

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ESTÉR CASAGRANDE KHÉDE**

**A PROIBIÇÃO DO USO DE PIERCINGS E TATUAGENS COMO  
CRITÉRIO DE SELEÇÃO E CONTRATAÇÃO:  
LIBERDADE DE CONTRATAR OU DISCRIMINAÇÃO  
ESTÉTICA?**

VITÓRIA  
2017

ESTÉR CASAGRANDE KHÉDE

**A PROIBIÇÃO DO USO DE PIERCINGS E TATUAGENS COMO  
CRITÉRIO DE SELEÇÃO E CONTRATAÇÃO:  
LIBERDADE DE CONTRATAR OU DISCRIMINAÇÃO  
ESTÉTICA?**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória - FDV, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito. Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Me. Francisca Jeane Pereira da Silva Martins.

VITÓRIA

2017

ESTÉR CASAGRANDE KHÉDE

**A PROIBIÇÃO DO USO DE PIERCINGS E TATUAGENS COMO  
CRITÉRIO DE SELEÇÃO E CONTRATAÇÃO:  
LIBERDADE DE CONTRATAR OU DISCRIMINAÇÃO  
ESTÉTICA?**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017

BANCA EXAMINADORA

---

Prof<sup>a</sup>. Me. Francisca Jeane Pereira da Silva Martins  
Faculdade de Direito de Vitória  
Orientadora

---

Professor(a):  
Faculdade de Direito de Vitória  
Examinador(a)

## RESUMO

Nossa sociedade é pautada em critérios padronizados de beleza, definindo o que é ou não aceitável e visto como belo. A proibição do uso de *piercings* e tatuagens como critério de seleção e contratação de empregados é algo que causa polêmica em nossa sociedade que, de um lado vê como o direito do empregador de contratar de forma livre e, do outro, vê a lesão ao empregado, o que configuraria a discriminação estética. Dessa forma, a presente Monografia se dedica a analisar essa colisão de direitos, analisando a fase pré-contratual sob a ótica da boa-fé-objetiva e o princípio da igualdade como norteador da seleção de empregados, bem como se a proibição desses adornos é apenas a manifestação da liberdade de contratar do empregador ou discriminação estética. Além disso, analisaremos julgados que demonstram como a Justiça do Trabalho tem enfrentado o tema e decidido pela possibilidade de reparação do dano que pode resultar da discriminação estética. Para a construção dessa Monografia, utilizamos o método dialético para analisarmos os dois lados argumentativos: o lado da liberdade de contratar do empregador, e o lado de discriminação estética suportada pelo empregado ao deixar de ser contratado pelo uso de *piercings* e tatuagens. Para isso, foram realizadas pesquisas bibliográficas e documentais, além da legislação vigente, artigos científicos e análises jurisprudenciais.

**PALAVRAS CHAVE:** Discriminação estética. Liberdade de contratar. Responsabilidade. Proibição.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	06
<b>1 A CONTRATAÇÃO NA RELAÇÃO DE EMPREGO</b> .....	08
1. 1 A FASE PRÉ-CONTRATUAL E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA .....	09
.....	
1. 2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO NORTEADOR DO PROCESSO DE SELEÇÃO DOS FUTUROS EMPREGADOS .....	11
<b>2 A PROIBIÇÃO DO USO DE PIERCINGS E TATUAGENS COMO CRITÉRIO DE SELEÇÃO E DE CONTRATAÇÃO DO EMPREGADO: MANIFESTAÇÃO DA LIBERDADE DE CONTRATAR OU DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA?</b> .....	16
2. 1 A DISCRIMINAÇÃO NA RELAÇÃO DE EMPREGO .....	16
<b>2.1.1 A discriminação estética</b> .....	18
2.2 A NÃO CONTRATAÇÃO DE TRABALHADOR QUE USA PIERCINGS E TATUAGENS .....	20
<b>2. 2. 1 Liberdade de contratar: limites e possibilidades</b> .....	22
<b>2. 2. 2 Enfrentamento do tema pela Justiça do Trabalho: análise de decisões judiciais</b> .....	26
<b>3 RESPONSABILIDADE POR DISCRIMINAÇÃO NA FASE PRÉ- CONTRATUAL</b> .....	29
3. 1 A REPARAÇÃO DO PREJUÍZO DECORRENTE DA DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO .....	29
<b>3. 1. 1 Possibilidade de reparação do dano</b> .....	29
<b>3. 1. 2 O posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho</b> .....	31
<b>CONSIDERAÇÕES GERAIS</b> .....	33
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	35

## INTRODUÇÃO

A estética e a beleza vêm adquirindo grandes proporções na sociedade contemporânea, visando estabelecer padrões de aparência que são impostos e que devem ser seguidos em todos os âmbitos sociais, desde os relacionamentos interpessoais, até nas relações de emprego.

É inegável que a estética influencia o empregador na hora da contratação de um empregado que integrará seu quadro de empregados. Assim, os trabalhadores que não atendam ao padrão de beleza imposto pela sociedade são excluídos ou encontram maior dificuldade para integrar o mercado de trabalho.

A discriminação estética no âmbito das relações de emprego pode apresentar-se por motivos raciais, de gênero, de crença (como uso de vestimentas religiosas no ambiente de trabalho), cabelo e barba, cicatrizes, marcas de nascença, queimaduras e também pelo uso de *piercings* e tatuagens, sendo estes últimos o foco do presente trabalho.

Muitos empregadores, valendo-se de sua liberdade de contratar decorrente do seu poder diretivo, após passarem pelas tratativas iniciais para a seleção e contratação de empregados, deixam de efetivar o vínculo empregatício em razão de o candidato possuir *piercings* e tatuagens, mesmo tendo criado neles a expectativa de contratação, frustrando, assim, a concretização do negócio jurídico sem justo motivo.

Assim, é de suma importância que seja feita uma análise do poder empregatício e os limites para o exercício de tal poder, visto que, ainda que o empregador possua a autonomia para ditar as regras que estruturarão e organizarão internamente sua empresa no que tange a prestação de serviços, estas devem atentar-se para as normas previstas no Ordenamento Jurídico Brasileiro, promovendo a igualdade e o respeito a boa-fé objetiva que atinge a fase pré-contratual.

E aqui se faz a problemática que envolverá o presente projeto: pode o empregador, em decorrência do poder diretivo, proibir e deixar de contratar o empregado em razão do uso de *piercings* e tatuagens de seus empregados ou isso configuraria discriminação estética?

Para chegar a resposta do problema apontado, no primeiro capítulo tratamos contratação na relação de emprego, passando pela fase pré-contratual e o princípio da boa-fé objetiva, e analisando o princípio da igualdade como norteador do processo de seleção de empregados.

No capítulo seguinte, desenvolvemos a temática central dessa Monografia, começando pela própria discriminação na relação de emprego e uma de suas formas de manifestação, que é a discriminação estética. Após, tratamos da não contratação do trabalhador que usa *piercings* e tatuagens e dos limites e possibilidades da liberdade de contratar, fechando o capítulo com uma análise jurisprudencial.

Por fim, o terceiro e último capítulo versa sobre a responsabilidade por discriminação na fase pré-contratual e a possibilidade de reparação do dano decorrente da discriminação estética no momento da contratação, trazendo ainda o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho acerca do tema.

## 1 A CONTRATAÇÃO NA RELAÇÃO DE EMPREGO

A caracterização da relação de emprego se dá quando preenchidos cumulativamente os requisitos legais previstos nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, quais sejam: pessoa física, onerosidade, subordinação, não eventualidade e pessoalidade.

Assim, o empregado é a pessoa natural que presta serviços a um tomador de forma pessoal, onerosa, não eventual e subordinada, podendo sua contratação ser tácita ou expressa. Já o empregador é pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata a pessoa física para prestar serviços de forma pessoal, onerosa, não eventual e sob sua subordinação<sup>1</sup>.

O contrato de trabalho, como dito acima, pode ser na modalidade tácita ou expressa, em que a tácita é aquela em que as partes revelam suas vontades, mas não utilizam um instrumento e enunciador para registrá-las, e o contrato de trabalho expresso é aquele em que as partes estipulam de forma explícita os direitos e obrigações recíprocas firmados quando da caracterização do vínculo empregatício<sup>2</sup>.

Os contratos de trabalho, além de tácitos ou expressos, podem ainda firmar-se de forma individual ou plúrima, por tempo indeterminado ou determinado, que dependerá dos sujeitos dessa relação empregatícia e da duração desse contrato a ser firmado, conforme Artigos 442 e 443, da CLT.

Antes da conclusão do contrato, as partes deliberam sobre suas condições, estabelecendo os direitos e obrigações que regerão a relação empregatícia que está para ser formar. Essa é a fase pré contratual, a qual passaremos a tratar a seguir.

---

<sup>1</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p 392 e 458.

<sup>2</sup> \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p 602-603.



## 1.1 A FASE PRÉ-CONTRATUAL E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

A legislação e a doutrina trabalhistas pouco exploram o tema da formação dos contratos de trabalho, o que nos leva a adotar as técnicas existentes no Direito Civil nas fases que antecedem e formam os contratos de trabalho.

Para a formação de um contrato de trabalho, devem ser observados os elementos fáticos apontados no artigo 104 do Código Civil, devendo o agente ser capaz, o objeto ser lícito, possível, determinado ou determinável, de forma prescrita ou não defesa em lei. Além disso, o art. 422 do mesmo diploma legal dispõe sobre a obrigatoriedade de os contratantes adotarem os princípios da probidade e da boa-fé tanto na formação do contrato, quanto na execução do mesmo.

Antes da conclusão do contrato de trabalho, além dos elementos fáticos elencados acima, as partes passam pelas fases preliminares, que consistem nas negociações preliminares, oferta e aceitação.

As negociações preliminares são as ideias, as conversações dos interessados levadas ao conhecimento da outra parte que formará o contrato de trabalho. A oferta é a declaração unilateral receptícia da vontade, dirigida por um interessado ao outro, o ofertante manifesta sua intenção de se considerar vinculado, que se aceita pela outra parte, obriga a parte ao contrato.<sup>3</sup>

Tais fases são nitidamente identificadas no contexto de formação do contrato de trabalho, ao passo que ao ser o empregado convocado a participar de uma seleção de empregados e aceitar participar, as partes enfrentarão as tratativas contratuais, julgando-se mutuamente e analisando se o outro é uma boa opção para a contratação.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 10ª Ed. São Paulo: Método, 2014. p 517 e 519.

<sup>4</sup> ROSSETO, Sabrina Fragoso. **A aplicação da responsabilidade pré-contratual e a boa-fé objetiva nos contratos de trabalho**. Disponível em <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13858](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13858)>. Acesso em 20/10/2017

Há o entendimento de que somente quando uma das partes criar na outra a expectativa de contratação, ao ponto da parte despende despesas e recusar outras propostas, e alterar seus planos futuros desistindo do negócio sem justo motivo, é que deverá ressarcir a parte em razão da responsabilidade pré-contratual inerente aos negócios jurídicos, o que se baseia no princípio de que todos os interessados devem agir de acordo com a boa-fé<sup>5</sup>.

A boa-fé objetiva foi uma das grandes marcas do Código Civil de 2002, estando presente em vários dispositivos legais, como o já mencionado art. 422, que versa sobre a adoção da boa-fé nas contratações, sendo igualmente importante na formação dos Contratos de Trabalho, vez que tais contratos se pautam no referido diploma legal, como demonstrado anteriormente. Assim,

A boa-fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas contratuais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta.<sup>6</sup>

Dessa forma, compreende-se que a boa-fé objetiva rege o comportamento das partes para que se forme o negócio jurídico. Podemos identificar três funções da boa-fé objetiva: interpretativa, restritiva e criativa.

A função interpretativa no âmbito dos contratos é ampla, abrangendo a interpretação à luz da legislação, dos contratos e das situações fáticas. A função restritiva diz respeito à limitação que a boa-fé impõe ao exercício dos direitos, com o intuito de impedir abusos de uma parte para com a outra. Por fim, a terceira função é a de criar deveres laterais, anexos ou acessórias à prestação principal, como, por exemplo, o dever de informar a outra parte dos dados relevantes para a realização do negócio jurídico.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 10ª Ed. São Paulo: Método, 2014. p 515.

<sup>6</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>7</sup> ROSSETO, Sabrina Fragoso. **A aplicação da responsabilidade pré-contratual e a boa-fé objetiva nos contratos de trabalho**. Disponível em <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13858](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13858)>. Acesso em 20/10/2017

Percebe-se, assim, que a boa-fé objetiva é elemento essencial para a formação dos contratos de trabalho, devendo ser observada em suas três funções desde a fase pré-contratual.

Nesse caso, uma empresa que promete a um candidato ao emprego que ele será contemplado com a vaga a qual concorre, fazendo com que este candidato desista de outras vagas ou empregos, e desiste da contratação em razão de, por exemplo, o trabalhador possuir alguma condição física que em nada interfere na execução do contrato de trabalho, como o uso de *piercings* e tatuagens, está violando o princípio da boa-fé objetiva, mais especificadamente em sua função restritiva.

Quanto à violação da boa-fé objetiva na fase pré-contratual, há a discussão sobre a possibilidade de responsabilização do empregador na esfera trabalhista em consequência da teoria da perda de uma chance, o que será melhor abordado no terceiro capítulo da presente Monografia.

## 1.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO NORTEADOR DO PROCESSO DE SELEÇÃO DE FUTUROS EMPREGADOS

A Segunda Guerra Mundial (1939-1945) foi marcada pelos horrores cometidos pelos Nazistas contra aqueles considerados inferiores para sua ideologia. Em razão disso, após o término da Grande Guerra, houve um intenso movimento mundial para assegurar direitos básicos mínimos para proteger a todos e evitar que ações de ódio, como as cometidas pelos Nazistas se repetissem, o que levou à publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela ONU em 1948.

Dentre os direitos previstos na Declaração, que posteriormente foi recepcionada pelo Brasil e reafirmada na Constituição Federal de 1988, principalmente em seu art. 5º, encontra-se a dignidade da pessoa humana, que se desdobra no direito à igualdade

para todos sem distinção de qualquer natureza, sendo este também um dos princípios constitucionais que regem todo o Ordenamento Jurídico Brasileiro.

O princípio da igualdade, também chamado por Uadi Lammêgo Bulos<sup>8</sup> de princípio isonomia, equiparação ou paridade, diz respeito ao tratamento igual para os iguais, e desigual para os desiguais, na medida de sua desigualdade. Tal princípio se efetiva por meio de ações afirmativas, como, por exemplo, a política das cotas.

O autor ainda defende que a igualdade vem para colocar um limite à conduta do particular, uma vez que não coaduna com atos discriminatórios, marcados pelo preconceito, racismo, entre outras maledicências, o que pode levar a uma responsabilização civil ou criminal dos infratores<sup>9</sup>.

Há uma dupla aplicação do princípio da igualdade: a formal e a material. A igualdade formal é aquela em que todos são considerados iguais perante a lei, conforme previsão dos artigos 3º, inciso IV e 5º, caput, da Constituição Federal, sendo uma clara vedação a ações do Estado que despendam tratamento discriminatório aos cidadãos, havendo exceções para os casos em há uma ação positiva do Estado para acabar com a desigualdade fática e promover justiça social. Entretanto, a concepção de igualdade formal se mostra insuficiente, sendo necessário um entendimento substancial da igualdade<sup>10</sup>.

A igualdade material é pressuposto indispensável para a aplicação dos direitos sociais, impondo ao legislador a obrigatoriedade de promulgação de normas que visem promover a igualdade de condições. É a partir da igualdade material que se efetiva a

---

<sup>8</sup> BULOS. Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 554-557.

<sup>9</sup> \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 561.

<sup>10</sup> CARDOSO, Sarah Pereira. **Discriminação estética nas relações de trabalho**. 2008. 12 f. Monografia (Trabalho de Conclusão do Curso de Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

máxima de tratar os iguais de forma igual, e dar tratamento diferenciado às pessoas com especificidades, tão logo que identificadas suas identidades e necessidades<sup>11</sup>.

Dessa forma, percebemos que o princípio da igualdade não proíbe o tratamento desigual de forma absoluta. A proibição está voltada para as diferenciações arbitrárias e desmotivadas.

O princípio da igualdade tem aplicação tanto no Direito Público quanto no Direito Privado, estando assegurando em diversos dispositivos legais, como Art. 5<sup>a</sup>, *caput* e inciso I, Art. 7<sup>o</sup>, incisos XXX, XXXI, XXXII, XXXIV, da Constituição Federal, Art. 5<sup>o</sup> e Art. 461 da CLT, Convenções Internacionais 100 e 111 da Organização Internacional do Trabalho, dentre outros.

É inegável a aplicação do princípio em questão no Direito do Trabalho, devendo perpassar todas as fases da relação de emprego, desde as fases pré-contratuais, até a extinção do contrato de trabalho. Trazendo o foco para a fase pré-contratual, o princípio da isonomia deve ser o norteador da seleção e contratação de empregados.

O empregador possui a liberdade de escolher quem contratará para integrar o quadro de funcionários de seu estabelecimento. A seleção e contratação de empregados consiste em procedimentos, que variam de empresa para empresa, de acordo com a vaga oferecida.

Na fase pré-contratual, ocasião em que ocorre a seleção de empregados, fica nitidamente demonstrada a disparidade de forças existente entre empregado e empregador, visto que este possui o poder econômico, e aquele depende do emprego para prover seu sustento e de sua família. Essa desigualdade de forças faz com que muitos candidatos que, embora profissionalmente qualificados para exercer

---

<sup>11</sup> GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação**: sua aplicação às relações de trabalho. 2007. 56 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

determinada função, não sejam selecionados por não preencherem requisitos impostos muitas vezes de forma arbitrária pelo empregador<sup>12</sup>.

A Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995<sup>13</sup>, é um diploma legal de supra importância, uma vez que busca proteger os empregados e futuros empregados de práticas discriminatórias ou limitativas ao acesso e manutenção do emprego, senão vejamos:

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Além da Lei nº 9.0929, o artigo 373-A da CLT, que foi introduzido pela Lei nº 9.799 em 26 de maio de 1999, principalmente em seu inciso I, traz a proibição de publicações ou anúncios de emprego que façam referência ao sexo, idade, cor ou situação familiar, com exceção aos casos em que a natureza da atividade a ser exercida assim exija.

Assim, quando um anúncio de emprego fixa critérios para a contratação que são proibidos por lei ante seu caráter discriminatório, este fere diretamente o princípio da igualdade.

O tratamento igualitário na fase de contratação de empregados é de suma importância para que haja diversidade no mercado de trabalho, sendo parte essencial da responsabilidade das empresas. Assim, as empresas devem empenhar-se na contratação e promoção de pessoas com experiências e perspectivas diferentes, adotando uma postura aberta na seleção dos empregados a fim de expandir o índice de

---

<sup>12</sup>PEREIRA, Guilherme da Horta. **Discriminação pré-contratual**. Disponível em <[https://guilhermedahora.jusbrasil.com.br/noticias/300482531/discriminacao-pre-contratual?ref=topic\\_feed](https://guilhermedahora.jusbrasil.com.br/noticias/300482531/discriminacao-pre-contratual?ref=topic_feed)>, Acesso em 02 nov. 2017.

<sup>13</sup> BRASIL, Lei nº 9.029, 13 de abril de 1995. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, DF, 13 de abr. 1995.

emprego em determinados segmentos da sociedade, como mulheres, afrodescendentes, portadores de deficiências físicas, dentre outros.<sup>14</sup>

Ante o exposto, percebemos que o princípio da igualdade deve perpassar por todo o contrato de trabalho, sendo imprescindível que seja respeitado desde a seleção dos empregados, até sua execução e extinção.

---

<sup>14</sup> ADESKY, Jacques d'. Diversidade, direitos humanos e justiça social. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 3, p. 181-191, jul./set. 2013, p. 181.

## 2 A PROIBIÇÃO DO USO DE PIERCINGS E TATUAGENS COMO CRITÉRIO DE SELEÇÃO E CONTRATAÇÃO DO EMPREGADO: MANIFESTAÇÃO DA LIBERDADE DE CONTRATAR OU DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA?

### 2.1 A DISCRIMINAÇÃO NA RELAÇÃO DE EMPREGO

O princípio da igualdade ou isonomia, como apontado anteriormente, desdobra-se no princípio da não discriminação. Logo, quando violado o princípio da igualdade e da não discriminação, encontramos-nos diante de uma conduta discriminatória.

A discriminação é entendida primeiramente como o tratamento desigual dado aos iguais, sendo que o tratamento discriminatório pode evidenciar-se tanto na inserção de determinado indivíduo em um grupo social, quanto na conduta de excluí-lo, de privar-lhe de direitos. Dessa forma, vemos violado o princípio da não discriminação tanto “quando se inclui no alcance da norma quem nela não poderia incluir-se, quanto nas hipóteses em que se exclui quem não poderia ser excluído”<sup>15</sup>.

A Convenção da OIT n. 111<sup>16</sup>, em seu artigo 1º, recepcionada no Brasil através do Decreto – Lei nº 62.150 em 1968, define a discriminação como sendo

- a) Toda 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;
- b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

---

<sup>15</sup> ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 353 e 354.

<sup>16</sup> BRASIL, Decreto-lei nº 62.150, 19 de janeiro de 1968. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, DF, 19 de jan. 1968.



A relação entre empregado e empregador é ambiente propício para atos discriminatórios, uma vez que o empregador tem a possibilidade de contratar da forma como bem entender, estipulando requisitos de sua preferência que nem sempre condizem com as necessidades do cargo em questão, evidenciando muitas vezes requisitos marcados pelo preconceito<sup>17</sup>.

Ocorre que, diante dessa liberdade de seleção e contratação de empregados conferida ao empregador, resta ao trabalhador aceitar o que há de disponível no mercado para garantir sua subsistência e de sua família.

Cabe ressaltar que o fato de o empregador decidir pela contratação de determinado funcionário em detrimento do sexo, cor, altura, ou outra condição física ou mesmo social, não necessariamente implicará em uma conduta maculada pela discriminação, desde que as características tenham relação direta com as funções a serem exercidas na execução do contrato de trabalho.

A discriminação ficará evidente quando as características forem exigidas de forma arbitrária na contratação dos empregados, sem que haja qualquer relação e proporcionalidade com a atividade a serem desenvolvidas.

A discriminação pode assumir diversas formas, sendo elas a discriminação direta ou indireta, negativa ou positiva, vertical ou horizontal.

A discriminação direta se evidencia quando o empregador pratica um comportamento diferenciatório explícito por motivos arbitrários e proibidos, atingindo o direito a igualdade e dignidade do trabalhador. A discriminação indireta, por sua vez, ocorre quando o empregador aparentemente trata todos igualmente, mas os efeitos do

---

<sup>17</sup> MORAES, Kelly Farias de. Direitos Humanos e Direito do Trabalho: ações afirmativas no combate à discriminação nas relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 36, n 139. P. 277- 314 Jul/set 2010, p. 288.

tratamento têm efeitos diversos sobre determinados grupos, trazendo prejuízos e desvantagens somente para alguns.<sup>18</sup>

A discriminação negativa é definida pela doutrina como sendo aquela taxativamente proibida, impondo uma obrigação de não fazer, enquanto que a discriminação positiva é aquela que resulta nas ações afirmativa, sendo uma forma legítima de desigualar para promover a igualdade de fato<sup>19</sup>.

Por fim, a discriminação vertical é aquela que ocorre quando o empregado que ocupa um cargo mais alto ou o empregador usam seu poder para discriminar quem a ele for subordinado. Já a discriminação horizontal acontece entre os próprios funcionários, tratando de forma diferenciada um determinado funcionário ou grupo deles<sup>20</sup>.

Além das formas citadas, as condutas discriminatórias nas relações de emprego podem assumir diversas espécies, como em razão de gênero, idade, etnia, orientação sexual, pessoas portadoras de necessidades especiais, e baseada na aparência física, também conhecida como discriminação estética.

### 2.1.1. A discriminação estética

Desde os primórdios da sociedade, a estética e a beleza estabelecem os padrões de aparência tidos como corretos, sendo eles impostos e devendo ser seguidos em todos os âmbitos sociais, trazendo influências diretas para o empregador na ocasião da seleção e contratação de seus futuros empregados.

---

<sup>18</sup> MORAES, Kelly Farias de. Direitos Humanos e Direito do Trabalho: ações afirmativas no combate à discriminação nas relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 36, n 139. P. 277- 314 Jul/set 2010, p. 289- 290.

<sup>19</sup> CARDOSO, Sarah Pereira. **Discriminação estética nas relações de trabalho**. 2008. 24 f. Monografia (Trabalho de Conclusão do Curso de Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

<sup>20</sup> MORAES, Kelly Farias de. Direitos Humanos e Direito do Trabalho: ações afirmativas no combate à discriminação nas relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 36, n 139. P. 277- 314 Jul/set 2010, p. 292.

Em razão disso, aqueles trabalhadores que não se encaixam no padrão de beleza imposto pela sociedade, se veem excluídos e diante de maiores dificuldades para ingressar e manter-se no mercado de trabalho.

A discriminação estética no âmbito das relações de emprego pode apresentar-se por motivos raciais, de gênero, de crença (como uso de vestimentas religiosas no ambiente de trabalho), cabelo e barba, cicatrizes, marcas de nascença, queimaduras, peso, altura e também pelo uso de *piercings* e tatuagens, sendo estes últimos o foco da presente Monografia.

A grande razão disso é que cada vez mais se preza pelo o que é belo, o que acaba manifestando-se como um requisito para a contratação de empregados, sendo a beleza uma condição para que o candidato ao emprego avance para a contratação, como se fosse, de fato, sinônimo de capacidade e sucesso. Não basta a capacidade do empregado, este deve atender ao padrões de beleza ditados pela sociedade.<sup>21</sup>

Importante destacar que, embora não haja previsão constitucional expressa sobre a discriminação estética, entende-se que ao promover a igualdade material, o constituinte trouxe a proteção devida a quem sofre com esse tipo de situação<sup>22</sup>.

As empresas costumam buscar empregados que se encaixam no padrão estético desejado como meio de até mesmo angariar mais consumidores, visto que preferem uma imagem mais atraente e aliada socialmente ao sucesso.

O julgamento dos empregados com base na aparência deterioriza o direito a diversidade estética, o que pode acarretar em inúmeras condutas marcadas pelo preconceito contra aqueles considerados diferentes, que, concretizando-se em prática

---

<sup>21</sup> ODORIZZI, Paola. **Discriminação estética nas relações de trabalho**. 2010, f. 56. Monografia (Trabalhado de Conclusão do Curso de Direito) - Universidade Federal do Paraná, 2010.

<sup>22</sup> NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. **A discriminação estética na relação de emprego decorrente do uso de vestimentas religiosas e os limites ao poder de direção do empregador**. UNICURITIBA, Curitiba, v. 2, n. 39, p. 54- 87, 2015, p. 64.

discriminatória, como a não contratação do candidato em razão de alguma particularidade de sua aparência, estaremos diante da discriminação estética.<sup>23</sup>

Os primeiros atos de discriminação estética estavam voltados a profissões no mercado da moda e no meio artístico. Hoje, esses atos expandiram-se para outras profissões e por diferentes motivos, seja pelo preconceito do empregador em contratar alguém diferente, seja pela tendência de essas pessoas se excluírem da sociedade por não se sentirem incluídas nela.<sup>24</sup>

O empregador possui a liberdade de contratar a pessoa que ele desejar, baseando-se em seus requisitos considerados indispensáveis. Entretanto, a seleção desses empregados deve ser pautada em critérios de capacidade, e não em critérios subjetivos como no caso da aparência estética, visto que tais critérios ensejam em práticas discriminatórias, o que é vedado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro.

## 2.2 A NÃO CONTRATAÇÃO DE TRABALHADOR QUE USA PIERCINGS E TATUAGENS

Algumas marcas corporais podem comprometer a harmonia estética e alimentar o preconceito. Ainda que não interfiram no trabalho, essas marcas podem dar margem à discriminação estética, tanto pelo empregador quanto pelos consumidores, sendo ilícito desfavorecer o empregado por fatores alheios ao serviço prestado. Muitas dessas marcas sequer foram desejadas pelos empregados, como no caso de queimaduras. Entretanto, outras marcar decorrem da vontade do empregado, como *piercings* e tatuagens.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> CARDOSO, Sarah Pereira. **Discriminação estética nas relações de trabalho**. 2008. 39 f. Monografia (Trabalho de Conclusão do Curso de Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

<sup>24</sup> \_\_\_\_\_. 2008, 42 f. Monografia (Trabalho de Conclusão do Curso de Direito)- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

<sup>25</sup> \_\_\_\_\_. 2008. 41 f. Monografia (Trabalho de Conclusão do Curso de Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

A proibição do uso de *piercings* e tatuagens pelo empregador configura discriminação estética quando essa proibição não se pautar em riscos ou interferência nas atividades exercidas pelo empregado, violando Direitos Fundamentais essenciais, que são norteadores da conduta do empregador e do empregado, devendo ser respeitados por ambos na relação empregatícia.

Os Direitos Fundamentais, segundo Dimoulis e Martins<sup>26</sup>,

são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Os Direitos Fundamentais, então, são positivados pelo Estado em sua Constituição Federal e visam proteger os direitos individuais de seus cidadãos. Na Constituição Federal vigente em nosso país, esses direitos estão dispostos em vários artigos, mas encontram-se de forma mais nítida e concentrada no Artigo 5º.

Ao nos depararmos com um caso de discriminação estética, como a proibição do uso de *piercings* e tatuagens, vemos violados os direitos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), a igualdade (caput do art. 5º) e a liberdade de expressão (art. 5º, IX). Exigir de um empregado que este altere sua imagem sem motivação plausível, além de discriminação estética, atinge a identidade e a intimidade do indivíduo.

Entretanto, a própria sociedade, em muitos casos, propaga a lesão aos citados direitos fundamentais, ao optar por aqueles que não possuem *piercings* e tatuagens para lhe prestar determinados serviços contratados, pois ainda possuem uma visão retrógrada de que tais pessoas são marginalizadas simplesmente por não corresponderem aos padrões estéticos imposto pela sociedade ao optarem por artifícios estéticos que, na realidade, nada mais são do que uma forma de se expressar.

---

<sup>26</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.54.

Ante o exposto, concluímos que estamos diante de uma colisão de direitos, eis que vemos o direito do empregador de exercer seu poder diretivo e ditar as regras do seu empreendimento privado, escolhendo quem fará parte do seu quadro de funcionários, e os direitos fundamentais dos empregados que podem ser atingidos diante de uma proibição de uso de *piercings* e tatuagens, o que muitas vezes é reproduzido pela própria sociedade.

Assim, deve ser feito um exercício de ponderação de direitos, buscando estabelecer os limites do exercício de cada um, para que o outro não seja lesado e, assim, focar no que realmente deve importar para o mercado de trabalho, que é a competência do indivíduo para a realização da atividade que lhe foi designada.

### **2.2.1 Liberdade de contratar: limites e possibilidades**

Levando em consideração que o empregador assume os riscos da atividade econômica, o art. 2º da CLT lhe confere o poder de direção, também chamado de poder de comando ou poder hierárquico<sup>27</sup>.

O poder diretivo é, segundo Maurício Godinho Delgado<sup>28</sup>,

o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e o espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços.

O poder diretivo é uma das divisões do poder empregatício, sendo as outras o poder regulamentar, o poder fiscalizatório e o poder disciplinar. O poder empregatício possui fundamento jurídico nas dimensões doutrinária e legal.

---

<sup>27</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>28</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª Ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 751.

Dentre os fundamentos doutrinários, a teoria justralhista elegeu algumas correntes, quais sejam: a corrente da propriedade privada, a corrente institucionalista, a corrente publicística, e a corrente das concepções contratualistas.

A corrente da propriedade privada, corrente mais antiga, atribui o poder intraempresarial à propriedade dos meios de produção- como sua decorrência inerente. Entretanto, tal corrente se mostra insuficiente, visto que suas concepções não são capazes para expressar a complexidade do poder empregatício, uma vez que o reduz a um conjunto de prerrogativas unilaterais do proprietário da empresa, além do fato de que muitas empresas de hoje não possuem como titular o real proprietário<sup>29</sup>.

A corrente institucionalista tem como fundamento o interesse social da empresa, sendo necessária uma organização profissional do trabalho para que se atinja um bem comum de ordem econômica social. Porém, a referida corrente também não é suficiente para fundamentar o poder empregatício, uma vez que dissimula a liberdade na relação empregatícia e nega o caráter dialético do poder nessa relação, reduzindo-o a um instrumento de direção e manipulação<sup>30</sup>.

A corrente publicística concebe o poder empregatício como delegação do poder público. Tal corrente, assim como a corrente institucionalista, incorpora a matriz autoritária da primeira metade do século XX, mantendo os elementos básicos da propriedade privada, mas rejeitando os ideais filosóficos do liberalismo clássico. Assim, o poder empregatício seria fruto da delegação do poder público em favor do empresário, sem que houvesse espaço para a vontade obreira na relação empregatícia.

A corrente contratualista, segundo Maurício Godinho Delgado<sup>31</sup>, é a que melhor explica a razão de ser do poder empregatício, pois o contrato empregatício é dinâmico,

---

<sup>29</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª Ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 758 e 759.

<sup>30</sup> \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. 16ª Ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 759 e 760.

<sup>31</sup> \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. 16ª Ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 752 e 763.

cabendo atuação da vontade coletiva obreira até mesmo após a celebração, o que visa garantir maior democraticidade de gestão do poder empregatício.

O autor ainda traz uma vertente que tem sido defendida por juristas contemporâneos, que diz que “o fundamento do poder disciplinar residiria da autonomia das diversas instâncias de organização grupal existentes na sociedade, afirmatórias do pluralismo democrático inerente à história contemporânea”<sup>32</sup>.

No que tange aos fundamentos legais do poder empregatício, não há no Direito Brasileiro uma norma jurídica que verse expressamente sobre tal poder. A legislação pátria trata do poder empregatício por vias indiretas ou implícitas, estabelecendo ou limitando as prerrogativas interempresariais, como, por exemplo, o caput do art. 2º da CLT que menciona a prerrogativa do poder de direção na prestação dos serviços<sup>33</sup>.

Ante todo o exposto até aqui, percebe-se que o empregador possui poder diretivo, podendo estabelecer regras de organização e estruturação de sua empresa, devendo essas regras ser acatadas e obedecidas pelos seus empregados.

O Direito do Trabalho, desde a sua criação, firmou-se como um contraponto às prerrogativas do poder empregatício, consolidando significativa barreira ao exercício antes incontestável a esse poder do empregador. A racionalização e atenuação do poder empregatício não restringe ou inviabiliza o funcionamento da livre iniciativa, apenas torna a propriedade efetivamente subordinada à sua função social (art. 5º, XXIII, da Constituição Federal), trazendo a livre iniciativa para o lado do valor social do trabalho.<sup>34</sup>

Entretanto, os empregadores, muitas vezes, impõem regras que, ainda que de forma velada, discriminam esteticamente os empregados ou futuros empregados. Essa

---

<sup>32</sup> DELGAGO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª Ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 763.

<sup>33</sup> \_\_\_\_\_, 16ª Ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 765.

<sup>34</sup> \_\_\_\_\_, 16ª Ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 796 e 797.



discriminação estética pode manifestar-se por questões raciais, de gênero, de crença, cabelo e barba, cicatrizes, marcas de nascença, e pelo uso de *piercings* e tatuagens.

Diante disso, percebemos um choque entre dois direitos: de um lado temos o direito do empregador e exercer seu poder diretivo e gerir sua empresa da maneira que melhor lhe convir, pautando-se no quesito de que este assume o risco do empreendimento e portanto sabe quais ações de gerência deve tomar; por outro lado, vemos o direito do trabalhador de ser contratado ou não em razão de sua capacidade, devendo ser vedadas as práticas discriminatórias como um todo, incluindo a discriminação em razão de fatores estéticos, eis que interfere na esfera da liberdade individual de cada cidadão.

Ao analisarmos o texto do art. 373- A, I, da CLT, que é um dos principais dispositivos legais que vedam a discriminação na contratação de empregados, vemos que o legislador traz a expressão “salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir”. Percebe-se aqui que o legislador excepcionou a regra de sobre a contratação de empregados que possuam certas características quando essas características possuírem relação direta com as atividades a serem exercidas.

É em razão disso que cabe o questionamento de que se estamos diante de um estabelecimento que lida com produtos de uma grife de roupas ou joias permite ao empregador que contrate apenas pessoas de determinada faixa etária e com “boa aparência”, pois seria supostamente necessário parasse adequar aos padrões estéticos exigidos por essas marcas e pela clientela.<sup>35</sup>

Da mesma forma é passível a análise de quem em determinadas atividades, os *piercings* especificadamente podem resultar em risco ao próprio empregado em razão do risco de que este se prenda em algo durante a execução de suas atividades. Nesse

---

<sup>35</sup>LIMA, Gildásio Pedrosa de. **Discriminação estética**. Disponível em <[http://www.velosodemelo.com.br/discriminacao-estetica/#\\_ftnref1](http://www.velosodemelo.com.br/discriminacao-estetica/#_ftnref1)> Acesso em 03 nov 2017.

caso, torna-se mais plausível a exigência para que o empregado não possua tal artifício estético, podendo ser encaixado na exceção legal trazida pelo legislador.

No que tange às tatuagens, estas estão diretamente ligadas a liberdade de expressão e pensamento, sendo algo da intimidade da pessoa, não sendo um fator que altere a capacidade laborativa do empregado, o que não deveria, portanto, ser motivo impeditivo para a contratação do candidato à vaga de emprego ofertada.

### **2.2.2 Enfrentamento do tema pela Justiça do Trabalho: análise de decisões judiciais**

Embora seja um tema que cabe muita discussão, percebemos que tais questões não têm se apresentado com tanta frequência no Judiciário, o que pode ser um reflexo tanto da insegurança que muitos empregados possuem em busca a Justiça do Trabalho por medo de figurarem nas chamadas “listas negras” de empregados que demandaram na Justiça contra o empregador, tanto pela dificuldade em comprovar o acontecimento da discriminação estética e, conseqüentemente, do dano moral.

Ainda assim, trazemos algumas jurisprudências que versam sobre casos que se assemelham à proibição do uso de *piercings* e tatuagens em casos que esses adornos não são incompatíveis com a natureza da atividade a ser exercida, configurando a ação do empregador como um ato discriminatório.

Num primeiro momento, vemos que o posicionamento majoritário é aquele em que o empregador não pode interferir na aparência física do empregado sem que haja justificativa na natureza da atividade exercida, pois configura abuso do poder empregatício, violando os direitos à liberdade e intimidade, senão vejamos:

**DANOS MORAIS. DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA. A interferência da empregadora (ou da tomadora de serviços) na aparência física do empregado apenas se justifica em casos restritos, em que determinada**

**condição do indivíduo seja capaz de interferir substancialmente no desempenho de sua função no trabalho. Não é justificável que, para exercer a função de porteiro da biblioteca da universidade, o empregado seja proibido de usar cavanhaque. Tal conduta caracteriza abuso do poder empregatício**, ato ilícito com o condão de atrair a responsabilidade civil das demandadas (artigos 186 e 927 do CC). (TRT 3ª R.; RO 0001419-13.2012.5.03.0071; Rel. Juiz Conv. Mauro Cesar Silva; DJEMG 14/03/2014; Pág. 248) (grifamos)

**DA NORMA INTERNA. ILEGALIDADE DA PROIBIÇÃO DO USO DE BARBA E CAVANHAQUE. É cediço que a exigência imposta pela empresa para que os seus empregados trabalhem sem cavanhaque ou sem barba, com determinado corte de cabelo, pode afetar o direito à liberdade, à intimidade, à imagem e à dignidade da pessoa humana, dispostos no inciso X do art. 5º da Carta Magna, sendo a proibição contida na norma interna ilegítima no seu nascedouro. Não havendo nenhuma relação do uso da barba, bigode, cavanhaque e corte de cabelo com o desempenho profissional do empregado, nem qualquer repercussão na segurança da atividade empresarial da reclamada, injustificável a proibição prevista no regulamento interno da empresa reclamada, porquanto deve ser facultado aos empregados decidir acerca de tais aspectos ligados a sua aparência pessoal no ambiente de trabalho, com amparo no art. 5º da CF/88. Com efeito, não pode o empregador intervir na estética pessoal do empregado sob o pretexto de que, no âmbito do seu poder diretivo, pode ditar regras de apresentação pessoal (art. 2º, da CLT), pois a restrição fere a intimidade e o direito à própria imagem da pessoa, ao menos que a exigência decorresse de normas da higiene e segurança do trabalho, o que não é o caso dos autos**. Por essas razões, correta a decisão a quo que declarou a inconstitucionalidade da norma interna que proíbe o uso de barba e cavanhaque, reputando nulas as sanções disciplinares aplicadas aos empregados citados na exordial. Sentença mantida neste aspecto. (TRT 7ª R.; RO 0000343-45.2015.5.07.0003; Primeira Turma; Relª Desª Regina Gláucia Cavalcante; Julg. 20/07/2016; DEJTCE 22/07/2016; Pág. 35) (grifamos).

No que tange à responsabilização pelos danos morais na fase pré-contratual, prevalece o entendimento de que há manifesta violação do princípio da boa-fé objetiva ante a frustração da contratação sem justo motivo, como é o caso da discriminação estética.

**DANOS MORAIS. EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO FRUSTRADA. CABIMENTO. A obrigação de indenizar na fase pré-contratual surge quando a expectativa ordinária é substituída pela proposta concreta de contratação, e esta posteriormente frustrada sem justo motivo pela outra parte, em manifesta violação ao princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil), que deve permear exigida a formação e execução dos contratos**. (TRT 5ª R.; RO 0000954-07.2016.5.05.0039; Quinta Turma; Rel. Des. Paulino Couto; DEJTBA 30/08/2017) (grifamos).

Por fim, é importante mostrarmos que mostrarmos o seguinte aresto:

**INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL**. Indevida. Ausente prova a indicar elo entre a despedida e o uso de piercing pelo autor. Em contrapartida,

evidenciadas duas advertências a ele nos últimos meses do pacto. É verdade que, ao empregador, não é permitido opinar, solicitar ou exigir comportamento dos empregados que seja de âmbito estritamente pessoal. Não restou demonstrado, porém, que a indevida solicitação de retirada do adorno tivesse sido afrontosa. Simples aborrecimento, desconforto emocional, mágoa, exasperação não ensejam reconhecimento de dano moral, sob pena se banalizar tal conceito. Ademais, como à época da admissão o reclamante não usava *piercing*, a empresa apenas fez uso de seu direito de imagem, tentando preservá-la, ao solicitar que o empregado deixasse de usar tal acessório quando, no curso da relação de emprego, ele passou a comparecer ao serviço com perfil que a reclamada considera incompatível com o dela, distinto do que detinha quando foi contratado. Provimento negado. (TRT 4ª R.; RO 00140-2007-017-04-00-2; Quarta Turma; Rel. Juiz Fabiano de Castilhos Bertoluci; Julg. 19/06/2008; DOERS 30/06/2008)

Vemos que no caso em questão, a indenização por danos morais foi indeferida em razão de não ter o empregado de desincumbido do ônus que lhe competia de provar a ocorrência do dano. O Relator chega a fundamentar sua decisão demonstrando que o empregador não tem o poder de opinar, solicitar ou exigir comportamentos de seus empregados no âmbito pessoal, mas logo após considera que o empregador poderia solicitar a retirada do *piercing* que passou a ser usado no decorrer do vínculo empregatício por não coadunar com a imagem da empresa.

Após a análise das decisões jurisprudenciais apontadas, vemos que o posicionamento tem se mantido no viés de que a proibição do uso de itens ligados à aparência do empregado ou futuro empregado configura abuso de direito por parte do empregador, o que reforça a ideia de que há discriminação estética nessas práticas, devendo ser ressarcido o trabalhador pelos danos causados.

### **3 A RESPONSABILIDADE POR DISCRIMINAÇÃO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL**

Conforme amplamente demonstrado, a não contratação de empregado em razão do uso de *piercings* e tatuagens sem que haja quaisquer interferências nas atividades a serem exercidas, caracteriza discriminação estética, além de violar a boa-fé objetiva que deve ser observada também na fase pré-contratual.

Assim, cabe agora analisarmos a possibilidade de responsabilização do empregador que age de forma discriminatória quando da contratação de trabalhadores para integração ao seu quadro funcional.

#### **3.1. A REPARAÇÃO DO PREJUÍZO DECORRENTE DA DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO**

##### **3.1.1 Possibilidade de reparação do dano**

Após ultrapassada a fase das negociações preliminares, a seleção de empregados passa para as fases de oferta e aceitação. Ao serem criadas expectativas nas partes de que o contrato será efetivado ao ponto de induzi-las a praticar despesas ou de deixar de contratar com outra parte, e, sem motivação justa, houver desistência do negócio jurídico, estamos diante do dever de ressarcir a parte lesada em razão da responsabilidade pré-contratual, que traz o dever de as partes comportarem-se de acordo com a boa-fé objetiva (art. 186 e 927 do Código Civil de 2002).

A responsabilidade pré-contratual possui três vertentes doutrinárias quando a sua natureza. A primeira delas atribui feição contratual à responsabilidade pré-contratual. Já a segunda vertente sustenta que essa responsabilidade é extracontratual. Por fim, a terceira vertente atribui à responsabilidade a natureza *sui generis*. A vertente

considerada majoritária é a segunda, atribuindo valor extracontratual à essa responsabilidade em razão de não ter sido o contrato de trabalho celebrado, sendo que o que caracteriza a responsabilidade pré-contratual é o comportamento de uma das partes, e não o descumprimento do pacto ainda não firmado<sup>36</sup>.

Vários doutrinadores associam a situação com a teoria civilista da perda de uma chance, que consiste no fato de o agente perder uma oportunidade real de uma vantagem ou evitar um prejuízo, sendo que essa perda ocorre por culpa de terceiro, tendo como base da análise a probabilidade de ocorrência do resultado caso o obstáculo não tivesse ocorrido.<sup>37</sup>

A indenização nesse caso é pela possibilidade do resultado esperado e não pelo valor patrimonial ou moral da chance. Por isso, a doutrina civilista diz que não há exigência de provar o dano, mas sim a grande possibilidade de ocorrência do evento esperado, sendo que o quantum indenizatório se baseará na proporção de maior ou menor possibilidade de ocorrência do negócio jurídico negociado<sup>38</sup>

Quanto da aplicação da teoria civilista na Justiça do Trabalho, os doutrinadores entendem que ela encontra respaldo da mesma forma como acontece no tocante as indenizações por dano moral *lato sensu*<sup>39</sup>, que com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, a Justiça do Trabalho passou a ter competência para processar e julgar as ações de dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de emprego, segundo art. 114, VI, da Constituição Federal de 1988.

Por todo o exposto, vemos que, após ter sido criada no empregado a expectativa da contratação, a não contratação do candidato à vaga de emprego em razão de possuir *piercings* e tatuagens, além de configurar a discriminação estética, evidencia a situação

---

<sup>36</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª Ed. São Paulo: LTr, 2016. p 341

<sup>37</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 10ª Ed. São Paulo: Método, 2014. p 516.

<sup>38</sup> \_\_\_\_\_. 10ª Ed. São Paulo: Método, 2014. p 516.

<sup>39</sup> OLIVEIRA, Patricia Cibelle Alves de. A teoria da perda de uma chance e a responsabilidade civil no direito do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 43, n 139. P. 36- 57 janeiro/2017, p. 50-51.

descrita pela teoria civilista da perda de uma chance, gerando o dever de o empregador indenizar o obreiro pelos danos morais sofridos.

Ora, na discriminação estética na situação em questão, a única motivação para a não contratação do empregado foi pautada em sua aparência, não configurando justo motivo para impedir a celebração do contrato de trabalho, eis que inexistem interferências dos adornos na capacidade laborativa do empregado.

Sendo assim, surge para o empregado o direito de demandar na Justiça do Trabalho pela responsabilização do empregador frente à discriminação estética contra ele praticada, frustrando sua expectativa de contratação.

### **3.1.2 O posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho**

A Constituição de 1988, em seu artigo 114, inciso VI, dá a Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar os danos morais e materiais decorrentes das relações de trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho reafirmou a previsão constitucional por meio da Súmula nº 392, que ampliou essa proteção para os danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho e doenças ocupacionais a ele equiparadas, podendo as ações serem propostas pelos dependentes ou sucessores no caso de falecimento do empregador.

Embora não haja a efetivação do vínculo empregatício, os danos morais pela discriminação estética na fase pré-contratual merecem a proteção da Justiça do Trabalho, uma vez que o dano causado ocorreu no contexto de uma relação empregatícia.

O Tribunal Superior do Trabalho, no Recurso de Revista nº 0001462-08.2010.5.02.0051, confirmou o entendimento do TRT que assentou a competência da Justiça do Trabalho para julgar o caso em questão, uma vez que decorre da relação de trabalho, mesmo tendo o dano moral ocorrido na fase pré-contratual, sendo este o entendimento consolidado da jurisprudência do próprio TST<sup>40</sup>.

O Tribunal decidiu no mesmo sentido no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 0010857-04.2016.5.03.0013, demonstrando que, de fato, é pacífico o entendimento de que em prestígio à boa fé-objeta, as partes se comprometem a cumprir as obrigações relacionadas à fase pré-contratual, desde o momento em que se vislumbra a formação do vínculo contratual, configurando dano moral passível de indenização no caso de descumprimento<sup>41</sup>.

Assim, vemos que o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho é o de que os danos morais sofridos pelo empregado na fase pré-contratual são passíveis de reparação pelo Judiciário, eis que há violação da boa-fé objetiva, o que coaduna com o entendimento dos Tribunais Regionais, como vimos anteriormente.

Dessa forma, o empregado vítima de discriminação estética pelo uso de *piercings* e tatuagens durante a seleção de empregados, tem direito a reparação do dano sofrido ante a frustração da contratação sem justo motivo.

---

<sup>40</sup> BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho; **RR 0001462-08.2010.5.02.0051**; Segunda Turma; Rel<sup>a</sup> Min. Maria Helena Mallmann; DEJT 25/11/2016; Pág. 583. Disponível em <lex.com.br> Acesso em 05 nov 2017.

<sup>41</sup> BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho; **AIRR 0010857-04.2016.5.03.0013**; Oitava Turma; Rel<sup>a</sup> Min. Dora Maria da Costa; DEJT 22/09/2017; Pág. 3148. Disponível em <lex.com.br> Acesso em 05 no 2017.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todo o exposto no decorrer da presente Monografia, podemos concluir que a fase pré-contratual trabalhista possui requisitos importados do Direito Civil que visam proteger ambas as partes para que o negócio jurídico se forme. Entretanto, quando o empregador deixa de efetivar a contratação, mesmo tendo gerando a expectativa da contratação, em razão de circunstâncias da aparência do empregado, como o uso de *piercings* e tatuagens, estamos diante da violação dos princípios da boa-fé objetiva e da igualdade, resultando ainda na discriminação estética do obreiro.

O empregador possui a liberdade de contratar o empregado que ele entende enquadrar-se bem ao seu corpo de funcionários, sendo essa uma consequência de seu poder diretivo que lhe permite dirigir seu empreendimento da forma como achar melhor. Entretanto, esse direito não é absoluto, devendo respeitar os limites legais imposto pelos diversos diplomas legais que compõem o Ordenamento Jurídico Brasileiro.

No que tange à proibição de *piercings* e tatuagens, devemos ter em mente que nem toda conduta do empregador de não contratar um empregado em razão de características estéticas resulta em discriminação, uma vez que se o adorno for incompatível com a natureza da atividade, pode o empregador proibir seu uso sem configurar conduta discriminatória.

Dessa forma, seria possível que o empregador deixasse de contratar o empregado que possui *piercings* e tatuagens, desde que haja justificativa pautada na natureza da atividade para isso. Não sendo assim, estará o obreiro diante de situação de discriminação estética, podendo pleitear a responsabilização do empregador na Justiça do Trabalho.

Após a análise das decisões apontadas, vemos que é entendimento consolidado dos Tribunais Regionais do Trabalho e do próprio Tribunal Superior do Trabalho de que os danos causados em decorrente da não contratação resultante de discriminação

estética, ainda que evidenciados na fase pré-contratual, são passíveis de reparação pelo Judiciário, cabendo ao empregado comprovar o dano ocorrido e a probabilidade de efetivação do contrato de trabalho.

A discriminação estética decorrente da não contratação de empregado que usa *piercings* e tatuagens quando não há relação com a atividade a ser desenvolvida, embora de extrema relevância social, ainda é pouco tratada tanto na jurisprudência quanto na doutrina.

Dessa forma, a presente Monografia demonstrou sua importância para a formação da comunidade acadêmica, uma vez que buscou se aprofundar numa visão diferenciada do assunto abordado, apresentando argumentos com o intuito de propiciar reflexões acerca da ocorrência da discriminação estética na fase pré-contratual trabalhista que se choca com a liberdade de contratar do empregador.

## REFERÊNCIAS

ADESKY, Jacques d'. Diversidade, direitos humanos e justiça social. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 3, p. 181-191, jul./set. 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª Ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL, Consolidação das Leis Trabalhistas. **Vade Mecum Saraiva**. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, Constituição Federal. **Vade Mecum Saraiva**. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, Código Civil. **Vade Mecum Saraiva**. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, Decreto-lei nº 62.150,19 de janeiro de 1968. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, DF, 19 de jan. 1968.

BRASIL, Lei nº 9.029,13 de abril de 1995. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, DF, 13 de abr. 1995.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região; **RO 0001419-13.2012.5.03.0071**; Rel. Juiz Conv. Mauro Cesar Silva; DJEMG 14/03/2014; Pág. 248. Disponível em <lex.com.br> Acesso em 04 nov 2017.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região; **RO 0000343-45.2015.5.07.0003**; Primeira Turma; Relª Desª Regina Gláucia Cavalcante; Julg. 20/07/2016; DEJTCE 22/07/2016; Pág. 35. Disponível em <lex.com.br> Acesso em 04 nov 2017.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região; **RO 0000954-07.2016.5.05.0039**; Quinta Turma; Rel. Des. Paulino Couto; DEJTBA 30/08/2017. Disponível em <lex.com.br> Acesso em 04 nov 2017.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região; **RO 00140-2007-017-04-00-2**; Quarta Turma; Rel. Juiz Fabiano de Castilhos Bertoluci; Julg. 19/06/2008; DOERS 30/06/2008. Disponível em <lex.com.br> Acesso em 04 nov 2017.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho; **RR 0001462-08.2010.5.02.0051**; Segunda Turma; Relª Min. Maria Helena Mallmann; DEJT 25/11/2016; Pág. 583. Disponível em <lex.com.br> Acesso em 05 nov 2017.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho; **AIRR 0010857-04.2016.5.03.0013**; Oitava Turma; Relª Min. Dora Maria da Costa; DEJT 22/09/2017; Pág. 3148. Disponível em <lex.com.br> Acesso em 05 no 2017

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 392**. Disponível em <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-392](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-392)> Acesso em 05 nov 2017.

BULOS. Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 554- 557.

CARDOSO, Sarah Pereira. **Discriminação estética nas relações de trabalho**. 2008. 12 f. Monografia (Trabalho de Conclusão do Curso de Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 10ª Ed. São Paulo: Método, 2014

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p 392 e 458

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.54.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação**: sua aplicação às relações de trabalho. 2007. 56 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Gildásio Pedrosa de. **Discriminação estética**. Disponível em <[http://www.velosodemelo.com.br/discriminacao-estetica/#\\_ftnref1](http://www.velosodemelo.com.br/discriminacao-estetica/#_ftnref1)> Acesso em 03 nov 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Kelly Farias de. Direitos Humanos e Direito do Trabalho: ações afirmativas no combate à discriminação nas relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 36, n 139. P. 277- 314 Jul/set 2010, p. 288.

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. **A discriminação estética na relação de emprego decorrente do uso de vestimentas religiosas e os limites ao poder de direção do empregador**. UNICURITIBA, Curitiba, v. 2, n. 39, p. 54-87, 2015.

ODORIZZI, Paola. **Discriminação estética nas relações de trabalho**. 2010, f. 56. Monografia (Trabalhado de Conclusão do Curso de Direito) - Universidade Federal do Paraná, 2010.

OLIVEIRA, Patricia Cibelle Alves de. A teoria da perda de uma chance e a responsabilidade civil no direito do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 43, n 139. P. 36- 57 janeiro/ 2017.

PEREIRA, Guilherme da Horta. **Discriminação pré-contratual**. Disponível em <[https://guilhermedahora.jusbrasil.com.br/noticias/300482531/discriminacao-pre-contratual?ref=topic\\_feed](https://guilhermedahora.jusbrasil.com.br/noticias/300482531/discriminacao-pre-contratual?ref=topic_feed)>, Acesso em 02 nov. 2017.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

ROSSETO, Sabrina Fragoso. **A aplicação da responsabilidade pré-contratual e a boa-fé objetiva nos contratos de trabalho**. Disponível em <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13858](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13858)>. Acesso em 20/10/2017.