

# “LIMITES DO PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR E A DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA NA RELAÇÃO DE EMPREGO”

## “LIMITS OF POWER STEERING AND EMPLOYER DISCRIMINATION AESTHETICS WITH THE EMPLOYMENT”

*Grasiele Augusta Ferreira Nascimento  
Maria Aparecida Alkimin*

### **Resumo**

O presente estudo objetiva analisar os limites do poder de direção do empregador e a discriminação estética na relação de emprego. Embora a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) estabeleça o “poder de direção” do empregador na relação laboral, os direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal deverão ser preservados, os quais encobrem os direitos de personalidade do trabalhador; cujos direitos constituem extensão da dignidade da pessoa humana, princípio-regra que deve nortear as relações trabalhistas. Nesse sentido, a discriminação estética viola as normas internacionais de proteção ao trabalho, bem como a ordem jurídica constitucional e as normas infraconstitucionais que tutelam os direitos da personalidade, engendrando, como consequência jurídica, a reparação do dano moral decorrente da conduta discriminatória.

**Palavras-chave:** Poder de direção; discriminação; estética.

### **Abstract:**

The present study aims to analyze the limits of power of the employer’s direction and aesthetic discrimination in the employment relationship. Although the Consolidation of Labor Laws (CLT) provides the “power steering” of the employer in the employment relationship, the individual rights and guarantees provided in the Constitution should be preserved, which conceal the personality rights of the worker; whose rights are extension of human dignity, rule-principle that should guide labor relations. In this sense, aesthetic discrimination violates international standards of labor protection, as well as the legal and constitutional norms that protect infra personality rights, engendering, as a legal consequence, compensation for moral damage resulting from discriminatory conduct.

**Key-words:** Power steering; discrimination; aesthetic.

### **Introdução**

Empregados e empregadores assumem posições diversas na relação laboral: diante da subordinação jurídica inerente ao contrato de trabalho, o empregado deverá

seguir as ordens do empregador, já que este detém o chamado “poder de direção”, previsto no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Sob a alegação do “poder de direção”, muitas empresas determinam regras que interferem na aparência do trabalhador, como o uso ou não de maquiagem, a proibição do uso de barba, bigode, cavanhaque ou costeleta, o uso de cabelos afro, longos ou curtos, a proibição do uso de brincos, tatuagens ou *piercings*, dentre outras infinitudes de situações que variam de empresa para empresa, considerando as peculiaridades de cada atividade econômica.

Além disso, não são raros os casos de rescisão do contrato de trabalho por razões discriminatórias, como a obesidade, doenças, deficiências, entre outras.

O presente estudo tem como objetivo analisar os limites do poder de direção do empregador e as discriminações ou exigências estéticas presentes na relação laboral, com base na legislação brasileira e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade e não-discriminação.

## **1 Princípios Constitucionais**

### **1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

A dignidade é um atributo inerente à pessoa humana, integrante da natureza humana, razão pela qual, somente o homem, ser dotado de razão, liberdade e autonomia, possui em sua essência a dignidade.

Portanto, a dignidade se constitui como elemento que qualifica o homem e como tal não pode ser destacado dele, trata-se de qualidade irrenunciável e integrante da própria condição humana (SARLET, 2003, p. 43), torna o homem uma unidade concreta, ou seja, fim em si mesmo.

Com efeito, Kant afirma expressamente que o Homem constitui um fim em si mesmo e não pode servir “simplesmente como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade.” (apud SARLET, 2003, p. 50-51).

Segundo Sarlet (2003, p. 43) a dignidade não existe porque é reconhecida pelo Direito ou na medida em que este a reconhece, ela é preexistente e anterior a toda criação do homem político e legislador, podendo-se afirmar que a dignidade da pessoa humana não se confunde com o direito escrito que visou apenas positivar as garantias individuais dos homens, na verdade, a dignidade da pessoa humana, como valor implícito à pessoa humana, transcende todo ordenamento jurídico e escala de valores

atribuídos à condição humana, como valor e atributo inerente à pessoa não se confunde com direito, na verdade, como valor absoluto, transcende a escala de Direitos do Homem.

A dignidade da pessoa humana representa o início e o fim de todo ordenamento jurídico, é o “alfa e omega” das liberdades constitucionais e dos direitos fundamentais (SARLET, 2003, p. 77), é o valor fundamental que norteou a positivação dos direitos do homem, enfim, é fruto do direito natural, aquele que antecede aos direitos ditados e escritos pelos homens.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a dignidade humana como atributo natural e individual não é valorável ou substituível, seu valor é intrínseco e absoluto, tem sua base no direito natural, portanto, eleva a pessoa como valor fonte, razão pela qual possui direitos inerentes à condição humana, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, direitos esses inseparáveis da condição humana.

Ao tratar da evolução histórica da conquista dos direitos humanos, Fábio Konder Comparato entendeu que:

[...]o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes. (COMPARATO, 2003, p.11).

A dignidade da pessoa humana como princípio e valor supremo foi materializada, ganhou corpo e forma com o reconhecimento dos Direitos Humanos através da proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), quando exaltou o direito natural à liberdade e à igualdade: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos.”(Art.1º.)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela ONU em 1948 institucionalizou os direitos e garantias fundamentais de todo cidadão, cujos direitos irradiam-se da dignidade humana e são fundamentais para a existência humana em sociedade, sendo certo que somente se preservará a dignidade humana numa sociedade onde se prima pela liberdade, igualdade, fraternidade e solidariedade entre as pessoas:

Art. 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros com espírito de fraternidade. (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10/12/1948-ONU)

De acordo com a ordem jurídica constitucional brasileira, o Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF/88) tem como um de seus pilares e fundamentos a dignidade da pessoa humana e, pautando-se nesse fundamento norteador de toda ordem jurídica, o legislador constituinte instituiu os chamados direitos e garantias fundamentais dando relevância jurídica ao princípio universal da dignidade humana, através da proteção à vida, à saúde e integridade física e psíquica, à liberdade, à igualdade, à intimidade e privacidade, ao trabalho, à educação, à propriedade, enfim, visou proteger aquilo que é essencial para uma vida digna e decente.

Celso Ribeiro Bastos tratando da dignidade humana afirma que:

[...] embora tenha um conteúdo moral, parece que a preocupação do legislador constituinte foi mais de ordem material, ou seja, a de proporcionar às pessoas condições para uma vida digna(...)este foi, sem dúvida, um acerto do constituinte, pois coloca a pessoa humana como fim último de nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos, como, por exemplo, o econômico.(2007, p. 158)

Portanto, pode-se afirmar que os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos (art. 5º. da CF) são a extensão da dignidade da pessoa humana, não havendo sentido de se proceder ao reconhecimento da dignidade humana sem as garantias fundamentais para materialização e efetivação desse valor supremo.

Partindo-se da premissa que a dignidade da pessoa humana se consubstancia em valor supremo e fundamento primário de todo ordenamento jurídico brasileiro e das normas internacionais que regulam as relações humanas, conclui-se que se trata de fator elementar que deve nortear as relações humanas na sociedade o respeito e a consideração pelo próximo, sendo rechaçada pelo ordenamento jurídico qualquer espécie de violência contra a pessoa ou contra seu patrimônio moral ou material, sendo uma espécie do gênero violência contra a pessoa o tratamento desigual ou discriminatório.

A dignidade da pessoa humana somente se concretiza a partir da conservação, promoção e proteção dos direitos e garantias fundamentais, elementares para uma vida digna em sociedade, cujos direitos fundamentais representam a positivação e inserção nos ordenamentos jurídicos dos Estados dos Direitos Humanos consagrados pela DUDH.

Nesse sentido, o direito do trabalho ou ao trabalho ganhou o *status* de direito social e de garantia fundamental da pessoa humana, à luz do ordenamento jurídico

constitucional vigente, e, nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento, “o trabalho humano é um valor, e a dignidade do ser humano como trabalhador, um bem jurídico de importância fundamental.” (2011, p. 279).

Pode-se concluir, dessa feita, que a dignidade da pessoa humana do trabalhador somente se aperfeiçoa à medida que tem acesso a condições dignas de trabalho a fim de que lhe garanta condições dignas de vida, tal como justa remuneração, garantia de meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado, imune a riscos à saúde física e psíquica, além de igualdade de tratamento e de oportunidades, imune a práticas discriminatórias e atentatórias à sua dignidade enquanto pessoa e trabalhador.

## **1.2 Princípio da igualdade e da não-discriminação**

A igualdade é, essencialmente, uma extensão dos direitos humanos, integrando a categoria das liberdades públicas, portanto, direito humano de primeira geração, e, sendo assim, impõe ao Estado um dever, uma prestação de tutela e abstenção de práticas lesivas. A DUDH em seu artigo 2º. assim proclamou:

todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

A CF/88, art. 5º., caput, ao prescrever que “todos são iguais perante a lei”, consagrou a igualdade formal, meio de limitação do poder do Estado Liberal, todavia, a evolução histórica da humanidade e as necessidades emergentes do convívio social demonstraram que o valor da igualdade deve ser repensado, a fim de que as especificidades e diferenças dos sujeitos titulares de direitos sejam observadas e respeitadas, pois há necessidade de “transitar-se da igualdade formal para a igualdade material ou substantiva.” (PIOVESAN, 2010, p. 241).

Segundo Flávia Piovesan, igualdade material se desdobra e no primeiro plano “corresponde ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio-econômico)”, no segundo plano “corresponde ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).” (PIOVESAN, 2010, p. 49 ).

A igualdade é posta como princípio, todavia, tanto o ordenamento jurídico interno como internacional elevou o princípio da igualdade à categoria de direito fundamental positivado e, uma vez violado, viola, por extensão, a dignidade da

pessoa humana. Portanto, correto referir-se a direito à igualdade, cujo direito ao lado da liberdade, intimidade, privacidade etc constitui direito atrelado à personalidade de cada indivíduo, ou seja, íntegra e essência existencial de cada pessoa.

Efetivar o direito à igualdade implica aceitar e respeitar as diferenças, pois os seres humanos são diferentes entre si, ninguém é igual a ninguém, homens diferem entre si e de mulheres, crianças de adultos, negros de brancos etc. Ser diferente não implica desigualdade de tratamento.

Nesse sentido, somente se promove a igualdade material a partir do momento em que as diferenças são respeitadas, ou seja, a partir do momento que se reconhece o direito de ser diferente. Logo, pode-se afirmar que a igualdade deve reconhecer a diferença e a diferença não deve produzir desigualdades. “O reconhecimento de identidades e o direito à diferença é que conduzirão a uma plataforma emancipatória igualitária.” (SARMENTO; IKAWA; PIOVESAN, 2010, p. 50).

A igualdade e o reconhecimento da diferença impõem como dever de abstenção a não-discriminação. A não-discriminação é um desdobramento do princípio da igualdade, sendo certo que somente através da igualdade e da não-discriminação é que se possibilitará transmudar da igualdade formal, abstrata e geral para a igualdade material e substancial, permitindo a plena afirmação da dignidade da pessoa humana e o pleno exercício dos direitos e potencialidades humanas.

Na visão Aristotélica, a igualdade de tratamento significa tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Portanto, o conceito de igualdade implica, necessariamente, o reconhecimento das diferenças.

Na verdade, o que é vedado pela ordem jurídica é o tratamento desigual a situações iguais, logo, o princípio constitucional da igualdade não exige que haja uma equivalência real entre indivíduos, mas que seja atribuída igualdade de tratamento para situação de fato semelhante.

Nesse sentido, para efetivação do princípio da igualdade, a ordem jurídica veda discriminações ou desigualdades injustificadas, vedando, dessa forma, a chamada discriminação negativa. Imperioso destacar a ordem jurídica constitucional inserida no art. 3º.: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: ... IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (Constituição Federal).

Os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade e não-discriminação são absolutos, sobrepõem-se aos interesses do próprio Estado impondo-

lhe dever de observância e de abstenção, e, certamente impõe ao empregador limites ao seu poder de direção.

## **2 Estética**

### **2.1 Conceito**

O conceito de estética está diretamente relacionado com o conceito de beleza.

Entende-se por estética “a ciência que tem por objeto o juízo de apreciação, determinante do belo nas produções artísticas. Trata-se da ciência do belo ou da filosofia da arte”. (DINIZ, 2010)

Desta forma, os padrões são definidos com base no que é considerado “belo” ou “feio”, conceitos absolutamente subjetivos e que variam em virtude da cultura e do período histórico.

Em relação à beleza feminina, por exemplo, “nos séculos XV a XVII, o padrão era ventres grandes; no século XIX, o padrão para uma mulher bonita e saudável era possuir formas arredondadas (ombros e rostos), não podendo ser magra, conforme bem demonstrou *Reinold*; no século XX, coxas e quadris ondulantes” (MARQUES, 2002).

Os adornos utilizados pelas mulheres também contribuem para o conceito do que é belo em algumas culturas. É o caso, por exemplo, do uso de argolas no pescoço utilizadas como adorno pelas meninas de uma tribo da Birmânia (atual Mianmá). A cada ano de vida, as meninas, a partir dos 09 (nove) anos de idade, colocam uma argola no pescoço. Os pescoços alongados refletem a beleza da mulher daquela região. (MARQUES, 2002).

Os homens, por sua vez, também apresentaram características diversas ao longo da história em relação à beleza. Corpos musculosos, uso de bigodes, barbas, ternos bem cortados e chapéus são exemplos de exigências em relação à beleza masculina.

Os conceitos de “belo” e “feio”, portanto, devem ser analisados com base no período histórico e na cultura de cada sociedade.

### **2.2 Fatores estéticos**

A sociedade brasileira atual adotou um novo conceito de beleza, denominado por Augusto Jorge Cury como “padrão inatingível de beleza” (2005), que pode ser contemplado nas campanhas publicitárias, nas produções cinematográficas e na teledramaturgia. A mulher bela, segundo o padrão atual, deve ser exageradamente magra, como as modelos e manequins que se destacam no mundo da moda.

As pessoas que eventualmente não estiverem dentro dos padrões impostos, estarão excluídas do grupo..

Vários são os fatores estéticos que ocasionam a exclusão e a discriminação do indivíduo, inclusive no ambiente de trabalho, como, por exemplo o peso, a tatuagem, o *pircing*, cicatrizes, cortes de cabelo, uso de barba, altura e fatores decorrentes de doenças e deficiências.

#### **a) Peso: obesidade, bulimia e anorexia**

O excesso de peso é um dos fatores estéticos que ocasionam discriminação no trabalho.

Em relação ao tema, é importante destacar a distinção entre as expressões “sobrepeso” e “obesidade”.

Considera-se “sobrepeso” o peso acima do recomendado pela OMS – Organização Mundial de Saúde (IMC - Índice de Massa Corporal superior a 25%), enquanto que a “obesidade” é o excesso de peso crônico (IMC – Índice de Massa Corporal superior a 30%).

A obesidade pode ser ocasionada pela superalimentação (obesidade exógena) ou decorrente de distúrbios metabólicos ou endócrinos (obesidade endógena) (SÉGUIN, 2002).

De acordo com a Pesquisa de Orçamento Familiar (POF) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE),

“em todas as regiões do país, em todas as faixas etárias e em todas as faixas de renda aumentou contínua e substancialmente o percentual de pessoas com excesso de peso e obesas. O sobrepeso atinge mais de 30% das crianças entre 5 e 9 anos de idade, cerca de 20% da população entre 10 e 19 anos e nada menos que 48% das mulheres e 50,1% dos homens acima de 20 anos. Entre os 20% mais ricos, o excesso de peso chega a 61,8% na população de mais de 20 anos. Também nesse grupo concentra-se o maior percentual de obesos: 16,9%.

São números que dão ao fenômeno contornos de epidemia. Mantido o ritmo atual de crescimento do número de pessoas acima do peso, em dez anos elas serão 30% da população – padrão idêntico ao encontrado nos Estados Unidos, onde a obesidade já se constitui em sério problema de saúde pública.

Ou seja, além de se constituir em problema pelos riscos decorrentes do sobrepeso em si – como doenças do coração e diabetes – o sobrepeso é causado por uma alimentação pouco saudável. Para agravar o quadro, a prática regular de exercícios físicos está longe de fazer parte dos hábitos do brasileiro. Pesquisa de 2008 mostrou que apenas 10,2% da população com 14 anos ou mais tem alguma atividade física regular.” (SOARES; RITTO, 2010).

Em contrapartida ao crescimento assustador de pessoas com sobrepeso ou obesas no país, nos deparamos com a ditadura da magreza, que atinge, sobretudo, as mulheres.

“O contraponto da obesidade é a bulimia e a anorexia, ambas traduzindo estados patológicos e com riscos para a integridade corporal da pessoa. Na bulimia ocorre a ingestão de grande quantidade de alimentos seguida de vômito, provocando desnutrição. (...) A anorexia é caracterizada pela perda do apetite” (SÉGUIN, 2002).

A discriminação pelo peso, desta forma, poderá ocorrer tanto pelo excesso, nos casos de obesidade, por exemplo, como pela ausência de peso que gere aparência diferente dos padrões estabelecidos pela sociedade.

Como exemplo de discriminação em relação ao peso no trabalho, destacamos:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DISCRIMINAÇÃO. OBESIDADE. A distribuição de tarefas realizada com base na aparência física dos empregados constitui conduta discriminatória quando não demonstrado que tal atributo seja essencial ao desempenho da atividade pelo trabalhador. Recurso não provido. (Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho - 4ª Região - Porto Alegre/ RS, 10 de Setembro de 2008. Recorrente: EC Serviços de logística Ltda e recorridos Karen Fernanda Custódio.

## **b) Tatuagem e *piercing***

A tatuagem ou dermopigmentação é um desenho realizado na pele . Pode ser conceituada como a

arte de introduzir debaixo da epiderme substâncias corantes, vegetais ou minerais, para produzir desenhos indelévels, como se pratica entre os povos selvagens e entre marinheiros, soldados e criminosos. Esta prática, hoje em dia, é comum entre as pessoas das mais variadas culturas e camadas sociais” (Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa).

É interessante observar que no próprio conceito, denota-se uma visão preconceituosa da utilização da tatuagem em tempos passados, o que muitas vezes ainda é refletido em algumas organizações.

O mesmo ocorre com o *piercing*, peça de metal introduzida em diversas partes do corpo, como língua, nariz, sobrancelha, lábio, entre outros.

Muitas empresas, por exemplo, deixam de contratar ou promovem a exclusão do empregado em virtude de apresentar tatuagens aparentes ou *piercings* em seu corpo.

Discute-se se o empregador, detentor do poder de direção, tem o direito de impedir a realização dessas modificações no corpo do empregado, ou mesmo de exigir que sejam retiradas.

A discriminação também é presenciada nos órgãos públicos:

“ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO DE ADMISSÃO AO ESTÁGIO DE ADAPTAÇÃO DE OFICIAIS TEMPORÁRIOS DA AERONÁUTICA – CANDIDATA PORTADORA DE TATUAGEM – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE - COMPROMETIMENTO À ESTÉTICA OU À MORAL NÃO VERIFICADO - APELAÇÃO E REMESSA DESPROVIDAS”. (TRF 2ª Região - RR – 0006116-38.2009.4.02.5101, 6ª Turma, Relator Frederico Gueiros).

#### **c) Cicatrizes**

As cicatrizes são as marcas deixadas no corpo de uma pessoa, como consequência de acidentes, cirurgias ou queimaduras.

Caso a cicatriz esteja em um lugar aparente, como o rosto, por exemplo, muitas vezes poderá causar uma aparência antiestética, capaz de gerar incômodo entre as pessoas.

#### **d) Cabelo e barba**

O corte de cabelo, o uso de cabelos soltos, a barba, o bigode, o cavanhaque, a costeleta, cabelos longos ou curtos, lisos ou afro, são outros fatores estéticos que podem gerar discriminação.

Exemplo de discriminação em relação ao uso da barba é relatada por Tiago Décimo (2010):

A 7ª Vara do Trabalho de Salvador condenou o Bradesco a pagar R\$ 100 mil de indenização por dano moral coletivo, por discriminação estética - o banco proíbe que os funcionários usem barba. De acordo com a decisão do juiz Guilherme Ludwig, o valor deve ser encaminhado ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e o banco ainda deve divulgar, "nos jornais de maior circulação na Bahia, durante dez dias seguidos, e em todas as redes de televisão aberta, em âmbito nacional", uma mensagem reconhecendo a "ilicitude de seu comportamento" e a alteração de seu "Manual de Pessoal, para incluir expressamente tal possibilidade" (o uso de barba por parte dos funcionários). O Bradesco pode recorrer da sentença.

A ação, apresentada pelo procurador Manoel Jorge e Silva Neto, do Ministério Público do Trabalho da Bahia, em fevereiro de 2008, foi baseada na denúncia de um dirigente do Sindicato dos Bancários do Estado, funcionário do banco. Por ter a pele sensível à lâmina, o barbear diário causava erupções em seu rosto.

O Bradesco alegou, em sua defesa, que uma pesquisa interna apontou que barba "piora a aparência" e que seu uso pode atrapalhar o sucesso profissional. Na sentença, Ludwig alegou que a pesquisa foi feita apenas com executivos e citou Jesus Cristo, Charles Darwin e o presidente Luiz Inácio Lula da Silva, entre outros, para rebater o argumento.

Segundo o documento, a proibição constitui "conduta patronal que viola inequivocamente o direito fundamental à liberdade de dispor de e construir a sua própria imagem em sua vida privada".

Contudo, outro foi o entendimento do Tribunal Regional da 5ª Região/BA, ao considerar que não houve discriminação nem uma clara determinação para que funcionários tirassem a barba. A Relatora do processo, Maria das Graças Boness, afirmou que mesmo uma eventual norma que proibisse o uso de barba não seria abusiva, pois não estaria fora do "poder diretivo do empregador"(FONSECA, MAGENTA, 2011).

#### **e) Fatores decorrentes de doenças e deficiências**

Também são fatores estéticos que ocasionam discriminação estética as deficiências, sejam congênitas ou desenvolvidas ao longo da vida, e marcas nas partes expostas do corpo, como feridas e manchas, muitas vezes associadas a doenças.

Exemplo de discriminação desta ordem é relatada no filme “Filadélfia”, estrelado por Tom Hanks, em que o personagem é demitido do escritório em que trabalhava quando seus superiores, percebendo as feridas em seu rosto e corpo, descobriram ser ele portador do vírus HIV/AIDS.

### **3 Discriminação no trabalho**

No âmbito das relações trabalhistas, ficará caracterizada a prática discriminatória atentatória à dignidade e personalidade do trabalhador nas hipóteses em que o empregador tratar de forma diferenciada seus empregados, sem razão justificada e razoável, impedindo o desenvolvimento das atividades trabalhistas em ambiente sadio e equilibrado, imune de atentado à dignidade e personalidade do trabalhador ou estabelecendo desigualdades em matéria de manutenção de emprego ou de acesso ao emprego.

O contrato de trabalho, tendo-se em conta o aspecto da pessoalidade, envolve como obrigação pessoal o dever de respeito e consideração à pessoa do empregado, ou seja, o empregado, à medida que entrega sua força de trabalho, tem direito a um meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado imune a agressões físicas e psíquicas e, dentre as agressões psíquicas, pode-se destacar a discriminação.

Conforme relatado em linhas anteriores, a discriminação no trabalho, qualquer que seja sua forma ou tipologia, viola a dignidade da pessoa humana e lesa os direitos e garantias individuais do cidadão trabalhador, contrariando as normas internacionais e nacionais de proteção à pessoa e de acesso ao trabalho e em condições dignas.

Referindo-se à discriminação nas relações de trabalho, merece destaque a Convenção da OIT de n. 111 (aprovada pelo Decreto Legislativo n. 104 de 24/11/64 e promulgada pelo Decreto n. 2.682 de 22-7-98) que em seu artigo 1º. considera discriminação: “toda distinção, exclusão ou preferência baseada em motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha como efeito anular a igualdade de oportunidades ou de tratamento em emprego ou profissão.”

O Brasil cuidou da igualdade e da não-discriminação em matéria de trabalho, visando cumprir os ditames do Estado democrático de Direito que instituiu como princípio e fundamento, além da dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho (art. 1º., III e IV, CF/88), instituindo como direito social e fundamental do trabalhador o acesso ou manutenção no emprego imune às práticas discriminatórias (art. 7º., XXX, XXXI, XXXIII; CLT, arts. 6º, 460 e 461).

Visando regulamentar a Convenção n. 111, a Lei n. 9.029/95 veda a prática de qualquer ato discriminatório para efeito de ingresso na relação de emprego ou para sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Forçoso ponderar que o rol contido na referida Lei anti-discriminatória é apenas exemplificativo, logo, ocorrendo discriminação estética, a Lei em questão deverá ser invocada para dirimir o litígio.

Oportuno destacar que nosso ordenamento jurídico estabelece a discriminação positiva em relação ao trabalho da mulher, do menor e do deficiente, justamente com o intuito de proteger essa categoria de trabalhadores mais vulneráveis, cuja proteção se perfaz através do sistema legislativo ou de políticas públicas, que conduzem às ações afirmativas como forma de coibir ou prevenir práticas discriminatórias nas relações de trabalho.

Portanto, o ordenamento jurídico veda a discriminação negativa por motivo de sexo, raça, cor, estética etc, sendo reconhecida como legítima e legal a chamada discriminação positiva, pois para prevalecer o real sentido da igualdade de tratamento em matéria trabalhista é necessária uma proteção especial a certos grupos de pessoas (mulher, deficiente, adolescente), cujos mecanismos de tratamento diferenciado são denominados de ações afirmativas, que certamente visam a inclusão, como é o caso da Lei de Costas (Lei n. 8213) em relação ao trabalhador portador de deficiência.

Todavia, deve-se ponderar que o dever de não-discriminar não retira do empregador seu pleno exercício da autonomia de vontade, da livre iniciativa, da liberdade contratual e, em especial, do exercício do seu também direito e garantia fundamental que é o direito de propriedade. Deve-se, nesse caso, atentar à técnica da ponderação, ou seja, é razoável, por exemplo, que o contratante possa preferir determinada pessoa em relação a outra considerando certos atributos essenciais para os objetivos econômicos da empresa, como é o caso da contratação de uma modelo, que, necessariamente, deverá apresentar uma estética de beleza.

#### **4 Limites do poder de direção do empregador**

De acordo com o art. 2º da CLT, considera-se empregador “a empresa, individual ou coletiva, que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e *dirige a prestação pessoal dos serviços*”. (grifo nosso)

Desta forma, a prestação dos serviços deve ser realizada pessoalmente pelo empregado, que estará subordinado às ordens do empregador.

O poder de direção do empregador pode ser caracterizado através de três ações: poder de organização, poder de fiscalização e poder disciplinar.

Em relação ao poder de organização, poderá o empregador estabelecer as regras que entender convenientes para o bom desenvolvimento das atividades empresariais, o que pode ser estruturado através da elaboração do regulamento de empresa, contendo regras técnicas, disciplinares, entre outras que atendam às exigências do empregador.

Como já afirmamos em outra oportunidade,

o contrato de trabalho, embora seja de natureza privada, envolve a prestação pessoal de serviços, sendo certo que, justamente com a entrega da força de trabalho, o trabalhador transfere, ainda que em parte, os direitos da personalidade, pois a relação de empregado envolve uma relação de submissão em relação ao seu empregador, que passa a dirigir e controlar a prestação dos serviços, invadindo a esfera da personalidade ou personalidade do trabalho.

Não é de se olvidar que o poder diretivo do empregador encontra limites nos direitos e garantias fundamentais os quais encobrem os direitos da personalidade do trabalhador, cuja tutela à personalidade tem mais razão e sentido nas relações trabalhistas do que nas relações civilistas, pois a relação é estritamente pessoal, resultando na abstenção e dever legal por parte do empregador de respeito e consideração aos direitos da personalidade do trabalhador, indissociáveis da pessoa do mesmo. (ALKIMIN; NASCIMENTO, 2009).

Desta forma, embora tenha o poder de direção na relação empregatícia, o empregador jamais poderá intervir no pleno exercício dos direitos e garantias individuais dos respectivos empregados.

A poder diretivo do empregador e sua liberdade de contratação encontra limites na dignidade da pessoa humana e nos direitos da personalidade do empregado, e, muito embora seja detentor do direito de propriedade e de livre iniciativa, não está autorizado a proceder à discriminação injustificada, excluindo, por exemplo, o empregado por motivo de estética.

O poder de direção do empregador encontra limite na ordem jurídica constitucional que exaltou a dignidade da pessoa humana, os direitos e garantias fundamentais e o valor social do trabalho, bem como na ordem jurídica infraconstitucional que tutela os direitos da personalidade e o dever de lisura e boa-fé nas relações contratuais.

Ademais a Lei n. 9029/95, que regula a não-discriminação em matéria de emprego, é a mais absoluta revelação da limitação legal ao poder de direção quando se trata do exercício do poder de direção sobre a pessoa do empregado.

Importante ressaltar, que a Lei supramencionada veda ao empregador a prática discriminatória impeditiva de igualdade de acesso ou manutenção no emprego, todavia, na mesma escala de valor que se situa a igualdade, está a liberdade, dentre ela, a liberdade de contratação.

Nesse sentido, não se afigura prática discriminatória a liberdade que o empregador possui de escolher, selecionar empregado que tenha maior aptidão para determinada função ou até mesmo aparência adequada para o tipo de função que irá exercer, como é o caso de um artista que desempenhará um papel de galã ou uma modelo que fará comercial televisivo.

Não contratar candidato por inadequação às funções que teria de desempenhar não é o mesmo que discriminar, porque não há, nesse caso, preconceito contra uma pessoa, mas outra razão: o imperativo de compatibilização entre a pessoa e a atribuição que pretenda exercer. (NASCIMENTO, 2011, p. 734)

Sustenta, ainda, Amauri Mascaro Nascimento que:

Não se caracteriza como prática discriminatória a opção do empregador que tenha por base exigência próprias de uma função que não pode ser exercida por uma pessoa em decorrência de fatores pessoais ou distinções feitas em função da natureza da relação de trabalho e do tipo de atividade que a pessoa venha a exercer. (2011, p.732).

Dessa forma o direito de escolha do empregador não significa abuso ao poder diretivo e conseqüente prática discriminatória, pois esse direito se amolda ao legítimo exercício do direito de propriedade e de livre iniciativa (art. 5º., XXII e art. 170 da CF/88).

## **5 Conseqüências jurídicas da discriminação estética no trabalho**

### **5.1 Dano e responsabilidade civil**

A discriminação estética, como espécie do gênero discriminação no trabalho, constitui atentado à dignidade da pessoa humana do trabalhador, grave violação aos direitos fundamentais e aos direitos da personalidade (liberdade, igualdade, honra, integridade física e psíquica) do trabalhador, engendrando dano à pessoa, sendo certo que, de acordo com a ordem jurídica constitucional estabelecida no art. 5º., XLI, da CF/88: “a lei punirá práticas discriminatórias.”

A prática discriminatória em razão da estética viola o dever moral e jurídico de respeito e consideração ao próximo, caracterizando violação ao contrato de trabalho e às normas de tutela à personalidade, gerando na órbita trabalhista a rescisão contratual por justa causa imputada ao empregador, com as conseqüências trabalhistas rescisórias e indenizatórias peculiares à hipótese, além de caracterizar, na órbita civil, ato ilícito e, como tal, causa dano de natureza civil à vítima dessa modalidade de discriminação, sujeitando-se o autor do ato discriminatório à responsabilização por dano moral e material (art. 5º., X, CF/88).

No campo da responsabilização civil pela prática ilícita discriminatória e consequente dano à pessoa, o Código Civil divide a responsabilidade civil em responsabilidade por ato próprio e por ato de terceiro.

A responsabilidade por ato próprio significa que o agente praticante do ilícito (prática discriminatória) responderá pelo dano causado, uma vez praticado o ato lesivo com dolo ou culpa, e desde que haja nexos de causalidade entre conduta e dano, tratando-se essa modalidade de responsabilidade subjetiva (arts. 186 e 927 do Código Civil).

Quanto à responsabilidade por ato de terceiro, é aquela que norteia as relações de trabalho e está consagrada nos arts. 932, III e 933 do Código Civil, segundo a qual o empregador responde por eventual ato discriminatório engendrado por seus prepostos, tratando-se de responsabilidade objetiva ou sem culpa, competindo ao terceiro responsável, não autor do dano, a ação de regresso em face do autor do dano (art. 934, CC).

Portanto, a discriminação estética no trabalho, além de caracterizar violação às regras do contrato de trabalho e possibilitar a rescisão indireta com as conseqüências trabalhistas pertinentes, caracteriza ato ilícito causador de dano moral, indenizável na esfera do direito civil.

A discriminação estética, sem dúvida, gera profundo sofrimento e dor psíquica na vítima, contamina o ambiente de trabalho, a ponto de excluir a vítima da organização

do trabalho. O sofrimento, a dor, a angústia padecidos pela vítima caracterizam o dano moral, e, de acordo com o art.927 do Código Civil: “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

## **5.2 Fases da discriminação estética e efeitos jurídicos**

Para o apontamento das conseqüências jurídicas da discriminação estética no contrato trabalho, deve-se, antes, perquirir as fases em que tal discriminação poderá ocorrer:

### **5.2.1 Fase contratual**

Durante a vigência do contrato de trabalho o empregador em manifesto abuso do poder de direção e organização poderá incidir na prática ilícita e cometer discriminação em razão da aparência ou estética do trabalhador ou da trabalhadora; valendo destacar que, muitas vezes, a discriminação estética poderá partir de um preposto do empregador.

Todavia, não importa o sujeito ativo da discriminação estética - empregador ou preposto seu-, configura-se, conforme já discorrido, ato ilícito, violador das normas de tutela à dignidade e à personalidade do trabalhador, bem como às normas de proteção à relação de emprego e às condições de trabalho, configurando justa causa para o empregado rescindir, indiretamente, o contrato de trabalho, e pleitear a respectiva indenização trabalhista, sem prejuízo, é obvio, da reparação civil por dano moral e material, se for o caso.

Inclusive, é oportuno ponderar que se a discriminação estética por dirigida contra a vítima de forma reiterada e sistemática, intensificará o sofrimento psíquico e caracterizará uma modalidade de assédio moral discriminatório.

O assédio moral pode ser caracterizado como:

conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude etc) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando o seu emprego ou degradando o clima de trabalho.( HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-Estar no Trabalho – Redefinindo o Assédio Moral**. Tradução de Rejane Janowitz, 2002, apud ALKIMIN, 2008, p. 38).

Caso o empregador camufle a despedida discriminatória, sob o manto da rescisão sem justa causa, configurará despedida arbitrária e discriminatória (CF, art. 7º.,I,XXX e XXXI), habilitando o ofendido a pleitear o dano moral, em razão da

violação à sua dignidade e aos seus direitos da personalidade (CC, arts. 10 e 11 c.c. art. 186 e 927).

A rescisão contratual baseada na discriminação estética é uma despedida abusiva, nesse sentido, o empregador estará exorbitando o seu poder potestativo de rescindir o contrato de trabalho, causando ao trabalhador discriminado dano trabalhista em razão da privação do emprego e, concomitantemente, dano à sua personalidade.

Nem sempre a solução mais justa é a reparação trabalhista e civil, como meio de compensação pecuniária pela dor psíquica e sofrimento moral padecidos pela vítima da discriminação estética.

Dessa forma, a despedida por discriminação estética configura abuso de direito, devendo o ato demissionário ser acoimado pela nulidade e uma vez declarado nulo deverá possibilitar a reintegração do trabalhador discriminado, caso tenha invocado essa obrigação de fazer. (art. 9º. CLT), sem prejuízo à reparação civil por dano moral, em razão do atentado aos seus direitos da personalidade.

Caso opte o obreiro pela manutenção do vínculo laboral, poderá “...ingressar com ação judicial para a empresa cessar o comportamento ilegal..”(NASIMENTO, 2011, p. 734), pleiteando a cominação de pena de multa (obrigação de não-fazer).

A Lei n. 9.029/95 veda a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou para a sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade; sendo certo que não há tutela legislativa específica para o caso de discriminação estética, apenas genérica.

Entretanto, a Lei n. 9.029/95 comporta uma interpretação extensiva, social e sistemática, haja vista que a sua finalidade é proibir prática discriminatória no que tange ao acesso ao emprego ou manutenção do emprego, logo, as hipóteses ali elencada não são *numerus clausus*, comporta extensão para abranger toda e qualquer forma de discriminação, inclusive, a estética, haja vista que a rescisão contratual não pode atingir a dignidade do trabalhador.

Diante de uma dispensa abusiva fundada na discriminação estética, por analogia, o ofendido poderá invocar a Lei 9.020/95 e reclamar, conforme disposto no art. 4º. referida Lei, a reintegração com o ressarcimento integral de todo período de afastamento, ou seja, salários e outros direitos adquiridos quando em curso o contrato laboral ou optar pelo recebimento em dobro da remuneração do período de afastamento, devidamente corrigida.

## 5.2.2 Fase pré-contratual

Oportuno esclarecer, a princípio, que o empregador tem liberdade e livre iniciativa de exigir certos atributos e características para o desempenho de determinada função, sob pena de violação à liberdade contratual, bem como ao seu direito de propriedade e de livre iniciativa.

Conforme esclarece Amauri Mascaro Nascimento, para a discriminação devem concorrer o elemento subjetivo, ou seja, a intenção de discriminar e o elemento objetivo, ou seja, a “preferência efetiva por alguém em detrimento de outro sem causa justificada...” (2011, p. 732).

É inerente ao poder diretivo e de organização do empregador proceder à obtenção de informações e características pessoais acerca do candidato a determinada vaga de emprego através de testes, entrevistas etc, tendo-se em conta, certamente, a verificação das aptidões pessoais e profissionais para aquela determinada ocupação que se está almejando.

Entretanto, esse poder diretivo do empregador utilizado na escolha e seleção do candidato à vaga no emprego encontra limites nos direitos da personalidade, em especial, àqueles relacionados à imagem, intimidade, privacidade, honra do candidato, logo, qualquer tipo de exclusão em razão da estética do candidato ou da candidata caracterizará abuso do poder diretivo e conseqüente ato ilícito que culminará com a reparação por dano moral.

Muitas vezes a empresa abre oportunidade de vagas e nas tratativas preliminares, ou seja, na pré-contratação acaba por cometer a discriminação estética, impedindo o acesso da vítima ao emprego. Essas tratativas, segundo Míriam Russo Terayama, “...entabula possível relação futura, inobstante sem compromisso de ânimo definitivo, podem produzir efeitos jurídicos...omissis...a desistência injustificada de contratação pelo empregador pode causar. (CAHALI, 1998, p.464).

Como bem adverte José Afonso Dallegrave Neto (2007, p. 105), invocando o art. 422 do Código Civil que embasa os princípios da probidade e boa-fé nas relações contratuais, o dano experimentado pelo obreiro na fase pré-contratual ou na fase pós-contratual “não decorre da violação de obrigação contratual, mas da ofensa a um dever de conduta imanente à figura dos sujeitos do contrato, pautado no princípio da boa-fé.” (DALLEGRAVE, 2007, p. 105).

Nessa linha de raciocínio, a violação aos direitos da personalidade através da discriminação estética ou outra forma de atentando à dignidade humana do trabalhador, caracterizará violação ao dever de boa-fé que deve nortear as relações contratuais e pré-contratuais, ensejando responsabilidade civil contratual e consequente dever de indenizar o dano moral provocado pela conduta discriminatória.

### 5.2.3 Fase pós-contratual

A discriminação estética também poderá ocorrer no ato da rescisão contratual ou logo após a terminação do contrato de trabalho, sendo mais comum nessa última hipótese onde o empregador ou ex-empregador presta informações desabonadoras ou tendenciosas no intuito de dificultar ou impedir o acesso do trabalhador a nova vaga no emprego.

O efeito da discriminação estética no ato da rescisão ou após a rescisão contratual é o mesmo, ou seja, violação à dignidade e personalidade da vítima e grave ofensa ao seu patrimônio moral, no que diz respeito à imagem, privacidade, intimidade etc, sujeitando-se o autor do ato discriminatório ao pagamento da indenização compensatória da dor e sofrimento perpetrados na pessoa do ex-empregado.

Conjugando a ordem jurídica trabalhista que inseriu a relação de trabalho dentre os litígios da competência da Justiça laboral e a ordem jurídica civilista que exaltou os direitos da personalidade e, conseqüentemente, o dever de probidade e boa-fé nas relações privadas e contratuais, pode-se compartilhar do entendimento de José Affonso Dallegrave Neto no sentido de que:

Todas as conclusões acerca do enquadramento do dano pré-contratual como consequência da inobservância de um *direito relativo* a determinados sujeitos – e, portanto, dentro da responsabilidade civil contratual – aplicam-se ao chamado dano pós-contratual decorrente das relações de trabalho. (2007, p. 115).

Oportuno ponderar que o dever de boa-fé contratual (art. 422, CC) implica não apenas a observância às cláusulas contratuais estabelecidas pelas partes ou cumprimento das obrigações previstas em lei e instrumento normativo da categoria econômico-profissional, traz como dever correlato o respeito e consideração à pessoa do empregado.

Por outro lado, é certo afirmar que esse dever de boa-fé que traz ínsito o dever de respeito e consideração à pessoa do empregado é extensivo ao período pós-contratual, pois ainda que não haja uma vinculação entre as partes através de uma relação contratual e obrigacional, impera o dever jurídico de manutenção da paz e equilíbrio nas relações sociais, e isso só se atinge através do respeito, preservação e promoção da dignidade da pessoa humana e

dos seus direitos e garantias fundamentais, dentre os quais o direito e garantia de não ser discriminado em qualquer fase ou momento da vida pessoal e profissional.

As obrigações contratuais, em especial, dever de boa-fé que abarca respeito e consideração à pessoa do contratante ou ex-contratante, projeta seus efeitos mesmo após a extinção do contrato de trabalho, razão pela qual, qualquer modalidade de prática discriminatória dirigida contra o ex-empregado caracteriza violação contratual e invade a seara da responsabilidade civil (art. 927 do CC) que traz como corolário a indenização por dano moral, sendo certo que “o *status* jurídico do agente (ex-empregador) e da vítima (ex-empregado) é fundamental para a conclusão de que trata de um direito relativo aos contratantes, ainda que já extinto o contrato. (DALLEGRAVE, 2007, p. 116).

## **6. Competência material**

Matéria que sempre causou polêmica na doutrina e na jurisprudência é aquela atinente à determinação da competência em caso de dano moral na fase pré-contratual e na fase pós-contratual, sendo certo que na fase contratual não há dúvida de que a competência para julgar o conflito é da Justiça do Trabalho, haja vista oriundo o conflito da relação de emprego.

No caso, por exemplo, de discriminação estética no curso da relação laboral, o empregado vitimado pela prática discriminatória poderá retirar-se do serviço ou manter-se no emprego e ajuizar a ação trabalhista fundada na rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 483, CLT) cumulada com pedido de dano moral.

Tratando-se de discriminação estética na fase pré-contratual, para Yussef Said Cahali, “a competência é da justiça comum, pois até não se estabelecera uma vinculação trabalhista entre as partes envolvidas nos entendimentos preliminares...” (CAHALI, 1998, p.464). No mesmo sentido posicionou-se João de Lima Teixeira Filho ( apud LOBREGAT, 2001, p. 130).

Sempre foi tormentosa a discussão acerca da competência material no caso de dano moral ocorrido após a extinção da relação de emprego, antes da vigência da Emenda Constitucional n. 45 que alterou a competência material da Justiça do Trabalho (art. 114, CLT).

Na fase do pré-contrato admitia-se tanto a competência da Justiça do Trabalho como da Justiça Comum, sendo que o argumento que sustentava a competência da Justiça do Trabalho era no sentido de que a questão de fundo era a relação de emprego, ainda que fracassada as negociações preliminares. Entretanto, sobressaiu o entendimento segundo o qual o pré-contrato é mera expectativa de direito, logo, eventual dano decorrente das tratativas não são da competência da Justiça do Trabalho, cuja competência apenas abarca conflitos decorrentes da relação empregatícia formalizada nos termos da CLT; ademais, tratando-se de verba de natureza civil, como é o caso do dano moral, a competência está afeta à Justiça Comum.

No sentido de ser a competência afeta à Justiça Comum no caso do dano pós-contratual pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo que a competência deve ser determinada pela causa de pedir, logo, tratando-se de pedido de dano moral em razão de fato ocorrido após a extinção da relação empregatícia, a competência é da Justiça Comum, ainda que haja vinculação remota à extinta relação empregatícia. (2ª. Seção do STJ, conflito de competência 11.732, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 22.02.1995, *DJU* I 03.04.1995, p. 8,105, e *Rep. IOB Jurisp.* 3/10.80-8, apud CAHALI, p. 485-486).

Para se fixar a competência material no caso de prática discriminatória na fase pré-contratual e na fase pós-contratual, temos que tomar como ponto de partida a análise do art. 114 da CF antes e após a EC n. 45.

A EC 45 atribui à Justiça Laboral a competência para dirimir e julgar conflitos decorrentes da relação de trabalho, logo, aplicando-se uma interpretação extensiva, pode-se afirmar que qualquer conflito onde figure um trabalhador e um empregador será da competência material da Justiça do Trabalho.

Consequentemente, na fase pré-contratual, ainda que não exista a relação de emprego nos termos dos arts. 3º. e 2º. da CLT, existe a figura de um trabalhador, um empregado em potencial, razão pela qual (...) tanto o empregado com vínculo constituído quanto o trabalhador com relação ainda incipiente encontram-se igualmente albergados pela competência da Justiça do Trabalho.” (DALLEGRAVE, 2007, p. 113).

Por outro lado, a partir do momento que o legislador constituinte fixou a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”, é forçoso admitir que não distinguiu em que momento a pessoa do trabalhador estará sofrendo o dano moral, subentendendo-se que tanto o dano oriundo de uma relação laboral em curso, como o

dano moral decorrente das tratativas e aquele decorrente da extinta relação laboral são da competência da Justiça do Trabalho.

O que importa é o liame obrigacional estabelecido entre as partes e decorrentes de uma relação jurídica contratual em curso, na tratativa ou já extinta, cujo liame obrigação está relacionado, em primeiro plano, ao dever jurídico e legal de respeito e consideração à pessoa do trabalhador, logo, esse argumento também reforça a assertiva de que a competência é da Justiça do Trabalho, não importando em qual fase ocorreu o dano moral.

Ademais, a Lei n. 9.029/95 foi editada no sentido de evitar práticas discriminatórias não apenas na vigência da relação de trabalho, como também na fase pré-contratual e na fase pós-contratual, pois o espírito da lei é evitar práticas que impeçam a manutenção do emprego, o acesso ao emprego ou acesso a outra oportunidade de emprego.

## **Conclusão**

A discriminação nas relações trabalhistas, qualquer que seja a sua forma, constitui-se como atentado à ordem jurídica constitucional, posto que viola a dignidade da pessoa humana, os direitos e garantias fundamentais do cidadão, além de retirar o valor social do trabalho e a boa-fé contratual, colocando em risco a manutenção ou acesso ao emprego, além de gerar mazelas psíquicas irreparáveis.

A discriminação estética, como espécie do gênero discriminação nas relações trabalhistas, é uma das espécies mais frequentes de discriminação, cujo tipo de discriminação pode ocorrer num ato único, ou seja, no momento prévio à contratação (fase pré-contratual), durante a execução do contrato, hipótese na qual a discriminação poderá ocorrer através de atitudes discriminatórias reiteradas e sistemáticas, que conduzirão ao assédio moral discriminatório, assim como, a discriminação poderá ocorrer após a extinção da relação laboral, no intuito de desmotivar a contratação de determinado empregado ou empregada.

Sem dúvidas, a discriminação estética caracteriza infração ao dever jurídico preexistente de respeito e consideração ao próximo, invadindo a seara do ato ilícito e, como tal, afeta o patrimônio moral da pessoa, culminando com o dever de reparação pelo dano moral perpetrado, cuja indenização é de natureza civil e visa compensar a dor e sofrimento padecidos pela vítima da discriminação estética.

No âmbito trabalhista, a discriminação estética não está enquadrada, em palavras claras, na Lei n. 9029/95, todavia, urge uma interpretação sistemática, sociológica e extensiva dessa Lei para abarcá-la, razão pela qual, havendo demissão em razão da discriminação estética, o discriminado poderá pleitear a anulação da rescisão por abuso patronal e reivindicar a reintegração no emprego ou optar pela indenização em dobro.

Ademais, ocorrendo a discriminação no curso da relação empregatícia, é mais provável que torne a manutenção do vínculo laboral insuportável, nascendo para o trabalhador o direito de rescindir indiretamente a vínculo laboral e pedir a indenização trabalhista e civil pelo dano moral.

Na verdade, a rescisão contratual e recebimento de indenizações de natureza civil e trabalhista muitas vezes não correspondem ao caminho adequado para a questão da discriminação nas relações de trabalho, pois o valor pecuniário não apaga a cicatriz deixada pela humilhação de ter sido discriminado (a) em razão da estética.

Na verdade, elementar o estabelecimento de políticas públicas por parte do Estado e políticas privadas por parte das empresas visando o estabelecimento de medidas preventivas e anti-discriminatórias, exaltando a preservação da dignidade da pessoa humana, a promoção dos direitos e garantias individuais e de pleno reconhecimento do valor social do trabalho.

## **Referências**

ALKIMIN, Maria Aparecida. Violência na relação de trabalho e a proteção à personalidade do trabalhador. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. Assédio Moral na Relação de Trabalho: 2ª. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

ALKIMIN, Maria Aparecida; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. Direitos de personalidade do trabalhador e os limites da autonomia privada do empregador: intimidade e privacidade do trabalhador. IN: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Bouteux, 2009.

BASTOS. Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRITO FILHO. José Cláudio. Discriminação no Trabalho. São Paulo. LTr, 2002.

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. Direito do Trabalho da mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática. São Paulo: LTr, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CURY, Augusto Jorge. A ditadura da beleza e a revolução das mulheres. Rio de Janeiro: Sextante, 2005.

DALLEGRAVE NETO. José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

DÉCIMO, Tiago. Bradesco é condenado em R\$ 100 mil por proibir barba. *Estadão*, São Paulo, 23/09/2010, caderno Economia. Disponível em:

<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,bradesco-e-condenado-em-r-100-mil-por-proibir-barba,36477,0.htm>. Acesso em: 29/03/2012.

DICIONÁRIO Michaelis da Língua Portuguesa. Disponível em: <http://Michaelis.uol.com.br>. Acesso em 30 de março de 2012.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico Universitário. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, Christiani. O contrato de trabalho e a discriminação estética. São Paulo: LTr, 2002.

FONSECA, Pedro Leal; MAGENTA, Matheus. Para tribunal, empresa pode vetar funcionário com barba. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 07/07/2011, caderno cotidiano. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/940188-para-tribunal-empresa-pode-vetar-funcionario-com-barba.shtml>. Acesso em 29/03/2012.

LOBREGAT. Marcus Vinícius. Dano Moral nas Relações Individuais de Trabalho. São Paulo. LTr, 2001.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 26ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira Nascimento (org.). *Direito das minorias: proteção e discriminação no trabalho*. Campinas: Alínea, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. A discriminação estética da mulher. In: SÉGUIN, Elida. Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOARES, Lucila; RITTO, Cecília. Pesquisa do IBGE confirma que obesidade é epidemia no Brasil. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/pesquisa-do-ibge-mostra-que-obesidade-e-epidemia-no-brasil>. Acesso em 31 de março de 2012.

SOUSA, Ana Maria Viola; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira (Orgs.). Direito e o trabalho. Campinas: Alínea, 2009.