

A PROIBIÇÃO DO USO DE BARBA NO MEIO AMBIENTE LABORAL: UMA MODALIDADE DE DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA

THE PROHIBITION OF THE USE OF BEARD IN WORK ENVIRONMENT: A TYPE OF AESTHETICS DISCRIMINATION

Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos

RESUMO

A discriminação no meio ambiente de trabalho pode ser evidenciada nas mais diversas formas e através de inúmeros critérios, como gênero, raça, etnia, orientação sexual, religião, idade e, até mesmo, estética. No tocante à discriminação estética, aumentam os casos de empresas que, desarrazoadamente, proíbem a utilização de barba pelos seus empregados. Dessa forma, o presente artigo objetiva propor critérios para que o empregador, de uso do seu poder diretivo, proíba o uso de barba no meio ambiente laboral sem violar os direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem do trabalhador. Para tanto, será realizado um estudo da referida conduta proibitiva, identificando os seus contornos fundamentais, para que após, com base na técnica da ponderação, iluminada pelo princípio da concordância prática, sejam identificados os limites e as possibilidades de proibição do uso de barba, bigode, cavanhaque ou costeleta no meio ambiente de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Proibição do uso de barba; Discriminação estética; Poder diretivo; Direitos fundamentais; Ponderação.

ABSTRACT

The discrimination in the work environment can be evidenced in various ways and through numerous criteria such as gender, race, ethnicity, sexual orientation, religion, age, and even aesthetics. With regard to aesthetic discrimination, increase the cases of companies that unreasonably prohibit the use of shaving by their employees. Thus, this essay aims propose criteria for the employer to use its power steering, prohibits the use of beard on the environment without violating labor rights to privacy, privacy, honor and image of the worker. To this end, a detailed study of this prohibitive conduct, pointing out their fundamental contours, so that after, based on the technique of weighted, illuminated by the principle of compliance practice are identified limits and possibilities of prohibiting the use of beard, mustache, goatee or chop in the working environment.

KEYWORDS: Prohibiting the use of a beard; Discrimination aesthetics; Power steering; Fundamental rights; Weighting.

1 INTRODUÇÃO

A discriminação no meio ambiente de trabalho pressupõe um tratamento diferenciado entre trabalhadores de determinada empresa, seja por motivos de ordem racial, religiosa, política, etária, sexual ou, até mesmo, estética. A massificação dos padrões e estereótipos de aparência e beleza atinge não somente a sociedade e as relações de consumo,

como também as relações de trabalho. Isso porque, sob o argumento da livre iniciativa e da preservação da unidade produtiva, as empresas têm exigido uma maior uniformidade nos comportamentos, vestimentas e posturas de cunho estético, através da adoção de práticas, muitas vezes atentatórias aos direitos fundamentais, como a proibição desarrazoada do uso de barba.

Neste sentido, o presente artigo objetiva examinar criticamente a proibição do uso de barba no meio ambiente laboral, enquanto modalidade de discriminação estética, identificando os direitos personalíssimos do trabalhador que podem ser violados, e apresentar, por fim, com base no princípio da concordância prática, uma proposta de compatibilização entre a referida prática discriminatória e os direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem do trabalhador.

2 DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA: CONTORNOS FUNDAMENTAIS

O vocábulo discriminação tem suas raízes etimológicas extraídas do termo anglo-americano *discrimination*, que significa “caráter infundado de uma distinção”.

¹ Com bem ensina Rodolfo Pamplona Filho, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o constituinte consagrou, no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, como pilar da ordem jurídica positiva, a isonomia de tratamento entre os indivíduos, o que, por sua vez, não é de fácil observância, tendo em vista as evidentes desigualdades fáticas ocorrentes na realidade prática.²

De acordo com o art. 1º da Convenção nº. 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, o termo discriminação compreende “toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”.³

Acontece, contudo, que nem toda distinção, exclusão ou preferência poderá ser caracterizada como discriminatória, tendo em vista que a própria Convenção da OIT excetua as que estiverem fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego. A título de exemplo, consoante ensinamento de Alice Monteiro de Barros, não constitui discriminação por sexo a distinção estabelecida para certos empregos que demandam elevado esforço físico, assim como as medidas especiais de proteção ou assistência, como as que são conferidas aos portadores de deficiência e às crianças que trabalham.⁴

A discriminação no trabalho, como bem preleciona José Cláudio Monteiro, é a negativa ao trabalhador da igualdade necessária para a aquisição ou manutenção do emprego pela adoção de atitudes discriminatórias por parte do empregado, sendo estas entendidas como a forma de exteriorização do preconceito ou, em outras palavras, como o preconceito em sua forma ativa.⁵

Ademais, a discriminação no trabalho pode ser classificada quanto ao momento, quanto à forma, quanto aos efeitos e quanto aos motivos da discriminação. No concernente ao momento, ela pode ocorrer no ato da contratação, como a não admissão de trabalhadores negros, bem como no curso do contrato, através, por exemplo, da delegação de tarefas inferiores, ou, até mesmo, no seu término, como a dispensa de trabalhadores do sexo feminino sob a justificativa de “conter gastos”.

Quanto à forma, a discriminação pode ser direta, através, v.g., da exigência para os candidatos a emprego de certidão de distribuição de ação trabalhista na Justiça do Trabalho, ou indireta, mediante a adoção de medidas ou práticas, como exigências de altura, peso ou provas físicas, que excluem, por exemplo, um maior número de mulheres.

Com relação aos efeitos, antes da contratação eles podem ser a não contratação ou contratação para cargo de nível inferior e durante a contratação os efeitos da discriminação se revestem na extinção do contrato, na preterição do trabalhador à ascensão funcional ou na designação para funções mais penosas ou inferiores.⁶

Finalmente, quanto às razões motivadoras, identificam-se, dentre outras, discriminações por gênero, raça, etnia, orientação sexual, religião, posição política, procedência nacional, procedência regional, origem social, idade, deficiência física ou mental⁷ e estética.

A discriminação estética, objeto do presente estudo, está intimamente relacionada com os padrões de beleza impostos pela sociedade, que, tendentes massificar e padronizar os indivíduos, retiram, na maioria das vezes, a essência e a diversidade característica do homem. Nas relações de trabalho, a situação não é diferente, vez que o empregador, principalmente através do seu poder diretivo, exige estereótipos de aparência que, na grande maioria das vezes, discriminam e violam os direitos personalíssimos dos empregados.

Nesta senda, a discriminação estética pode ser conceituada como toda a distinção, exclusão ou preferência fundada em fatores de estética como peso, altura, tipo de cabelo, tonalidade de cabelo, manchas e cicatrizes, bem como pela utilização por parte do trabalhador de tatuagem, piercings, barba, maquiagem, brincos, determinadas vestimentas, dentre outras adereços. A proibição do uso de braba, bigode, cavanhaque ou costeleta configura-se, na

maioria dos casos, como uma modalidade de discriminação estética, tendo em vista que além de impor ao trabalhador um padrão de aparência, acarreta, em muitos casos, grave violação a sua intimidade e imagem.

3 A PROIBIÇÃO DO USO DE BARBA E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DO TRABALHADOR

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu art. 5º, positivou uma série de direitos com o objetivo de criar uma espécie de redoma protetora em torno da pessoa dentro da qual não cabe, em regra, a intervenção de terceiros, permitindo com isso o livre desenvolvimento da individualidade física e espiritual do ser humano. São os chamados direitos de personalidade.

A idéia básica que orienta a positivação dos referidos valores está calcada no fato de que nem o Estado nem a sociedade, de modo geral, devem interferir, indevidamente, na vida pessoal dos indivíduos. Assim, consubstanciado no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, convém explicitar o teor do dispositivo que consagra o direito fundamental à personalidade: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação”.

O direito à imagem, por seu turno, além de ser extraído do dispositivo acima reportado, encontra amparo constitucional em mais dois incisos do art. 5º, quais sejam, o inciso V, que garante “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e o inciso XVIII que assegura, nos termos da lei, “a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”. Nota-se, portanto, a amplitude da tutela constitucional do direito à imagem.

Nessa linha de intelecção, o direito à imagem pode ser compreendido não apenas como o semblante do indivíduo, mas também como as partes distintas do seu corpo, sua própria voz, enfim, quaisquer sinais pessoais de natureza física pelos quais possa ser reconhecido.⁸

Ademais, o direito à imagem pode ser dividido em duas espécies: imagem-retrato e imagem atributo. A imagem-retrato, consolidada no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, assemelha-se à visão tradicional da imagem, ou seja, consiste na proteção que se dá à imagem física da pessoa, sobre as partes identificáveis do seu corpo, como boca, olhos, nariz,

pernas, mãos, pés, dentre outros. Em outras palavras, é a imagem fisionômica da pessoa. Já a imagem-atributo, regulada pelo art. 5º, inciso V, da Carta Magna, consiste na imagem construída por seu titular, com traços próprios, constituindo a figura pública do indivíduo perante a sociedade, ou seja, é o resultado da construção dos atributos subjetivos do indivíduo, também denominada de “imagem social”.⁹

Além disso, o direito à imagem, nas suas duas vertentes, corresponde a um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III, do texto constitucional, vez que o direito fundamental à liberdade de dispor e construir a própria imagem se afigura como um direito inalienável de cada indivíduo, devendo ser reconhecido, respeitado, promovido e protegido.

Nesse particular, o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana, como bem preleciona Ricardo Maurício Freire Soares:

Importa o reconhecimento e tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência quanto com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante.¹⁰

A intimidade, por sua vez, corresponde ao conjunto de informações, hábitos, vícios, segredos, doenças e acontecimentos até mesmo desconhecidos do tecido familiar e dos amigos. Enfim, corresponde à porção mais escondida da individualidade da pessoa, tudo que pode ser mantido na esfera do segredo.¹¹

No domínio das relações sociais, há um campo de ação do sujeito cuja conduta é invariavelmente examinada pela comunidade, tais atitudes podem ser incluídas no âmbito da vida pública do indivíduo. Outra situação, bem mais restrita, relaciona-se com o indivíduo-pai, o indivíduo-filho, esposa, marido, as atividades profissionais, a situação financeira e as relações de amizade. É o que se entende pelo direito à vida privada.¹²

O direito à honra também foi objeto de explícita referência no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. A honra subjetiva diz respeito ao sentimento que o indivíduo tem sobre si mesmo. Já a honra objetiva está relacionada ao respeito cultivado pelo indivíduo no meio social.

Releva salientar que os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à própria imagem são direitos, inclusive, que transcendem a esfera meramente individual, para constituir a base da própria convivência em sociedade, sendo exigíveis não apenas em face do Estado, mas também em face dos particulares. É a denominada eficácia horizontal dos direitos

fundamentais, que consiste na capacidade que os direitos fundamentais têm de tutelar os abusos e violações praticadas por particulares contra outros particulares.

Calha evidenciar, inclusive, que a discussão em torno da eficácia horizontal ressurgiu no Supremo Tribunal Federal, após a Constituição de 1988, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 160.222, em 1995, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em que se discutia a conduta da empresa *De Millus S.A*, fabricante de roupas íntimas, que submetia as suas empregadas à prática de revista íntima, visando obstar o furto das mercadorias.¹³ A questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais deixou de presumida pelas decisões do STF após o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 201.819-8, em 2005, pela 2ª Turma da Corte, no caso que envolvia a União Brasileira de Compositores.¹⁴

Outrossim, o art. 5º, § 1º, da Carta Magna, ao consagrar a cláusula de aplicabilidade imediata, proclama uma norma de particular importância para os direitos fundamentais, vez que os direitos e garantias individuais, sociais e políticos, independentemente do capítulo ou título da Constituição, são direta e imediatamente vinculantes.¹⁵

Desta forma, qualquer exigência em termos de estética, se não assentada em evidente critério de razoabilidade, viola a dignidade da pessoa humana, porque atinge o ser humano na sua liberdade. O poder diretivo do empregador, salvo situações excepcionais, não pode invadir a esfera individual do trabalhador, principalmente no tocante a questões pessoais, como o corte de cabelo ou a utilização de barba, bigode ou cavanhaque.

Em alguns casos, trata-se de uma discriminação absolutamente injusta e desprovida de qualquer proporcionalidade, haja vista que não há nenhuma necessidade, nem mesmo mercadológica, de que um empregado exercente de determinadas funções, como, v.g., repositor, mantenha-se constantemente barbeado.

Assim, a proibição da utilização de barba, bigode, cavanhaque, costeleta ou qualquer outra conduta discriminatória à vida íntima, à vida privada e principalmente à própria imagem do indivíduo, fere brutalmente as liberdades e direitos garantidos pela Constituição. Fere a vida privada, porque a conduta patronal proibitiva não está restrita ao ambiente de trabalho do indivíduo, atingindo também o seu ambiente familiar e comunitário. Fere a intimidade, na medida em que os hábitos ou segredos do trabalhador podem, de alguma forma, serem revelados, como, por exemplo, um sinal na face ou alguma alergia, irritação ou doença avivada com o barbeamento. Fere a honra, ao passo em que o sentimento que o indivíduo tem sobre si mesmo ou o respeito que ele conserva em determinado meio social pode ser

comprometido. Por fim, fere a imagem, porque ele é privado de dispor da sua fisionomia, perdendo a sua identidade e, até mesmo, a sua “imagem social”.

Questiona-se, desse modo: quais são os limites e as possibilidades de proibição do uso de barba no meio ambiente laboral? Quando o poder diretivo do empregador estará calcado em critérios de razoabilidade? Convém examinar criticamente as referidas indagações.

4 LIMITES E POSSIBILIDADES DE PROIBIÇÃO DO USO DE BARBA NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

Os direitos personalíssimos do trabalhador, dentre os quais se encontram os direitos à intimidade, honra, vida privada e imagem, podem colidir com o direito do empregador de organizar seu empreendimento e definir como serão desenvolvidas as atividades do empregado no decorrer do contrato de trabalho. É o chamado poder diretivo patronal.

O poder diretivo ou poder de comando, como assevera Luciano Martinez, é uma “prerrogativa dada ao empregador para exigir determinados comportamentos lícitos de seus empregados em vistas ao alcance de propósitos preestabelecidos”.¹⁶ Para atingir determinada finalidade, o poder diretivo subdividi-se em poder de organização, poder de fiscalização e poder disciplinar.

O poder de organização permite ao empregador, dentro dos limites da lei, expedir diretrizes que orientem o modo como os serviços devem ser realizados, podendo estas, para tanto, serem positivas ou negativas, gerais ou específicas, diretas ou delegadas, verbais ou escritas, como os “Regulamentos Internos de Trabalho – RIT”.¹⁷ Segundo Ana Lúcia Coelho, o poder de organização consiste em prerrogativas dirigidas à estruturação dos espaços empresariais internos, inclusive quanto ao processo de trabalho adotado no estabelecimento, com especificações e orientações cotidianas no que tange à prestação de serviços, incluindo, neste, o poder regulamentar, que tem o condão de produzir cláusulas contratuais e estabelecer regras gerais a serem observadas no âmbito empresarial.¹⁸

O poder de fiscalização, por sua vez, permite que o empregador, através de prepostos ou aparatos mecânicos ou eletrônicos, controle a execução dos serviços dos seus empregados. Por fim, em breves linhas, o poder disciplinar possibilita a punição do empregado transgressor das ordens e comandos patronais, sendo que este deve ser exercido com boa-fé, com o escopo pedagógico de demonstrar que o trabalhador não deve cometer

novamente a mesma falta, pois, em caso contrário, implica em excesso ou abuso de poder patronal.¹⁹

Os respectivos poderes, entretanto, não são absolutos. Embora decorram da lei, conforme inteligência do art. 2º da CLT, bem como do contrato de trabalho, eles encontram-se limitados pela Constituição Federal, pelas leis infraconstitucionais, pelas normas coletivas, pela boa-fé e, inclusive, pelo exercício regular de um direito.²⁰

Assim, indaga-se: até que ponto o empregador, se utilizando do seu poder diretivo, pode proibir o uso de barba por parte dos seus empregados? Trata-se de uma colisão entre normas constitucionais. De um lado a livre iniciativa e o poder diretivo patronal, e, de outro, o direito à intimidade, vida privada, honra e imagem do trabalhador.

Ressalva-se que as colisões ou restrições nascem porque um direito fundamental entra em conflito com outro ou com outros preceitos constitucionais (bens jurídico-constitucionais), como é o caso em apreço, vez que a livre iniciativa, consagrada no art. 1º, inciso IV, assim como no art. 170, *caput*, da Constituição, constitui um princípio fundamental e um dos fundamentos da ordem econômica e financeira²¹ e representa um obstáculo ao pleno exercício dos direitos personalíssimos do empregado. Além disso, para a consecução do estudo em tela, convém explicitar que o poder diretivo patronal decorre do princípio da livre iniciativa, de modo que estes serão trabalhados conjuntamente.

Outrossim, os limites aos direitos fundamentais podem ser definidos como ações ou omissões dos poderes públicos ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando, dessa forma, o seu exercício.²² Nesse sentido, considerando a situação na qual o exercício do poder patronal, através da proibição da utilização de barba, bigode ou cavanhaque no meio ambiente laboral, obstaculariza, afeta ou restringe o exercício do direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem dos trabalhadores, cumpre analisar os limites e as possibilidades da adoção da referida conduta, com base na técnica da ponderação.

A ponderação, de acordo com George Marmelstein, consiste em uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostrem suficientes.²³ É o caso, por exemplo, de uma colisão entre normas constitucionais, cuja resolução pelos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade não se mostra eficaz. Assim, a hermenêutica constitucional é de suma importância na colisão de bens jurídico-constitucionais, principalmente mediante a técnica da ponderação, que, por sua vez, será operacionalizada

pelo princípio da concordância prática e, somente depois, caso este não se coadune possível, pela ponderação propriamente dita, iluminada pelo princípio da proporcionalidade.

A harmonização ou concordância prática objetiva conferir máxima efetividade ao direito fundamental, restringindo o mínimo possível o outro valor constitucional colidente. O princípio da concordância prática sublinha, nesse âmbito, que nenhuma das normas constitucionais será observada em sua plenitude, mas, diante de uma tentativa de equilíbrio e balanceamento, tentar-se-á preservar os valores conflitantes pelo menos em alguma proporção na medida adotada.²⁴ Em outras palavras, buscar-se-á dissipar o conflito normativo através de uma integração harmoniosa entre os bens jurídico-constitucionais contraditórios.

Por outro lado, existem situações em que não é possível a aplicação do princípio da concordância prática, pois a proteção de determinado direito fundamental fatalmente acarretará a violação de outro bem juridicamente tutelado. Nesses casos, deverá ser realizado o sopesamento de valores, iluminado pelo princípio da proporcionalidade, que, em breves linhas, é um princípio constitucional implícito que orienta a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, de modo a evitar que nenhuma restrição a direitos ou preceitos constitucionais tome dimensões desarrazoadas.²⁵ Além disso, como bem salienta Ingo Sarlet, o princípio da proporcionalidade desponta como um instrumento metódico de controle dos atos não apenas do poder público, mas também dos atos dos sujeitos privados.²⁶

No caso em exame, qual seja: proibição do uso de barba no meio ambiente de trabalho, configura-se possível a compatibilização do conflito entre a livre iniciativa e o direito à intimidade, vida privada, honra e imagem do trabalhador por intermédio da técnica da ponderação de bens e interesses, iluminada do princípio da concordância prática. Isso porque através da observância de alguns critérios possibilita-se o equilíbrio entre ambas as normas constitucionais, sem graves prejuízos ao trabalhador e ao empregador.

Em primeiro lugar, para que essa exigência seja legítima, faz-se necessário que o empregador deixe claro e expresso no momento da contratação ou na ocasião da mudança de função do trabalhador que ele, a partir daquele momento, não deverá utilizar barba, bigode, cavanhaque ou costeleta no exercício das suas atividades.

Ao deixar clara essa exigência, o indivíduo que foi aprovado no processo de seleção ou que foi promovido ou teve alterada a sua função, poderá optar com consciência pela aceitação ou não do emprego ou pela assunção do novo cargo. Trata-se, na verdade, do livre consentimento informado, que garante a autonomia da vontade e viabiliza a tomada de decisões mais justas e racionais.

Contudo, existem algumas variáveis. Primeiramente, questiona-se se é possível que a empresa exija pré-contratualmente, como, inclusive, um dos seus critérios de seleção, que aquela função somente será exercida por trabalhadores devidamente barbeados. Ademais, como a maioria das empresas não se preocupa com os ajustes contratuais, apenas no curso do contrato passam a proibir o uso de barba e, em muitos casos, para todos os seus trabalhadores. Como os empregados necessitam daquele trabalho, submete-se a situação imposta sem poder nada fazer. E se o indivíduo foi admitido usando barba, a nova imposição da empresa constituiria alteração contratual? E se o trabalhador não puder cortar a barba por questões religiosas? Assim, para que seja legítima a proibição do uso de barba no meio ambiente de trabalho, diante de algumas variáveis, como as acima traçadas, figura-se necessário a observância cumulativa de outro requisito, qual seja, as peculiaridades da função.

Desta forma, para que seja possível proibir do uso de barba no meio ambiente laboral, faz-se imprescindível que as atividades a serem desenvolvidas pelo trabalhador ensejem tal exigência. Em outras palavras, é necessário que haja uma correlação lógica entre o fator estético discriminatório e a função a ser exercida pelo empregado.

Como neste último caso resta evidenciada uma maior dose de subjetividade, infere-se que a análise da pertinência da referida proibição deverá ser feita no caso concreto. A título de exemplo, entende-se que não é legítima a proibição do uso de barba para trabalhadores que exercem as suas funções internamente, no escritório da empresa, sem contato com o público. Não se entende razoável também que trabalhadores que desempenhem funções de reposição de mercadorias em supermercados sejam privados da utilização de barba. Diferente, contudo, de um representante comercial, de um gerente de vendas ou gerente de hotel, que além de lidar diretamente com o público, representa e defendem a imagem da empresa.

No Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, um dos casos mais emblemáticos foi o julgamento da Ação Civil Pública nº. 00732-2008-007-05-00-2, proposta pelo Ministério Público do Trabalho, representado pelo Procurador Regional do Trabalho Manoel Jorge e Silva Neto, contra o Banco Bradesco S/A, a partir da constatação, no curso do Inquérito Civil, que a ré proibia a utilização de barba pelos seus empregados. A sentença prolatada pelo Exmo. Juiz do Trabalho, Dr. Guilherme Ludwing, em 23 de fevereiro de 2010, reconheceu a prática de discriminação estética por parte da empresa, condenando-a ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de dano moral coletivo a ser revertido para o FAT. Convém transcrever algumas passagens da sentença:

A conduta patronal proibitiva em questão não se restringe ao ambiente de trabalho, gerando, pelo contrário, reflexos desnecessariamente invasivos na própria esfera privada do indivíduo, na medida em que este fica privado de livremente dispor de

sua própria imagem perante a família, a comunidade e a sociedade. [...] não houve demonstração rigorosa e convincente que o uso de barba pelos empregados acarreta realmente algum prejuízo à confiabilidade e à imagem da instituição bancária perante os seus clientes. [...] Trata-se assim de uma discriminação absolutamente injustificada e desprovida de qualquer razoabilidade. Dessa forma, a mitigação do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e dos respectivos direitos à intimidade, à vida privada e à própria imagem (art. 5º, X) em favor do princípio da preservação da unidade produtiva (CF, art. 1º, IV) não é adequada e nem necessária. [...] Qualquer exigência em termos de estética, se não assentada em evidente critério de razoabilidade – o que inexistente no caso concreto – viola a dignidade humana porque atinge o ser humano naquilo que ele tem de mais precioso: sua liberdade. O poder discricionário do empregador, salvo razões bastante razoáveis, não pode invadir a esfera da individualidade do empregado. O eventual interesse empresarial mercadológico, salvo situações excepcionais como a do mercado da moda, não pode se sobrepor ao direito do trabalhador no tocante a questões tão pessoais, tais como, por exemplo, o corte de cabelo ou a utilização de barba, bigode, cavanhaque ou tatuagem.²⁷

Entretanto, a 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, no julgamento do Recurso Ordinário nº. 78.2008.5.05.0007, entendeu que a proibição ao uso de barba no trabalho não acarreta dano moral coletivo, dando, por conseguinte, provimento ao recurso da ré para excluir a condenação do pagamento de indenização, sob o argumento de que:

Não se pode negar ao empregador, em razão do seu poder diretivo, o direito de impor determinados padrões, de exigir dos seus empregados certa forma de se conduzir no ambiente de trabalho e de se apresentar para o público externo do banco, seus clientes, inclusive no que diz respeito ao asseio e à aparência geral, incluindo aí as roupas que veste e, também, o fato de se estar usando ou não barba, bigode, cavanhaque e costeletas. [...] Se é verdade que o empregado tem o direito à construção de sua própria imagem, não menos verdadeiro que a empregadora tem o direito de construir a sua imagem empresarial, sendo certo que cabe aos empregados, muito mais do que instalações físicas ou espaço na mídia, passar ao público a imagem que a empresa deseja projetar e que se afigura fundamental para o êxito da atividade empresarial. [...] Nesta senda, entendo que uma eventual norma que proibisse o uso de barba, bigode ou costeleta no trabalho, não se afiguraria desarrazoada ou abusiva, pois não desbordaria do poder diretivo do empregador.²⁸

Neste cerne, embora o entendimento externado pela 4ª Turma do TRT 5ª Região não pareça ser mais adequado ao caso em exame, observa-se que existe uma grande divergência nesse particular. As situações que envolvem a proibição do uso de barba e a discriminação estética ainda são pouco abordadas e discutidas, principalmente na doutrina, de modo que cabe ao juiz no caso *sub judice* decidir, com base em um juízo de ponderação, se a conduta adotada pela empresa é discriminatória e atentatória aos direitos do trabalhador.

Conclui-se, dessa forma, que a livre iniciativa e o poder diretivo patronal possibilitam a regulamentação ou imposição de algumas diretrizes no desempenho da atividade empresarial, como certos padrões de vestimenta e aparência a serem seguidos pelos

seus empregados. Todavia, esse poder regulamentar não pode extrapolar a esfera do razoável e atingir gravemente os direitos fundamentais.

Assim, com base no princípio da concordância prática, buscando conciliar a livre iniciativa patronal e os direitos personalíssimos do trabalhador, somente será razoável que o empregador proíba o uso de barba no meio ambiente laboral se forem observados dois requisitos cumulativos, quais sejam: a) deixar claro e expresso no momento da contratação ou na ocasião da mudança de função do trabalhador que ele estará proibido de usar barba; b) observar as peculiaridades das atribuições a serem exercidas. Proibições que escapem ou não respeitem referidos preceitos, demonstram-se desarrazoadas e atentatórias à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem do trabalhador.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidenciou-se, no presente artigo, que:

1. A discriminação estética pode ser conceituada como toda a distinção, exclusão ou preferência fundada em fatores de estética como peso, altura, tipo de cabelo, tonalidade de cabelo, manchas e cicatrizes, bem como pela utilização por parte do trabalhador de tatuagem, piercings, barba, maquiagem, brincos, determinadas vestimentas, dentre outras adereços. A proibição do uso de braba, bigode, cavanhaque ou costeleta configura-se, na maioria dos casos, como uma modalidade de discriminação estética, tendo em vista que além de impor ao trabalhador um padrão de aparência, acarreta, em muitos casos, grave violação a sua intimidade e imagem.

2. Os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à própria imagem são direitos, inclusive, que transcendem a esfera meramente individual, para constituir a base da própria convivência em sociedade, sendo exigíveis não apenas em face do Estado, mas também em face dos particulares. É a denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que consiste na capacidade que os direitos fundamentais têm de tutelar os abusos e violações praticadas por particulares contra outros particulares.

3. Qualquer exigência em termos de estética, se não assentada em evidente critério de razoabilidade, viola a dignidade da pessoa humana, porque atinge o ser humano na sua liberdade. O poder diretivo do empregador, salvo situações excepcionais, não pode invadir a esfera individual do trabalhador, principalmente no tocante a questões pessoais, como o corte de cabelo ou a utilização de barba, bigode ou cavanhaque.

4. A proibição da utilização de barba, bigode, cavanhaque, costeleta ou qualquer outra conduta discriminatória à vida íntima, à vida privada e principalmente à própria imagem do indivíduo, fere brutalmente as liberdades e direitos garantidos pela Constituição. Fere a vida privada, porque a conduta patronal proibitiva não está restrita ao ambiente de trabalho do indivíduo, atingindo também o seu ambiente familiar e comunitário. Fere a intimidade, na medida em que os hábitos ou segredos do trabalhador podem, de alguma forma, serem revelados, como, por exemplo, um sinal na face ou alguma alergia, irritação ou doença avivada com o barbeamento. Fere a honra, ao passo em que o sentimento que o indivíduo tem sobre si mesmo ou o respeito que ele conserva em determinado meio social pode ser comprometido. Por fim, fere a imagem, porque ele é privado de dispor da sua fisionomia, perdendo a sua identidade e, até mesmo, a sua “imagem social”.

5. Os direitos personalíssimos do trabalhador, dentre os quais se encontram os direitos à intimidade, honra, vida privada e imagem, podem colidir com o direito do empregador de organizar seu empreendimento e definir como serão desenvolvidas as atividades do empregado no decorrer do contrato de trabalho.

6. A colisão de bens jurídico-constitucionais pode ser solucionada mediante a técnica da ponderação, que, por sua vez, será operacionalizada pelo princípio da concordância prática. Referido princípio preconiza que nenhuma das normas constitucionais será observada em sua plenitude, mas, diante de uma tentativa de equilíbrio e balanceamento, tentar-se-á preservar os valores conflitantes pelo menos em alguma proporção.

7. No caso em exame, qual seja: proibição do uso de barba no meio ambiente de trabalho, configura-se possível a compatibilização do conflito entre a livre iniciativa e o direito à intimidade, vida privada, honra e imagem do trabalhador por intermédio da técnica da ponderação de bens e interesses, iluminada do princípio da concordância prática. Isso porque através da observância de alguns critérios possibilita-se o equilíbrio entre ambas as normas constitucionais, sem graves prejuízos ao trabalhador e ao empregador.

8. Em primeiro lugar, para que essa exigência seja legítima, faz-se necessário que o empregador deixe claro e expresso no momento da contratação ou na ocasião da mudança de cargo do trabalhador que ele, a partir daquele momento, não deverá utilizar barba, bigode, cavanhaque ou costeleta no exercício das suas funções.

9. Ao deixar clara essa exigência, o indivíduo que foi aprovado no processo de seleção ou que foi promovido ou teve alterada a sua função, poderá optar com consciência pela aceitação ou não do emprego ou pela assunção do novo cargo. Trata-se, na verdade, do livre

consentimento informado, que garante a autonomia da vontade e viabiliza a tomada de decisões mais justas e racionais.

10. Além disso, para que seja possível proibir do uso de barba no meio ambiente laboral, figura-se necessário a observância cumulativa de outro requisito, qual seja, a peculiaridade da função, isto é, a atividade a ser desenvolvida pelo trabalhador deve ensejar tal exigência, de modo a existir uma correlação lógica entre o fator estético discriminatório e a função a ser exercida pelo empregado.

11. Assim, com base no princípio da concordância prática, buscando conciliar a livre iniciativa patronal e os direitos personalíssimos do trabalhador, somente será razoável que o empregador proíba o uso de barba no meio ambiente laboral se forem observados dois requisitos cumulativos, quais sejam: a) deixar claro e expresso no momento da contratação ou na ocasião da mudança de função do trabalhador que ele estará proibido de usar barba; b) observar as peculiaridades das atribuições a serem exercidas. Proibições que escapem ou não respeitem referidos preceitos, demonstram-se desarrazoadas e atentatórias à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem do trabalhador.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. O conteúdo do direito à própria imagem. **Revista do advogado**. São Paulo: AASP, 2003, p. 119-126, nº 73.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 de maio 2012.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (5ª Região). Ação Civil Pública nº. 00732-2008-007-05-00-2. Autor: Ministério Público do Trabalho. Ré: Banco Bradesco S/A. Juiz: Guilherme Ludwig. Salvador, 23 de fevereiro de 2010. Disponível em:
<http://www.trt5.jus.br/consultaprocessos/modelo/consulta_documento_blob.asp?v_id=AAA b0CADDAAAB%2BRzAAC>. Acesso em: 02 de jul. 2012.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (5ª Região). Recurso Ordinário nº. 78.2008.5.05.0007. Recorrentes: Ministério Público do Trabalho e Banco Bradesco S/A. Recorridos: Banco Bradesco S/A e Ministério Público do Trabalho. Relator: Desembargadora Graça Boness. Salvador, 06 de julho de 2011. Disponível em:

<http://www.trt5.jus.br/consultaprocessos/modelo/consulta_documento_blob.asp?v_id=AAA b0CADDAACOYmAAU>. Acesso em: 02 de jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 201819. Relator: Ministra Ellen Gracie. Rel. Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 de outubro 2005.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=201819&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30 de jun 2012.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Ana Lúcia Coelho de. **Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n.º 111 da OIT, sobre a Discriminação em matéria de Emprego e Profissão. Disponível em:

<<http://www.oitbrasil.org.br/node/472>>. Acesso em: 26 de jun. de 2012.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Coleção temas atuais: direito civil & direito do trabalho**. Belo Horizonte: Leeditathi Editora Jurídica, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. RT, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

-
- ¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 1128.
- ¹² PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Coleção temas atuais: direito civil & direito do trabalho**. Belo Horizonte: Leiditathi Editora Jurídica, 2005, p. 87.
- ¹³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n.º 111 da OIT, sobre a Discriminação em matéria de Emprego e Profissão. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/472>> Acesso em: 26 de jun. de 2012.
- ¹⁴ BARROS, Alice Monteiro de, op. cit., p. 1128.
- ¹⁵ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, p. 40 e 43.
- ¹⁶ Ibid., p. 48-49.
- ¹⁷ Ibid., p. 49.
- ¹⁸ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 17.
- ¹⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. O conteúdo do direito à própria imagem. **Revista do advogado**. São Paulo: AASP, 2003, p. 119-126, n.º 73.
- ²⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.
- ²¹ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 698.
- ²² SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 697.
- ²³ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 149.
- ²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 201819. Relator: Ministra Ellen Gracie. Rel. Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 de outubro 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=201819&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30 de jun 2012.
- ²⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 96.
- ²⁶ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 180.
- ²⁷ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 180.
- ²⁸ LIMA, Ana Lúcia Coelho de. **Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2009, p. 60.
- ²⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 200.
- ³⁰ Ibid., p. 197.
- ³¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 640.
- ³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 391.
- ³³ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 386.
- ³⁴ Ibid., p. 388.
- ³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. RT, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 24.
- ³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 396.
- ³⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (5ª Região). Ação Civil Pública n.º 00732-2008-007-05-00-2. Autor: Ministério Público do Trabalho. Ré: Banco Bradesco S/A. Juiz: Guilherme Ludwing. Salvador, 23 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/consultaprocessos/modelo/consulta_documento_blob.asp?v_id=AAAb0CADDAAAB%2BRzAAC>. Acesso em: 02 de jul. 2012.

²⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (5ª Região). Recurso Ordinário nº. 78.2008.5.05.0007. Recorrentes: Ministério Público do Trabalho e Banco Bradesco S/A. Recorridos: Banco Bradesco S/A e Ministério Público do Trabalho. Relator: Desembargadora Graça Boness. Salvador, 06 de julho de 2011. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/consultaprocessos/modelo/consulta_documento_blob.asp?v_id=AAAAb0CADDAACOYmAAU>. Acesso em: 02 de jul. 2012.