aparecida Coelho, j. 2/12/2009)

Em acórdãos recentes, é possível encontrar linguagem mais técnica e adequada, e, até mesmo, têm-se construído raciocínios sofisticados sobre o direito à liberdade sexual. Em alguns casos, já é feita a exegese de que discriminação em razão de sexo abarca a orientação sexual (como, posteriormente, foi corroborado pelo STF), aplicando-se a lei de racismo por analogia e mesmo a Lei 9.029/1995, em alguns casos de dispensa arbitrária.

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) (TRT 2ª região, RO 1010200807802009 SP 01010-2008-078-02-00-9, Juíza Relatora Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva, j. 13/04/2012)

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

DANO MORAL - INDENIZAÇÃO. (...) O Colegiado manteve a sentença monocrática que condenou a ré ao pagamento da indenização prevista na Lei nº 9.029/95, pela dispensa discriminatória em face da opção sexual da autora, além da indenização por danos morais, assim consignando na ementa (fl. 198) (TST, AIRR-7663/2006-034-12-40.5, Ministro Relator Emmanoel Pereira, j. 15/10/2008)

Contudo, normalmente é difícil ao autor provar nexos entre sua orientação sexual e sua demissão, sendo reconhecidas como provadas apenas as ofensas, gerando a indenização por dano moral. É comum também que o magistrado pergunte às testemunhas sobre o fato de outros LGBTs trabalharem na empresa, como forma de elidir o argumento da dispensa discriminatória:

A condenação por dano moral não está fundamentada em razão da despedida da autora, mas no ato discriminatório praticado pela síndica do condomínio réu e na responsabilidade do empregador pelos atos de seus prepostos. No caso dos autos, a única testemunha ouvida, Isabel Cristina dos Santos Wait, indicada pela autora e que trabalha como diarista no apartamento de um condômino, declara que viu a síndica conversando com outra moradora do prédio e referindo-se à autora como "essa machorra, ela tem que ir embora", (TRT 4ª Região, ROPS 00853-2008-005-04-00-7, Desembargador Relator Milton Varela Dutra, j. 19/03/2009)

Ressalta-se, ainda, que são escassas as decisões em ações coletivas, a fim de coibir discriminações

em determinada empresa ou profissão. Por esse motivo, percebe-se que atuação da Justiça do Trabalho é individualizada e reparadora; apesar de essencial, ela só atua em casos concretos, quando a discriminação já ocorreu. Essa falta, obviamente, não pode ser atribuída exclusivamente aos órgãos do Poder Judiciário, haja vista serem inertes, mas também às entidades de classe, aos sindicatos e ao Ministério Público, responsáveis pela iniciativa dessas demandas.

Verifica-se outrossim que, mesmo quando proposta ação coletiva há muita cautela da Justiça do Trabalho no seu julgamento, como se depreende do caso abaixo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISCRIMINAÇÃO. Discriminação sofrida por empregado, em decorrência de sua orientação sexual, praticada pelo seu superior imediato. (...) Ação civil pública, em que o Ministério Público do Trabalho pretende a adoção de medidas preventivas e de caráter educativo, (...) julgada improcedente. Sentença que se mantém, tendo em vista que o conteúdo dos autos demonstra tratar-se de um caso isolado de discriminação, praticado pelo chefe imediato do empregado, não refletindo a filosofia da empresa, o que se entende insuficiente para a condenação pretendida. Acresce-se a isso, o fato de não haver comprovação de a ré ter sido indiferente ou até mesmo conivente com a atitude de seu preposto, de discriminar subordinado. Recurso do Ministério Público do Trabalho não provido- (fl. 699). (TST, AIRR-1817/2001-231-04-40.1, Juiz Relator José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, j. 24/05/2006)

Ainda que com decisões acertadas (seja pelo deferimento ou pelo indeferimento), percebe-se muitas vezes a presença de um juízo de valor quanto à extensão do dano, como se, atualmente, não fosse extremamente importante a punição de atos homofóbicos por seu simbolismo. Ademais, muitos magistrados veem a orientação sexual como algo novo e delicado. Transparece, por isto, um receio de que todo LGBT possa alegar discriminação em caso de dispensa:

Consta no depoimento da primeira testemunha que o reclamante passou a ser ofendido constantemente, com os palavrões e referências à orientação sexual do mesmo desde 2002. O contrato de trabalho foi rescindido em abril de 2007 e não consta no processo que o autor tenha tomado qualquer providencia efetiva, durante o vínculo empregatício, para coibir esse tratamento. (...) Com isso, o autor suportou mais ou menos cinco anos desse tipo de tratamento. A ofensa não foi tão grave. O sofrimento moral não foi tanto. (...) É verdade que as palavras proferidas contra o reclamante são ofensivas ante o senso comum, mas a quantidade de sofrimento é de cada um. Fosse esse sofrimento tão intenso, não teria o autor suportado a situação por tanto tempo. (TRT 2ª Região, RO 01468200708602001, Juíz Relator Rovirso Aparecido Boldo, j. 14/10/2008)

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - BANALIZAÇÃO. Não há como condenar o empregador ao pagamento da reparação pleiteada, se existe prova nos autos de que os comentários e gestos a respeito da opção sexual do autor não passaram de uma brincadeira. Do contrário, estar-se-ia banalizando o instituto do dano moral, cuja finalidade é garantir a recomposição do sofrimento humano provocado por ato ilícito de terceiro que molesta bens imateriais da pessoa. (...) Denego seguimento ao apelo. (TST, AIRR-56/2005-002-03-40.8, Ministro Relator Caputo Bastos, j. 01/10/2008)

Ao empregador ou a seus prepostos é vedado adotar qualquer tipo de conduta discriminatória. No entanto, a orientação sexual do indivíduo não pode servir de pretexto para que, num eventual desentendimento no ambiente corporativo, desprovido de gravidade e ao qual qualquer trabalhador está sujeito, venha ser erigido como discriminação sexual. A configuração da discriminação com tal conotação deve ser aferida com base em elementos objetivos, e não apenas segundo a sensibilidade emocional da suposta vítima. (TRT 2ª Região, Processo 00853200805702007, Juíza Relatora Rosa Maria Zuccaro, j. 20/01/2010)

Sem dúvida, no entanto, o que chama mais atenção na análise da jurisprudência pátria é a apreciação das provas. Apesar de, em muitos casos, os acórdãos expressarem claramente que não há provas e que a oitiva das testemunhas não corroborou com as discriminações aduzidas, percebe-se que há uma minimização do depoimento de testemunhas dos reclamantes. Esta resistência em aceitar provas

não ocorre em relação a outras condutas que, por sua natureza, são extremamente difíceis de serem provadas, como assédio sexual e racismo. Os magistrados, diante de depoimentos contraditórios, têm optado por indeferir pedidos de dano moral, favorecendo a parte reclamada.

Em contrapartida, existem decisões acertadas de alguns magistrados os quais, no caso de condutas discriminatórias, adotam a inversão do ônus da prova ou a presunção da discriminação.

exclusiva aos ajustes de vontade produzidos pela atuação do sindicato profissional não infirma, por si só, a assertiva de que o representante dos trabalhadores junto ao empregador tem poderes para, mediante acordo com o empregador, instituir normas internas de caráter vinculativo, cujo cumprimento é judicialmente exigível.

Dessa feita, não se há falar em violação ao art. 818 da CLT, ocorrendo inversão do ônus probatório, sendo este pertencente à reclamada, a qual dele não se desvencilhou. (...) Em precedente elucidativo (TST-RR-1404/2001-113-15-00.2), o Min. Lélío Bentes esclarece a orientação seguida por aquela Corte: "Em circunstâncias nas quais o trabalhador é portador do vírus HIV e o empregador tem ciência desse fato, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir discriminação e arbitrariedade.

Em igual sentido, o enunciado 2.III da I Jornada de Direito e Processo do Trabalho: "Quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita". (...)

A reclamada não produziu prova alguma de que o motivo da dispensa era outro, presumindo-se discriminatória a despedida da reclamante." (TRT 20ª Região, EDecRO 01554-2007-001-20-00-6, Desembargadora Relatora Rita de Cássia Pinheiro de Oliveira, j. 14/09/2009)

Outro fato relevante é a ausência de casos sobre transexualidade e identidade de gênero. Tal fato não é um alívio, pois pode se presumir que não existam, justamente, por estarem travestis e transexuais à margem do mercado de trabalho formal, sofrendo mais preconceito do que gays, lésbicas e bissexuais.

4. CONCLUSÃO

Através de amplas pesquisas pode-se constatar que há uma preocupação generalizada com o tema e o reconhecimento, pelo menos no plano teórico, do direito da população LGBT de ser protegida contra estes atos discriminatórios, seja em seara trabalhista ou em qualquer outro ramo do direito.

Contudo, há ainda influência política de peso barrando a elaboração de legislação mais clara e com sanções efetivas aos agressores, tanto em patamar constitucional, quanto no legal de alcance nacional. Neste mesmo sentido, observa-se um sentimento predominante de cautela e receio na concessão, em concreto, das medidas protetivas e reparadoras dos danos derivados de agressões, físicas e psicológicas, derivadas de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, ausente em casos semelhantes que versavam sobre temas afetos.

Por fim, comenta-se o posicionamento recente do STF e de alguns julgados encontrados, os quais deram a devida importância à matéria e reconheceram a situação de desigualdade de direitos e de instrumentos de prova, bem como o caráter pernicioso da perpetuação do abandono a um segmento da sociedade que, por não ser desigual em sua essencial, não deveria ser tratado com tal desigualdade.

REFERÊNCIAS

RIOS, Roger Raupp. **Em Defesa dos Direitos Sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n° 111. Genebra**. 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho. Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br>>. Acesso em 17 abr. 2012.

----- **Conferência Internacional do Trabalho, 100ª Sessão. Igualdade no trabalho: Um desafio contínuo**. In: Relatório Global no quadro do seguimento da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, 2011.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Reflexões sobre a Convenção n° 158 da OIT como norma regulamentadora da vedação às despedidas arbitrárias ou sem justa causa**. Rio de Janeiro: Revista do TRT/EMATRA - 1ª Região, v. 20, n. 46, jan./dez. 2009.

Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos. **Atas e Documentos: Volume I**. In: Trigésimo nono período ordinário de sessões. San Pedro Sula, 2009.

Organização dos Estados Americanos. **Plano de Trabalho da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos** (2009 – 2010). Disponível em <<http://www.oas.org/consejo/pr/cajp/PlanTrabajo.asp>>. Acesso em 20 abr. 2012.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Atala Riffo y Ninãs Vs. Chile**. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>. Acesso em 20 abr. 2012.

Mercado Comum do Sul. **Declaração Sociolaboral do MERCOSUL**. 1998. Disponível em <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/seguranca/dec_mercosul.pdf>. Acesso em 20 abr 2012.

BRASIL. **Portaria n° 41 do Ministério do Trabalho e do Emprego** de 28 de março de 2007, disponível em <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/63/mte/2007/41.htm>>. Acesso em 23 abr. 2012.