



DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL. A LEI Nº 9.029/95, UMA ALTERNATIVA POUCO EXPLORADA.

Maurício Pereira Gomes¹

Resumo.

Pesquisa jurisprudencial realizada aos Tribunais do Trabalho do país revela que são poucas as ações em que dispensas motivadas por discriminação por orientação sexual são questionadas. Neste sentido procuramos evidenciar que, apesar de limitada, já existe uma legislação que permite aos operadores jurídicos a “judicialização” mais qualificada e específica daqueles casos, para além de pedidos de natureza reparatória por danos morais. Trata-se da Lei nº 9.029/95, que proíbe a adoção de práticas discriminatórias no ato da admissão ou no curso da relação jurídica de trabalho, tendo por motivação, dentre outros critérios, o sexo do trabalhador. Em casos daquela natureza a pela aplicação da Lei tem sido ratificada pela jurisprudência analisada.

Palavras-chave: Jurisprudência. Discriminação. Orientação sexual. Lei nº 9.029/95.

A discriminação por orientação sexual no ambiente de trabalho desafia os juristas a realizarem novos estudos, procurarem novas abordagens e respostas criativas ao problema. Especificamente no âmbito do Direito do Trabalho a tarefa é dupla diante da necessidade de união entre a garantia de um trabalho digno e o direito à livre manifestação da homoafetividade. São bandeiras que, ao invés de antagônicas ou concorrentes, devem ser associadas e fazem eco à noção de complementaridade dos direitos humanos.

Com base os ensinamentos de Joaquín Herrera Flores², temos a compreensão do direito enquanto um campo possível de luta, não como algo dado, mas, sim, como um “processo” contínuo que pode ser apropriado pelos operadores jurídicos de modo a ser colocado a serviço de causas emancipadoras.

¹ Advogado, mestrando em história pela UFSC.

² Coordenador do Programa de Doutorado em Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo da Universidad Pablo de Olavide, falecido em outubro de 2009. Autor de obras sobre a Teoria Crítica dos Direitos Humanos constantes das referências bibliográficas.

Por outro lado, consideramos a sexualidade também como um espaço de disputa por condições mais justas e democráticas para seu exercício pleno. Levamos em conta aqui as lições do professor Roger Raupp Rios³ segundo o qual o direito à sexualidade revela-se democrático quando sua implementação se dá com a observância de três princípios: liberdade, igualdade e dignidade.

A pesquisa realizada considerou a jurisprudência firmada nos Tribunais do Trabalho brasileiros e compreendeu o período de 1998 a 2008, ou seja, as duas décadas iniciais de vigência da Constituição Federal de 1998. Deste modo cobriu os 24 Tribunais Regionais do Trabalho além do Tribunal Superior do Trabalho, tendo por ferramenta de pesquisa os portais da internet. Conta, portanto com algumas limitações que desde logo devem ser reconhecidas. Primeiro, permitiu o acesso somente a casos judiciais que chegaram a tramitar perante a segunda ou terceira instância recursal, nos quais a questão da discriminação por orientação sexual foi discutida, direta ou indiretamente. A segunda restrição diz respeito às limitações impostas pelos links de acesso da internet aos Tribunais do Trabalho, com banco de dados diferenciados, assim como são distintas as datas dos julgados e o momento a partir do qual passaram a ser disponibilizados *on line*.

Em resumo: a amostra colhida não pretendeu esgotar os casos nos quais a questão da discriminação por orientação sexual foi considerada. Como amostragem que é revela-se útil para a necessária aproximação de uma realidade e seu grau de litigiosidade.

A busca e triagem dos julgados teve por base as seguintes palavras -chave: “homossexualismo”, “homossexual”, “homoafetividade”, “discriminação”, além das expressões “discriminação sexual”, “orientação sexual”, “opção sexual” e, ainda, “Lei 9.029”.

E aqui, antes de avançar, cabe citar o teor da Lei nº 9.029/95:

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

(omissis)

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre:

³ Professor colaborador da UFRGS, Juiz Federal em Porto Alegre, autor das obras constantes da bibliografia.

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

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

Os primeiros precedentes identificados situaram-se no final da década de 90, sendo certo que somente a contar do ano de 2005 foi possível perceber um aumento de questionamentos judiciais. No total foram identificados 104 casos nos quais foi ou ainda é discutida a questão da discriminação por orientação sexual no trabalho, assim distribuídos: Rio Grande do Sul (4ª Região), trinta e nove julgados; Distrito Federal e Tocantins (10ª Região), dez julgados; Bahia (5ª Região), oito casos; Goiás (18ª Região), sete julgados; Santa Catarina (12ª Região), seis precedentes; São Paulo (2ª Região), cinco casos; Pará (8ª Região) e Minas Gerais (3ª Região), quatro casos cada; Maranhão (16ª Região) e Mato Grosso (23ª Região), três casos cada; Paraná (9ª Região), Rio Grande do Norte (21ª Região), Campinas (15ª Região), Paraíba (13ª Região), Espírito Santo (17ª Região) e Sergipe (20ª Região), dois casos cada; e Pernambuco (6ª Região), Alagoas (19ª Região) e Mato Grosso do Sul (24ª Região), um precedente cada.

Em 87 casos que representam 83,65% do conjunto pesquisado o bem jurídico pretendido constituía uma indenização por danos morais motivada por condutas discriminatórias por orientação sexual, sejam elas praticadas pelos empregadores ou seus prepostos. De modo geral os pedidos foram formulados com base no texto constitucional, mais especificamente nos artigos 3º e 5º.

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 ações⁴ identificamos discussão em torno da motivação da dispensa, mas com efeito restrito à pretendida indenização por dano moral;

b) em outros 7 processos⁵ 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

⁴ Processos nº 00742-2002-019-02-00-9 e 00537-2007-045-02-00-4 do TRT da 2ª Região, nº 01673-2001-096-15-00-8 do TRT da 15ª Região, nº 01238-2006-002-10-00-4 do TRT da 10ª Região e nº 00052-2006-001-23-00-0 do TRT da 23ª Região.

⁵ Processos nº 00236-2000-011-04-00-1 e nº 00406-206-751-04-00-4 do TRT da 4ª Região, nº 00460-2003-322-09-00-1 do TRT da 9ª Região, nº 03457-2005-016-16-00-0 da 16ª Região e nº 00675-2005-013-21-00-3 da 21ª Região nº 02217-2005-073-02-00-6 do TRT da 2ª Região e nº 02379-2006-081-18-00-2 do TRT da 18ª Região.

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.

O primeiro destes quatro casos identificados foi julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, em Natal (Rio Grande do Norte)⁶, em fevereiro de 2002, onde foi apreciado pedido formulado por ex-empregado do Banco do Brasil que denunciou a prática de dispensa discriminatória motivada por sua condição de homossexual. Na segunda instância houve a manutenção da sentença de primeiro grau que reconheceu aquela prática e, com base na Lei nº 9.029/95, declarou a nulidade da dispensa, determinou a reintegração no emprego e condenou o empregador a pagar os salários do período de irregular afastamento.

O segundo precedente destacado foi julgado em 23 de fevereiro de 2006 pelo Tribunal Regional Baiano⁷, e também foi promovido por empregado bancário. Mais uma vez houve o reconhecimento de dispensa por discriminação motivada por orientação sexual. O Tribunal manteve a decisão de primeiro grau que deferiu ao empregado discriminado não a reintegração no emprego, mas a outra alternativa jurídica colocada pela Lei nº 9.029/95 para os casos em que a dispensa discriminatória foi reconhecida: “a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente, e acrescida dos juros legais.” (inciso II do artigo 4º).

Naquele mesmo julgamento restou definido que o limite final para a quantificação da indenização deveria coincidir com o trânsito em julgado da ação. E isto se deu conjuntamente com o entendimento de que aquela reparação não se confundia com indenização pelo dano moral, também concedida, com o arbitramento do valor de R\$ 200.000,00 a tal título.

Por fim, os dois outros precedentes foram encontrados no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, sediado em Florianópolis, no Estado de Santa Catarina. Ambos com situações em que o debate em torno da prática de dispensa discriminatória teve respaldo nas disposições da Lei nº 9.029/95⁸.

O interessante e que cabe aqui destacar é que em todos os quatro casos, houve o reconhecimento de que as disposições da Lei nº 9.029/95 alcançavam e coíbiam

⁶ Processo nº 00-2530-01.

⁷ Processo nº 01019-2004-024-05-00-8.

⁸ Processos nº 07663-2006-034-12-00-0 e nº 02656-2006-005-12-00-7.

também as práticas discriminatórias motivadas por orientação sexual, sendo oportuno citar alguns dos fundamentos adotados pelos julgadores:

Ademais, a lei nº 9.029/95 trata de qualquer forma de discriminação no trabalho, como se divisa em sua ementa e se aclara do teor do artigo 1º que relaciona como prática discriminatória as que ocorrem por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.. É claro que, por ser mais difundido e combatido sobressai na mente a ênfase à situação peculiar em que se situa o trabalho da mulher em nosso País. Esta, porém, é apenas uma das muitas faces da discriminação e que, é sabido, afeta repetidamente, a opção sexual, diferente, de um indivíduo.

(Juíza Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro, relatora do processo nº 00-2530-01 do TRT da 21ª Região)

A discriminação ao homossexual no emprego é preconceito que fere o princípio de igualdade previsto no artigo 5º da Constituição Federal e que deve ser erradicada, eliminada, combatida, mantendo-se ao trabalhador o exercício pleno de sua cidadania. A Lei n. 9.029/95, que proíbe algumas práticas discriminatórias, ao contrário do sustentado pelo Recorrente, não é taxativa nas hipóteses de discriminação, mas apenas exemplificativa, como bem demonstrou o Autor na contra-razões. Aliás, nossa legislação ainda não conseguiu alcançar todas as hipóteses de discriminação social e as normas existentes sequer atingem o necessário efeito prático. Infelizmente, ainda existem muitas lacunas.

(Juíza Léa Reis Nunes, relatora do processo nº 01019-2004-024-05-00-8 do TRT da 5ª Região)

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)

O levantamento relativo ao Tribunal Superior do Trabalho traz em sua totalidade casos já identificados e considerados na pesquisa relativa aos Tribunais Regionais do Trabalho.

Um último precedente também merece destaque pelo fato de constituir uma ação civil pública de iniciativa do Ministério Público do Trabalho da 4ª Região. Trata-se de interessante caso em que a Procuradoria tomou medidas judiciais com o fim pretendido de atribuir à multinacional General Motors do Brasil Ltda a obrigação de adotar iniciativas com o propósito de prevenir e inibir práticas discriminatórias e preconceituosas motivadas por orientação sexual no âmbito da empresa.

Ainda que a ação tenha sido considerada improcedente, se trata de importante iniciativa a confirmar mais uma alternativa no campo jurídico no combate da prática de discriminação motivada por orientação sexual:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISCRIMINAÇÃO. Discriminação sofrida por empregado, em decorrência de sua orientação sexual, praticada pelo seu superior imediato. Condenação da ré em reclamatória trabalhista por ele movida, de indenização por danos morais, dada a culpa in eligendo. Ação civil pública, em que o Ministério Público do Trabalho pretende a adoção de medidas preventivas e de caráter educativo, como promoção de cursos em todos os estabelecimentos da empresa no país, além do custeio de campanha publicitária, de âmbito nacional, a ser veiculada em duas redes de televisão, com o propósito de prevenir e inibir condutas discriminatórias, julgada improcedente. Sentença que se mantém, tendo em vista que o conteúdo dos autos demonstra tratar-se de um caso isolado de discriminação, praticada 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.

(Processo nº 01817-2001-04-00-7, acórdão de lavra do Exmo. Juíza Maria Inês Cunha Dornelles)

Considerações finais.

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 do Trabalho 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.

Naquele sentido, uma pesquisa tendo por base a jurisprudência consolidada nos Tribunais Trabalhistas em casos de discriminação motivados por orientação sexual pode contribuir, a principiar pelo fato de conferir maior visibilidade ao necessário debate. Além disso, o levantamento procedido veio a confirmar uma “judicialização” dos conflitos motivados por orientação sexual, com destaque para as ações em que se pretende o recebimento de indenizações por danos morais. Foi possível identificar, ainda, desde o ano de 2005 um crescimento do número de casos de litígios motivados por incidentes discriminatórios.

Na grande maioria daquelas ações, no entanto, o bem jurídico debatido dizia respeito somente a uma indenização por danos morais, com respaldo nos dispositivos da Constituição Federal. Poucos foram os precedentes em que foi estabelecida discussão em torno da dispensa, na condição de prática discriminatória, mediante a invocação das

disposições da Lei nº 6.029/95. E, boa surpresa, em todos os eles prevaleceu o entendimento de que a Lei ao coibir a discriminação “por motivo de sexo”, tutelava também as situações em que havia discriminação por orientação sexual.

Referências bibliográficas.

BERENICE DIAS, Maria. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

HERRERA FLORES, Joaquín. *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica da Razón Liberal.Hacia una visión compleja de los derechos humanos*.Bilbao: Desclée, 2000.

HERRERA FLORES, Joaquín. *La Reinención de los Derechos Humanos*. Sevilla: Atrapasuenos.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Los Derechos Humanos como productos culturales. Crítica Del humanismo abstrato*.Madrid: Catarata, 2005.

JAKUTIS, Paulo. *Manual de Estudo da Discriminação no Trabalho*. São Paulo, LTr, 2006.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Orientação sexual e discriminação no emprego*. Brasília: Advocacia Dinâmica, 2000.

RAUPP RIOS, Roger. *A homossexualidade no direito*.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RAUPP RIOS, Roger. *Direitos sexuais de gays, lésbicas e transgêneros no contexto latino-americano*. In www.clam.org.br/pdf/rogerport.pdf

RAUPP RIOS, Roger (Org.) *Em defesa dos Direitos Sexuais*.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO disponível no site trt1.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO disponível no site trtsp.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO disponível no site www.mg.trt.gov.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO disponível no site trt4.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO disponível no site trt5.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO disponível no site trt6.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO disponível no site trt7.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO disponível no site www.trt8.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO disponível no site trt9.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO disponível no site trt10.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 11ª REGIÃO disponível no site trt11.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO disponível no site trt12.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO disponível no site trt13.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 14ª REGIÃO disponível no site trt14.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO disponível no site trt15.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 16ª REGIÃO disponível no site trt16.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO disponível no site trt17.gov.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO disponível no site trt18.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO disponível no site trt19.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 20ª REGIÃO disponível no site trt20.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 21ª REGIÃO disponível no site trt21.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 22ª REGIÃO disponível no site trt22.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 23ª REGIÃO disponível no site
trt23.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO disponível no site
trt24.jus.br

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO no site www.tst.gov.br