

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

**DIREITO DO TRABALHO E EFICÁCIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MEIO AMBIENTE
DO TRABALHO I**

ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI

PAULO CEZAR DIAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

E27

Direito do Trabalho e Eficácia dos direitos fundamentais no Meio Ambiente do Trabalho I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini; Paulo Cezar Dias. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-769-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito do Trabalho. 3. Eficácia dos direitos fundamentais. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO DO TRABALHO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

Apresentação

É com especial alegria e satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) denominado "Direito do Trabalho e Eficácia dos Direitos Fundamentais no Meio Ambiente do Trabalho 1", do XII Congresso Internacional do CONPEDI BUENOS AIRES, ARGENTINA, renomado evento acadêmico promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade de Buenos Aires (UBA), com enfoque na temática "DERECHO, DEMOCRACIA, DESARROLO E INTEGRACIÓN", o evento foi realizado nos dias 12, 13 e 14 de outubro de 2023 na Faculdade de Direito, no Campus da Universidade de Buenos Aires, sito Av. Pres. Figueroa Alcorta 2263, C1425 CABA, Argentina.

Trata-se de publicação que reúne artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação, em especial do Brasil e da Argentina, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes atinentes ao Direito do Trabalho e a eficácia dos Direitos Fundamentais no Meio Ambiente de Trabalho.

Objetivou dar visibilidade para os debates que envolvem a complexidade das experiências dos grupos e pessoas submetidos a regimes de exploração, opressão e de invisibilidade histórica no meio ambiente de trabalho, decorrentes de distintos e entrançados marcadores sociais que se perpetuam no tempo, chegando neste século XXI em flagrantes situações de neoescravidão. Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao Direito material e processual do Trabalho, a Reforma Trabalhista e as implicações da pandemia e do COVID19 nas relações laborais, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa.

Compõe-se de textos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação e graduação, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes. A coletânea reúne uma gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea, todos com olhos e vinculados ao Estado Democrático de Direito, com intuito de garantir uma sociedade, justa fraterna e solidária.

Destacou-se, neste contexto, a formulação, execução, acompanhamento e avaliação de políticas públicas internacionais, nacionais, regionais ou locais, capazes de proteger e atenuar os impactos dos grupos, em especial, aqueles em situação de vulnerabilidade.

Assim, os artigos apresentados neste GT DIREITO DO TRABALHO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I, visaram realizar interfaces entre políticas públicas e grupos vulneráveis no meio ambiente do trabalho, numa perspectiva aberta, interdisciplinar, complexa e polissêmica, capaz de reconhecer tais problemáticas como lutas coletivas e históricas.

A coletânea reúne gama de artigos que apontam questões relativas ao atuação do Poder Judiciário trabalhista da 3a Região durante a pandemia do SarsCov2, a precarização do trabalho, ao "dumping social", à discriminação e suas diversas formas, ao "burnout out", ao assédio laboral, à vigilância e ao controle na relação de emprego, ao dano existencial, à LGPD, aos dados sensíveis, às revoluções industriais, às novas tecnologias, à denominada "uberização" do trabalho. Veja-se, pelos temas destacados, a atualidade e o nível das pesquisas que foram apresentadas no 34o GT do XII Congresso Internacional do Conpedi. Sem dúvida, trata-se de evento se destaca no cenário nacional e internacional.

Foram realizadas trocas de experiências entre todos os participantes com a Coordenadora e o Coordenador do Grupo de Trabalho, o que permitiu integração entre os participantes, além de aquisição de novos conhecimentos. Todos os artigos foram apresentados, discutidos e receberam colaboração agregada nas ideias de cada pesquisador, com o intuito de colaborar para a efetividade de uma política pública eficaz, em especial quando se pesquisa direitos fundamentais no ambiente de trabalho.

Na oportunidade, os coordenadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI) e da Universidade de Buenos Aires (UBA) por sua Faculdade de Direito e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

E, por fim, os Professores Doutores, Adriana Goulart de Sena Orsini, Programa de Pós-graduação em Direito e Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, Minas Gerais e Paulo Cezar Dias, do Centro Universitário Eurípides de Marília-SP, externam desejos que todos tenham uma excelente leitura!

DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA NA RELAÇÃO DE EMPREGO, EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS HUMANOS E DIÁLOGO DAS FONTES: OS LIMITES DO PODER EMPREGATÍCIO E O DIREITO À IMAGEM E À IDENTIDADE DO TRABALHADOR

AESTHETIC DISCRIMINATION IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP, HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS AND DIALOGUE OF SOURCES: THE LIMITS OF EMPLOYMENT POWER IN FACE OF WORKER'S IMAGE AND IDENTITY

Fernanda Nigri Faria ¹
Bernardo Gomes Barbosa Nogueira ²
Diego Jeangregorio Martins Guimaraes ³

Resumo

A partir do princípio da dignidade humana, valor-fonte da Constituição de 1988, marco teórico desta pesquisa, pretende-se estabelecer os limites para o exercício do poder empregatício em situações que impliquem a imposição de regras que definam um padrão de vestimenta e estético, haja vista que o empregado não se despoja de sua subjetividade, conservando seus atributos de pessoa e os aspectos distintivos dela no contexto da relação de emprego. Na pesquisa será utilizada a vertente metodológica jurídico-teórica, mediante análise de elementos conceituais, ideológicos e doutrinários, a partir de revisão bibliográfica e documental e aplicação do raciocínio dedutivo. O principal objetivo é identificar os critérios para a solução da colisão entre direitos fundamentais no contexto do problema objeto da pesquisa, dada a eficácia horizontal de tais direitos. Para tanto, a partir do diálogo das fontes e sob o filtro do controle de convencionalidade, será identificado o arcabouço normativo que ampara os direitos à igualdade e à não-discriminação, que ensejam o direito à imagem e à identidade; e, por outro lado, as prerrogativas consubstanciadas no poder empregatício, como desdobramentos do direito à propriedade e do princípio da livre iniciativa. A hipótese a ser verificada é a de que não se justifica a restrição ao direito à imagem e à identidade visual do empregado além do necessário para a preservação da segurança, da saúde e da higiene na prestação do trabalho, e, a partir dos princípios da razoabilidade, da ponderação e da boa-fé, sopesar os valores e definir sua aplicação no caso concreto.

¹ Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Advogada-sócia do escritório Andrade, Nigri & Dantas Advogados. Professora na Faculdade de Direito Milton Campos.

² Doutor em Teoria do Direito pela PUC/MG. Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra. Professor do curso de Direito e do PPG/ GIT da UNIVALE. Pesquisador do NIESD

³ Advogado. Graduado em Direito pela Univale e em Filosofia pela Unimes. Mestre em Gestão Integrada do Território pela Univale. Professor do Curso de Direito da Univale e pesquisador do OBIT/GIT

Palavras-chave: Direitos da personalidade, Eficácia horizontal dos direitos fundamentais, Discriminação, Diálogo das fontes, Controle de convencionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

Based on the principle of human dignity, the source value of the 1988 Constitution, this research is intended to establish the limits of employment power in situations that imply the imposition of rules that define a standard of dress and aesthetics, considering that the employee preserves his attributes as a person and his distinctive aspects in the context of the employment relationship. The legal-theoretical methodological approach will be used in the research, through the analysis of conceptual, ideological and doctrinal elements, based on a bibliographical and documental review and the application of deductive reasoning. The main objective is to identify the criteria for the solution of the collision between fundamental rights in the context of the problem object of the research, given the horizontal effectiveness of such rights. For this purpose, based on the dialogue between the sources and under the filter of conventionality control, the normative framework that supports the rights to equality and non-discrimination, which give rise to the right to image and identity, will be identified; and, on the other hand, the employment power, as consequences of the right to property and the principle of free enterprise. The hypothesis to be verified is that there is no justification for restricting the image and visual identity of the employee beyond what is necessary for the preservation of safety, health and hygiene in the performance of work, and, based on the principles of reasonableness, weighting and good faith, weighing the values and defining their application in the concrete case.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Personality rights, Horizontal effectiveness of fundamental rights, Discrimination, Font dialog, Conventionality control

Introdução

Contemporaneamente são cada vez mais frequentes os conflitos envolvendo os direitos da personalidade da pessoa trabalhadora no contexto da relação de emprego.

Assim, a partir do princípio da dignidade humana, valor-fonte da Constituição de 1988, marco teórico desta pesquisa, pretende-se estabelecer as balizas limitadoras do poder empregatício em situações que impliquem a imposição de regras que definam um padrão de vestimenta e estético, haja vista que o empregado não se despoja de sua subjetividade, conservando seus atributos de pessoa e os aspectos distintivos dela em qualquer contexto.

Na pesquisa será utilizada a vertente metodológica jurídico-teórica, com análise de elementos conceituais e doutrinários, revisão bibliográfica e documental e raciocínio dedutivo.

O principal objetivo é identificar os critérios para solucionar a colisão de direitos fundamentais no contexto do problema de pesquisa, dada a eficácia horizontal de tais direitos.

Para tanto, a partir do diálogo das fontes e sob o filtro do controle de convencionalidade, será identificado o arcabouço normativo que ampara os direitos à igualdade e à não-discriminação, que ensejam o direito à imagem e à identidade; e, por outro lado, as prerrogativas decorrentes do poder empregatício, correlatas ao direito à propriedade e à livre iniciativa.

A hipótese a ser verificada é a de que não se justifica a restrição ao direito à imagem e à identidade visual do empregado além do necessário para a preservação da segurança, da saúde e da higiene na prestação do trabalho, e, a partir dos princípios da razoabilidade, da ponderação e da boa-fé, sopesar os valores e definir sua aplicação no caso concreto.

1. A discriminação estética sob a perspectiva dos princípios da dignidade humana e da igualdade, pilares dos direitos fundamentais e do diálogo das fontes

A dignidade humana é o pilar da ordem jurídica brasileira, que não se efetiva sem a igualdade, direitos humanos fundamentais na busca pela promoção do bem de todos, sem preconceito ou discriminação e para construir uma sociedade livre, justa, democrática e inclusiva, conforme asseguram os artigos 1º, III e 3º, IV da Constituição de 1988.

Na definição de Ingo Wolfgang Sarlet, sob o enfoque jurídico, dignidade humana é

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos

destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET *apud* BRANCO, 2007, p. 42)

Contemporaneamente, na perspectiva do neoconstitucionalismo, tem-se a abertura das Constituições à força normativa dos princípios, com ênfase para o princípio da dignidade humana, que é um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Tal princípio tem o caráter de valor-fonte, que norteia tanto a elaboração das normas quanto sua interpretação e aplicação ao caso concreto, unificando e centralizando todo o sistema normativo, com especial prioridade, sendo ponto de partida e de chegada.

Além disso, no plano internacional, o princípio da dignidade humana, como valor intrínseco à condição humana, fundamenta o Sistema Internacional dos Direitos Humanos.

No mesmo sentido, as normas que reconhecem direitos humanos trabalhistas têm caráter vinculante⁵, às quais somam-se outros princípios: da vedação ao retrocesso social⁶; da prevalência da norma mais favorável ao ser humano⁷; e da interpretação *Pro Homine*, previsto de forma expressa no art. 19, §8º da Constituição da OIT, que impõe a necessidade de que a interpretação normativa seja feita sempre em prol da proteção dada aos indivíduos.

Além de tais aspectos, contemporaneamente, a leitura do Direito deve ser feita em sua integralidade, mediante o diálogo das fontes⁹, considerando a interação entre o os planos interno e internacional, de forma a "buscar a maior eficácia e harmonia normativa possível entre diferentes interesses presentes na relação jurídica trabalhista" (SOARES, 2016, p. 28); indo além da aplicação de leis, decretos, portarias, utilizando efetivamente a Constituição e as normas internacionais como norma jurídicas. (URIARTE, 2011, p. 134)

Tal possibilidade é evidenciada pelo disposto no art. 5º, §2º, da Constituição de 1988, que prevê que os direitos e garantias nela expressos não excluem os decorrentes tratados internacionais nos quais o Brasil seja parte, o que também se verifica em outras "constituições latino-americanas modernas [que] contêm um dispositivo que amplia enormemente o número de direitos humanos", identificadas como "constituições grávidas" (URIARTE, 2011, p. 137), por conterem dentro delas e por fazerem parte delas, as normas internacionais de direitos humanos. Assim, a aplicação do conteúdo de um tratado é a aplicação da própria Constituição.

5 O que, no ordenamento jurídico brasileiro está evidenciado no disposto nos artigos 4º, II; 5º, §§1º e 2º; 105, III, da Constituição de 1988 e no artigo 11, V, da Lei nº 10.593/2002.

6 Artigos 5º, *caput*, 6º e 7º, *caput*, da Constituição de 1988.

7 Artigo 29, *b*, da Convenção Americana de Direitos Humanos; artigo 5º, item 2, do PDCIP; artigo 5º do PDESC; artigo 60 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

9 Método hermenêutico afeito à teoria geral do direito, com eficiente aplicação na seara dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, considera-se que a dignidade humana e os direitos fundamentais têm uma força expansiva: sugam, se alimentam e se complementam por essas normas internacionais que compõem uma espécie de eixo axiológico que transcende a própria ordem jurídica interna, formando uma espécie de "bloco de constitucionalidade" (URIARTE, 2011, p. 137).

Nesse contexto, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, inclusive os decorrentes da Organização Internacional do Trabalho, são normas supralegais, salvo se ratificados com o procedimento previsto para emendas constitucionais, conforme artigo 5º, § 3º da Constituição de 1988, hipótese em que terão natureza de normas constitucionais.

Além da densificação da ordem jurídica interna, o diálogo com o *jus cogens*¹⁴, normas internacionais e outras fontes, justifica a teoria do controle de convencionalidade, que é meio judicial de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tratados de direitos humanos, seja por via de exceção (controle difuso ou concreto); seja por meio de ação direta (controle concentrado ou abstrato). (MAZZUOLI, 2011, p. 84)

Por tais fundamentos, o rol de direitos humanos dos trabalhadores forma o "pacto social", constituindo uma espécie de mínimo ético irreduzível, constituído na ordem internacional, fortalecido e ampliado pelo sistema regional, conforme as particularidades de cada região, sendo complementados e complementadores do sistema nacional.

Sob tal perspectiva se estabelece a proteção acerca dos direitos humanos fundamentais, como é o caso dos direitos à igualdade e à não-discriminação, sem os quais não se efetiva a dignidade humana, vetor central da matriz constitucional e dos direitos humanos.

A igualdade ou isonomia deve ser entendida e buscada não apenas na perspectiva abstrata de iguais direitos e deveres (dimensão formal), mas também na perspectiva material (dimensão substancial), com a implementação de mecanismos e de ferramentas antidiscriminatórios e a exigência de postura proativa do Estado, inclusive mediante ações afirmativas. A iniciativa privada também deve atuar de forma a implementar medidas inclusivas, com vistas a evitar e a corrigir situações discriminatórias, sob falsas premissas de neutralidade.¹⁶

14 Piovesan (2013, p. 129) explica que a noção de *jus cogens* se refere à existência de "um universo de princípios que apresentam especial força obrigatória", ou seja, à existência de normas peremptórias, com respaldo nos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena.

Portanto, o *jus cogens* constitui Direito imperativo para os Estados, que figura no topo da hierarquia das fontes do Direito Internacional, como uma "supralegalidade internacional", sendo composto por todas as normas peremptórias (Carta das Nações Unidas, Declaração Universal de Direitos do Homem, Pactos Internacionais aprovados pelas Nações Unidas), inclusive princípios e costumes.

16 A discriminação indireta, que se efetiva mediante prática ou critério aparentemente neutro, é objeto do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ (2021) e da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (2013), promulgada pelo Decreto nº 10.932/2022, da qual destaca-se o conceito enunciado no artigo 1º, item 2:

Artigo 1 [...]

Contemporaneamente, desponta a dimensão da igualdade como reconhecimento, que se refere à necessidade de respeitar as diferenças, inclusive as culturais e as formas de viver, em detrimento das pretensões de “integração” das minorias ao grupo social majoritário.

Nesse sentido, o ministro Luís Roberto Barroso (STF, ADC nº 41/DF. Relator: Min. Luís Roberto Barroso), explica acerca da nova compreensão do princípio isonômico:

[...] na questão da igualdade como reconhecimento, ela identifica a igualdade no que se refere ao respeito às minorias e ao tratamento da diferença de uma maneira geral. Assim, igualdade como reconhecimento significa respeitar as pessoas nas suas diferenças, mas procurar aproximá-las, igualando as oportunidades.

O princípio da igualdade tem relação intrínseca com o princípio da não-discriminação, sendo ambos princípios constitucionais, com respaldo no Preâmbulo e nos artigos 1º, III; 3º, I, III e IV; e 5º, *caput* e inciso I, da Constituição de 1988.

Maurício Godinho Delgado (2010, p. 108) explica que discriminação é

a conduta pela qual nega-se à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada. A causa da discriminação reside, muitas vezes, no cru preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma sua característica. (DELGADO, 2010, p. 108)

No âmbito interno, tais princípios inspiraram a elaboração de diplomas normativos como o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015)¹⁸ e o Protocolo do CNJ para Julgamento com Perspectiva de Gênero (2021).

Na seara laboral, também existem normas que estabelecem punições e que vedam a discriminação por motivo de sexo, idade, cor, estado civil, estado de gravidez, deficiência, etnia, nacionalidade e situação familiar para fins de admissão, manutenção do emprego e para pagamento de salários.¹⁹

2. Discriminação racial indireta é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. (grifos nossos).

18 Decorrente da ratificação pelo Brasil, com status de emenda constitucional, da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu respectivo Protocolo Facultativo.

19 **Na Constituição de 1988:**

Art. 5º [...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; [...]

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

Na CLT:

A busca pela efetividade da igualdade substancial e o combate à discriminação são objeto das Convenções nº 100 e 111 da Organização Internacional do Trabalho, ratificadas pelo Brasil, que, pela relevância, compõem o bloco das convenções fundamentais – *core obligations*.

Além disso, no plano internacional de proteção aos direitos humanos, a vedação à discriminação é consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)²⁰, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)²¹, no Pacto de San Jose da Costa Rica (1969)²², no Protocolo de San Salvador (1998)²³, e na Declaração Sociolaboral do Mercosul (2015).²⁴

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. [...]

Art. 391 - Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.

Parágrafo único - Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez. [...]

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

Na Lei n. 9.029/95:

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.

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

20 Artigo 1º.

21 Artigos 1º e 2º.

22 Artigos 1º e 24.

23 Artigo 3º.

24 Artigo 4º.

A busca pela igualdade e a vedação à discriminação também é objeto de outras normas internacionais específicas, tais como: Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1966), Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979), Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (1994)²⁵, Convenção interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência (1999)²⁶, Convenção interamericana contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância (2013), Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (2006).²⁷

Convergem com a diretriz não-discriminatória decorrente desse vasto arcabouço normativo os Princípios de Yogyakarta²⁸, que versam sobre a aplicação da legislação internacional sobre os direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

A busca pela igualdade e o combate à discriminação são imprescindíveis para assegurar trabalho decente, definido pela OIT, em 1999, como: “trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.”²⁹

A valorização social do trabalho também é primordial para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável definidos pelas Nações Unidas na Agenda 2030³⁰, em especial o ODS 5, que visa “Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas” e o ODS 8: “promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos”.

Por outro lado, do princípio da dignidade deriva a inviolabilidade do direito à vida, assegurado no artigo 5º da Constituição de 1988, que também determina que todos são iguais

25 Convenção de Belém do Pará.

26 Convenção da Guatemala.

27 Convenção de Nova Iorque.

28 Os Princípios de Yogyakarta foram apresentados em 2006, na Universidade de Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia. O documento foi elaborado por 29 especialistas, de diferentes nacionalidades, conjuntamente com organizações não governamentais, como tentativa de mapear as experiências de violação de direitos humanos, sofridas por pessoas de diversas orientações sexuais e identidades de gênero, com vistas a levar os Estados a aplicarem os tratados de direitos humanos aos casos relacionados a essa temática (O’FLAHERTY; FISCHER, 2008, p. 232-234).

29 Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm> Acesso em 10/8/2023.

30 “A Agenda 2030 da ONU é um plano global para atingirmos em 2030 um mundo melhor para todos os povos e nações. A Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em Nova York, em setembro de 2015, com a participação de 193 estados membros, estabeleceu 17 objetivos de desenvolvimento sustentável. O compromisso assumido pelos países com a agenda envolve a adoção de medidas ousadas, abrangentes e essenciais para promover o Estado de Direito, os direitos humanos e a responsividade das instituições políticas.” Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/> Acesso em 10/8/2023.

perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e garante a inviolabilidade do direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A garantia à inviolabilidade do direito à vida, por consequência, resulta nos direitos de personalidade: intimidade, vida privada, honra e imagem, que exprimem posições jurídicas protegidas que reportam-se, diretamente à própria pessoa tutelada.

Em tal contexto, a intimidade relaciona-se com privacidade, vida privada, sendo que todas essas expressões convergem por traduzirem a noção de direito a não ser conhecido em certos aspectos pelos demais indivíduos.

De forma mais específica, na esteira dos direitos da personalidade, destacam-se o direito de definir uma identidade visual própria, com estreita relação com a liberdade de expressão e com os direitos distintivos do indivíduo, que englobam, exemplificativamente, direito à privacidade, ao nome, à moral, à liberdade, e à imagem.

A partir dos princípios e direitos fundamentais que constituem o arcabouço normativo em torno do direito fundamental à igualdade e à não discriminação, dos quais decorrem de forma mais específica os direitos à imagem e à identidade, pode-se entender a discriminação a partir da definição estabelecida no artigo 1º da Convenção 111 da OIT:

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 oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

Tal conceito é corroborado pelas definições acerca da discriminação estabelecidas em outros diplomas normativos, dentre os quais destacam-se: Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979)³⁵, Convenção interamericana contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância (2013)³⁶ e Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (2006).³⁷

35 Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

36 Artigo 1º. 1. Discriminação racial é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação racial pode basear-se em raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica.

37. Artigo 2º. [...] "Discriminação por motivo de deficiência" significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável; [...].

A partir de tais parâmetros, compreende-se como discriminação estética toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em aparência pessoal, vinculada ou não a preconceito de raça, cor, gênero, religião, orientação sexual, origem social, cujo propósito ou resultado seja prejudicar ou impossibilitar o reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro, inclusive igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

A discriminação estética pode concretizar-se no contexto da relação de emprego pela não contratação, aplicação de sanções, tratamento diferenciado e dispensa, em decorrência de proibição, restrição ou imposição de corte de cabelo, de penteado ou de encobrimento tatuagens, pelo uso de: barba; maquiagem; piercing; vestimenta; calçado, dentre outras medidas.

Tal diretriz deve ser considerada na análise dos limites à imposição de restrições e exigência relacionados à aparência física da pessoa trabalhadora na relação de emprego.

1.1.Direito à Imagem e à identidade visual e estética

Inserido dentre o rol de direitos da personalidade, o direito à imagem é considerado um direito fundamental, resguardado como cláusula pétrea³⁹ e regulamentado pelo artigo 11 e seguintes do Código Civil de 2002.

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2002, p. 120), o “*direito à imagem é o de não ver sua efígie exposta em público ou mercantilizada sem seu consentimento e o de não ter sua personalidade alterada material ou intelectualmente, causando dano à reputação.*”

O direito à imagem também está intrinsecamente vinculado à identidade visual ou estética, como se percebe na definição de imagem dada por Sergio Cavalieri Filho (199, p. 131): “*conjunto de traços e caracteres que distinguem e individualizam uma pessoa no meio social*”.

Destarte, o direito à imagem incide sobre as características físicas e comportamentais, que individualizam e identificam a pessoa em sua singularidade perante a sociedade.

A singularidade é o que distingue uma pessoa das outras e a torna única. Trata-se de produto da história das condições sociais e materiais do homem, decorrente da forma como ele se relaciona com a natureza e com os demais indivíduos.

Assegurar condições para que a pessoa possa existir e expressar-se em sua singularidade é essencial para o processo de afirmação de sua identidade e de sua personalidade e, conseqüentemente, para a existência plena e digna.

39 Artigos 5º, incisos V, X e XXVIII; e 60, §4º da Constituição de 1988.

Sendo assim, a imposição de uma imagem ou de um padrão estético que negam a diversidade étnico-cultural podem implicar na invisibilização social, no apagamento de sujeitos e na perpetuação de estruturas sociais discriminatórias.

Contemporaneamente, em decorrência da globalização e das inovações tecnológicas, entre outros fatores, foi potencializada a convivência de múltiplos sistemas culturais, ideologias e crenças, sendo assegurado no Estado Democrático de Direito mais do que o respeito às diferenças, mas a inclusão social das minorias sociais, ou seja, a vedação a condutas discriminatórias, inclusive com motivação estética, ensejando discussões no âmbito laboral.

2. Contraponto entre direitos constitucionais do empregado e do empregador e as balizas condicionantes do direito de propriedade e da livre iniciativa no contexto de exercício do poder empregatício: princípios da socialidade e da eticidade

Os direitos fundamentais, apesar de comumente pensados como direitos verticais, oponíveis ao Estado, são amplamente aplicados nas relações privadas, devendo, por óbvio, ser observados e respeitados nas relações de trabalho, sendo esta dinâmica denominada por Canotilho (2003) como *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*.

Portanto, não basta erigir alguns direitos à condição de direitos fundamentais e atribuir-lhes proteção qualificada contra atos abusivos do Estado, sendo também necessária a proteção em relação aos poderes privados, que “*podem oprimir e vulnerar, de modo igualmente absoluto e prejudicial a seus titulares (...) especialmente nas quais uma das partes esteja sujeita a uma situação de inferioridade jurídica, econômica ou social que a torne mais vulnerável em relação à outra parte.*” (PIMENTA; PIMENTA, 2016, p. 234)

A aplicação da concepção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais enseja o reconhecimento de que os direitos e prerrogativas do empregador são limitados para se compatibilizarem com os direitos fundamentais dos empregados.

A Constituição de 1988⁴⁷ garante o direito de propriedade e a livre iniciativa como direitos fundamentais, com vistas ao desenvolvimento empresarial e ao progresso.

No âmbito da relação de emprego, o empregador é sujeito que admite, assalaria e dirige a prestação do serviço pelo empregado⁴⁸, por ser o proprietário dos meios de produção, o que enseja a assunção dos riscos do empreendimento, mas, por outro lado, lhe confere uma série de prerrogativas de direção, regulamentação e fiscalização que compõem o poder empregatício.

47 Nos artigos 5º, XXII e 1º, IV.

48 Nos termos do art. 2º da CLT.

No entanto, a própria Constituição, em abstrato, condiciona o exercício do direito de propriedade e a livre iniciativa aos postulados da dignidade humana, da função social da propriedade (artigos 5º, XXIII e 170, II e III), da valorização social do trabalho (artigo 1º, IV) e aos objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, I e III).

Nessa perspectiva, o exercício da atividade empresária e o empreendimento devem ser vistos para além do viés meramente liberalista, para serem considerados uma construção social e exercidos em consonância com os demais postulados constitucionais destacados.

Destarte, a propriedade e a livre iniciativa são condicionados, criam obrigações e encontram limites no desenvolvimento humano e na justiça social, na perspectiva neoconstitucional, de maneira a constituir um eixo de legalidade de condutas empresariais a balizar também o exercício do poder empregatício.

Tal vertente de interpretação e de aplicação do arcabouço normativo é imprescindível para que o direito possa ser instrumento de transformação social ao invés de reprodutor de uma realidade fática excludente, de maneira que os mandamentos humanistas constitucionais sejam diretrizes programáticas de mudança de estruturas sociais historicamente discriminatórias.

Como explica Mousinho (2010), *“o exercício da propriedade deve ser orientado pelos princípios da equidade, boa-fé e da proporcionalidade, de modo a temperar e conformar a autonomia privada, expectativas sociais e fins sociais do Direito”*.

No mesmo sentido é a principiologia do Código Civil de 2002, que encampa os princípios da socialidade e da eticidade.

O princípio da socialidade revela que a preocupação, que antes era com a pessoa e seu patrimônio, sob perspectiva capitalista, passa a proteger a pessoa antes do patrimônio dela, ou seja, *“o ser”*, evidenciando, também, a preocupação com direitos metaindividuais, difusos e coletivos, estabelecendo o equilíbrio entre os interesses da pessoa e os coletivos.

Além disto, a liberdade de contratar, que sempre esteve sujeita à ordem pública e aos bons costumes, de forma ainda mais efetiva, deve ser entendida como limitada à função social. O objeto do contrato tem que ser bom e útil para os sujeitos envolvidos e para a coletividade, respeitando-se o princípio da dignidade humana, além da atuação leal das partes (eticidade).

Assim, o princípio da boa-fé passa a justificar os deveres e obrigações das partes, sem, no entanto, excluir a função individual do contrato, representando, *“em tese, a equivalência entre as partes e os interesses maiores da sociedade”*. (ARAÚJO, 2006, p. 289)

Dentre as funções da boa-fé, destacam-se: interpretação do contrato; criação de deveres jurídicos; limitação ao exercício de direitos subjetivos (MARTINS-COSTA, 1996, p. 530)

Nesse sentido dispõem os artigos 421 e 422 do Código Civil:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.

Trata-se de norma de ordem pública, como enuncia de forma expressa o parágrafo único do artigo 2.035 do mesmo diploma legal:

Art. 2.035. [...]

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Assim, o contrato não é mero mecanismo para a operacionalização da vontade individual; deve ser instrumento de paz, de desenvolvimento e de eficácia social.

Destarte, a vontade das partes, não é a única fonte da relação contratual, concorrendo com princípios e normas cogentes, impostos pelo ordenamento jurídico. (GOMES, 2015, p. 729)

Tais balizas devem reger as situações de tensionamento por exigência de padrão estético pelo empregador em contraposição ao direito à imagem e à identidade da pessoa trabalhadora.

3. Da discriminação estética na relação de emprego: critérios para balizar a análise de casos concretos

3.1. O direito à imagem e à identidade visual no âmbito da relação de emprego

Como desdobramento do poder empregatício, que permite ao empregador estabelecer e fiscalizar diretrizes para o funcionamento e organização do empreendimento, é prática comum a exigência do uso pelas trabalhadoras e trabalhadores de uniformes e a fixação de um conjunto de regras sobre o que pode ser usado e é aceito dentro do contexto laboral.

O padrão de vestimenta ou *dress code* consiste, portanto, em orientações e restrições sobre o vestuário, acessórios, maquiagem, barba, penteado, tatuagem, e outros aspectos visuais, que podem variar conforme o segmento de atuação o público alvo de cada empreendimento.

A imposição de um padrão de vestimenta e estético pode estar relacionado ao intuito do empregador de buscar eficiência, segurança, a formação e a consolidação de uma cultura organizacional, de uma marca ou de uma identidade empresarial no mercado.

Por outro lado, as restrições de uso de determinadas vestimentas, calçados e acessórios, bem como a exigência de vestimentas específicas e de equipamentos de proteção individual

podem estar relacionados a medidas de higiene, saúde e segurança no meio ambiente laboral, que decorrem do dever do empregador de reduzir os riscos decorrentes do trabalho.

O ponto de maior tensionamento se verifica quando as exigências pelo empregador sobre o tipo de roupa, corte de cabelo, uso de barba, maquiagem, *pierciengs*, tatuagens e outras características inerentes à imagem, estilo e personalidade das trabalhadoras e trabalhadores são desvinculadas de exigências técnicas, de saúde, higiene e segurança no contexto laboral.

Não obstante a nebulosidade em torno da questão, o que se observa na prática é a constante interferência do empregador de forma a restringir direitos da personalidade das trabalhadoras e trabalhadores, negando-lhes a autodeterminação no que se refere à imagem e à identidade visual e estética, a partir de critérios subjetivos, desvinculados das necessidades e exigências da atividade laboral a ser desempenhada, o que constitui extrapolação das prerrogativas inerentes ao poder empregatício, caracterizando-se abuso do direito.⁴⁹

Assim, a conduta do empregador pode se caracterizar como discriminatória, manifestando-se pela proibição injustificada e desproporcional do uso de determinadas vestimentas, calçados e acessórios, tais como turbantes, brincos, *piercings*, dentre outros.

Tais restrições, em inúmeras situações, são estabelecidos sob falso critério de neutralidade, mas são amparados em padrões estereotipados⁵⁰, provenientes do racismo, do machismo, do preconceito que leva à homofobia, ao etarismo, à gordofobia, dentre outros.

Em tais casos proibições e de imposição de padrões de forma abusiva é comum que as trabalhadoras e trabalhadores sofram aplicações de sanções indevidas, retaliação, configurando-se até mesmo situações de assédio moral⁵¹, que possam embasar pretensões das trabalhadoras e dos trabalhadores de declaração de nulidade de tais punições e de despedida indireta⁵².

49 Código Civil: Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

50 “Os estereótipos traduzem visões ou pré-compreensões generalizadas sobre atributos ou características que membros de um determinado grupo têm, ou sobre os papéis que desempenham ou devem desempenhar, pela simples razão de fazerem parte desse grupo em particular, independentemente de suas características individuais.” “Quando um estereótipo confere um atributo a certo grupo, ele opera em sua dimensão descritiva. Quando há a atribuição de um papel ou expectativa, opera em sua dimensão normativa.” MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020. p 44 e 47. In Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Género do CNJ (2021, p. 27).

51 De acordo com a Convenção 190 da OIT:

“Artigo 1º 1. [...] (a) o termo "violência e assédio" no mundo do trabalho refere-se a um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou de suas ameaças, de ocorrência única ou repetida, que visem, causem, ou sejam susceptíveis de causar dano físico, psicológico, sexual ou econômico, e inclui a violência e o assédio com base no género.” Não obstante o Brasil ainda não ter ratificado a referida Convenção, seu conteúdo converge com o bloco de constitucionalidade abordado no item 1 do presente artigo.

52 CLT:

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

Noutros casos, a conduta discriminatória do empregador ao estabelecer de forma abusiva padrão de vestimenta pode ensejar a não contratação de um candidato ao emprego ou, ainda, a dispensa do trabalhador.

Nos casos em que for verificada a discriminação estética, seja na fase pré-contratual ou contratual, a conduta injusta do empregador, negativa de direitos da personalidade, pode ensejar reparação por danos morais causados à trabalhadora ou ao trabalhador, à luz da teoria da responsabilidade civil⁵³, sendo também possível, no caso da dispensa discriminatória, pretender a reintegração no emprego ou indenização, conforme autoriza a Lei nº 9.029/95.

Diante de tais situações que podem ocorrer no contexto da relação de emprego, é imprescindível que existam critérios para definir, no caso concreto, os limites ao poder empregatício e assim identificar se as restrições e exigências acerca de padrão de vestimenta e estético são válidos ou se constituem práticas discriminatórias.

Para tanto, os direitos e garantias devem ser sopesados a partir da combinação dos princípios da eticidade e sociabilidade com os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, com vistas a solucionar a colisão no caso concreto.

3.2. Critérios de relacionamento entre o poder empregatício e o direito à imagem e à identidade visual no âmbito da relação de emprego para balizar a análise de casos concretos

A ordem jurídica é constituída por normas: princípios e regras, que constituem “dispositivos gerais, abstratos, impessoais, aplicáveis *ad futurum* e dotados de coercitividade a regular a sociedade, segundo certo prisma de valores.” (DELGADO, 2006, p. 108)

Américo Plá Rodriguez (2000, p. 38), explica que “todos os princípios devem ter alguma conexão, ilação ou harmonia entre si, já que em sua totalidade perfilam a fisionomia característica de um ramo autônomo do direito, que deve ter sua unidade e coesão internas.”

A função normativa concorrente dos princípios permite que sejam considerados como “comandos abstratos, genéricos e impessoais, dotados de coercitividade e capazes de regular qualquer caso concreto.” (DELGADO, 2006, p. 108)

a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; [...]

d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; [...].

53 Código Civil: Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (...), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Assim, em caso de colisão de direitos, o princípio da proporcionalidade é instrumento de extrema importância para alcançar a justiça em casos concretos, atuando não apenas no âmbito judicial como também “*em qualquer relação de poder, como diretriz fixadora de limitações ao exercício desse poder e suas prerrogativas*”. (DELGADO, 2004, p. 46)

Conjugado com esse, se aplica o princípio da razoabilidade, que “impõe limites a situações em que a lei não consegue prevê-los de forma muito rígida, dadas as inúmeras circunstâncias que podem surgir no caso objeto da apreciação.” (BARROS, 2007, p.186)

A razoabilidade e a proporcionalidade caminham juntas, pois “não há, utilizada a lógica do direito, como ser proporcional sem ser razoável”, sendo a proporcionalidade “expressão da igualdade, na medida em que somente se possibilita tratar desigualmente os desiguais, na proporção de sua desigualdade, esta nada mais seria do que a razoabilidade do direito. (CORREIA; MAIOR, 2007, p. 116-117)

Ana Paula Taceuda Branco explica que o critério da proporcionalidade se compõe de três fases distintas⁵⁷, enumerando-as da seguinte forma:

- 1) *adequação*: ao analisar as possibilidades fáticas que envolvem dada colisão, não deve haver desvio da real finalidade da cada um dos princípios em exame;
- 2) *necessidade*: em seguida, propõe que se indague se o meio escolhido era o único possível e existente para que fosse solucionado o problema, bem como se o meio empregado foi mais benéfico e menos restritivo ao indivíduo.
- 3) *proporcionalidade*: por fim, em permanecendo a colisão, ela há de ser resolvida através de duas “leis de ponderação”, sendo que:
 - 3.1) a *1ª lei de ponderação* é atinente à relação “custo-benefício” entre a escolha por um Princípio em detrimento do outro e as conseqüências jurídicas que tal resolução irá acarretar, diagnosticando-se qual é a mais razoavelmente importante para o caso concreto;
 - 3.2) a *2ª lei de ponderação* é baseada na análise da dimensão de intervenção num Direito Fundamental que, quanto maior for, maior também deverão ser os fundamentos que justificam a adoção de dada medida para a resolução da Colisão. (BRANCO, 2007, p. 90)

A partir do subprincípio da necessidade deve-se ter como premissa para a análise do caso concreto que a restrição relativa a um direito fundamental somente deve ocorrer quando necessária para harmonizar-se e coexistir com outro direito ou garantia fundamental que, sopesado, também deva prevalecer. Ademais, se necessária a restrição sobre o exercício ou gozo de um direito fundamental, tal medida deve se dar a partir de meios menos gravosos possíveis, colocando-os em zona de menor colisão.

Portanto, a razoabilidade, ao lado dos princípios constitucionais, deve pautar a interpretação evolutiva do operador do direito, no sentido de permitir a “*reinvenção do direito*”

57 Entendimento também sustentado por BARROS, 2007, p. 174.

para os fatos cotidianos”, ou seja, a adequação do direito aos movimentos da sociedade. (CORREIA E MAIOR, 2007, p. 119)

Diante das situações que possam implicar na colisão de direitos fundamentais assegurados aos empregadores e às trabalhadoras e trabalhadores os princípios são de suma importância para a análise e solução de casos concretos, pois em situações envolvendo a imposição de padrão de vestimenta e estético, há fundamentos que podem levar ao reconhecimento da regularidade da conduta do empregador, mas, noutras situações, elementos que evidenciam o abuso do direito.

Sob a perspectiva do empregador, a determinação de um padrão de vestimenta e de apresentação, inclusive a exigência de boa aparência (relacionada a cuidados de higiene pessoal), de forma genérica, em princípio, se revela como regular desdobramento das prerrogativas decorrentes do poder empregatício, não implicando, por si só, em afronta aos direitos da personalidade das trabalhadoras e trabalhadores nem em conduta discriminatória.

Nesse sentido decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região:

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, daí porque é razoável admitir que não fique inteiramente ao talante dos empregados a forma de se vestir, de se portar, de se apresentar, enfim, no seu ambiente de trabalho, sendo lícito à empregadora regular a atividade laboral neste sentido, exigindo de seus empregados determinados padrões. 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 [...] grifos nossos
Desembargadora Relatora Maria das Graças Oliva Boness. Processo nº 0073200-78.2008.5.05.0007 - ACP, 4ª Turma do TRT da 5ª Região

Com efeito, sob a alegação de que as imposições de vestimenta reforçam a imagem da empresa e inserem na rotina dos trabalhadores valores e conceitos, alguns empregadores desrespeitam os limites decorrentes da aplicação dos juízos de ponderação e de razoabilidade.

Sob tal perspectiva, o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Alexandre Agra Belmonte (2016), explica que a liberdade pode sofrer restrições na relação empregatícia, desde que se considerados três critérios: a necessidade da regra imposta, a adequação desta e a proporção em que ela é imposta, o que também se aplica aos direitos da personalidade.

A partir de tal direcionamento, verifica-se que o ambiente de trabalho, as condições em que o trabalho é realizado e o ramo da atividade desenvolvida interferem na avaliação acerca dos limites ao poder empregatício no que se refere à exigência de padrão de vestimenta.

No entanto, em diversos casos, constata-se que a restrição a direitos fundamentais do trabalhador é fixada com base na simples vontade do empregador, sendo as imposições quanto à vestimenta e forma de apresentação desprovidas de respaldo objetivo razoável e necessário, situações que têm sido reprimidas pela Justiça do Trabalho brasileira.⁵⁸

No que tange ao uso de barba, a 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais⁵⁹, acolheu a insurgência de um porteiro que não concordou com a imposição empresarial que exigia que ele retirasse o cavanhaque que usava há pelo menos 17 anos, sob o fundamento de que *“não é justificável que, para exercer a função de porteiro da biblioteca da Universidade, o empregado seja proibido de usar cavanhaque.”*

Situação frequente é a de discriminação por gênero relacionada à imposição de um padrão de vestimenta que delimita o que é permitido e proibido para homens e mulheres.⁶⁰

Dentro desse espectro, em 2019, o Tribunal Superior do Trabalho⁶¹ considerou ilícita a conduta empresária que não permitia a utilização de indumentária feminina por um operador de cobranças no *call center*, que se apresentou à empresa como homossexual e travesti. O empregador impedia que o empregado utilizasse vestimenta feminina, apesar da autoidentificação como mulher, em evidente conduta discriminatória por orientação sexual.

A decisão reconheceu o direito à indenização por dano moral, por afronta à dignidade humana e aos direitos da personalidade da pessoa trabalhadora.

Noutro caso, em Poá, São Paulo, uma caixa de um supermercado conseguiu reverter sua dispensa por justa causa⁶², aplicada depois de ter sido suspensa do trabalho três vezes pelo uso de piercing no nariz e por ter continuado usando o adorno.

Em sentido contrário, a 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região⁶³, manteve justa causa aplicada a empregada de padaria que se recusou a retirar piercing no nariz.

O diferencial que ensejou o entendimento acerca da razoabilidade da imposição patronal foi o tipo de trabalho realizado pela trabalhadora, que manipulava alimentos. A Resolução 216/2014 da ANVISA dispõe que os manipuladores de alimentos, não podem portar usar

58 Interpretação também consolidada no Enunciado nº 21 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pela ANAMATRA, em 2017.

59 No processo n. 0001419-13.2012.5.03.0071.

60 Discussão semelhante ocorreu na mídia internacional, a partir do caso envolvendo a britânica Nicola Thorp, de 27 anos, contratada em regime temporário como recepcionista pela multinacional PwC. A trabalhadora foi dispensada por ter se recusado a atender a exigência de uso de sapatos com salto de "5 a 10 centímetros" de altura, sob o fundamento de que os funcionários masculinos não tinham obrigações equivalentes. (BBC, 2016)

61 AIRR 1312- 29.2016.5.06.0011. Relª Minª Dora Maria da Costa, 8ª T., DEJT 20.09.2019.

62 No processo n. 2300-66.2008.5.02.0391.

63 No processo n. 6100-09.2009.5.04.0231.

adornos e maquiagem ao realizar as atividades, o que legitimava a exigência da empregadora de não uso do *piercing* naquele caso.

A partir das situações exemplificativamente apresentadas, verifica-se que a atuação do empregador seja flexível e inclusiva, de forma a respeitar a diversidade para convivência harmônica com os direitos da personalidade da pessoa trabalhadora, sob a perspectiva da função social da propriedade e do contrato, conforme ditames dos princípios da eticidade, da razoabilidade e da ponderação, e sem que se configure abuso do direito e conduta discriminatória, à luz do eixo axiológico que estabelece o mínimo ético irreduzível a partir do bloco de constitucionalidade decorrente do diálogo das fontes.

Assim, as exigências estéticas baseadas simplesmente na vontade do empregador ou aspectos subjetivos, não assentadas em critério de razoabilidade violam os direitos da personalidade do empregado, pois geram efeitos além da relação laboral, na esfera privada do indivíduo e consistem em discriminação estética, tendo em vista que a construção da imagem física é direito fundamental de toda pessoa trabalhadora.⁶⁴

O poder empregatício não pode invadir e restringir a esfera da individualidade do empregado, salvo por motivos relevantes e razoáveis ou quando forem aptas a proporcionar a maior qualidade e aptidão na prestação de serviço em prol do empregador.

Na mesma linha, restrições que estejam intimamente ligadas à segurança e higiene, decorrendo da própria obrigação do empregador de buscar preservar a saúde de seus empregados e dos consumidores, a exemplo da comum vedação do uso de barba pelos trabalhadores em setores de produção alimentícia, a princípio, não ensejam discussão acerca da violação dos direitos à imagem e à identidade visual e estética do empregado.

Com efeito, as restrições de uso de determinadas vestimentas, calçados e acessórios, bem como a exigência de vestimentas específicas e de equipamentos de proteção individual quando relacionadas a medidas de higiene, saúde e segurança no meio ambiente laboral decorrem do dever do empregador de reduzir os riscos decorrentes do trabalho⁶⁵, não sendo derogáveis pela vontade das partes no contexto da relação de emprego.

Ainda que as exigências estéticas por parte do empregador tenham respaldo em tais fundamentos, a restrição dos direitos da pessoa trabalhadora deve se dar a partir de meios menos gravosos possíveis, colocando-os em zona de menor colisão.

64 Nesse sentido são os fundamentos adotados pelo TST no Processo: ARR - 343-45.2015.5.07.0003. Órgão Judicante: 2ª Turma - Relatora: Maria Helena Mallmann - Julgamento: 10/12/2021 - Publicação: 17/12/2021.
65 Conforme art. 7º, XXII, 200, VIII, 225, da CF/88; art. 158 da CLT; e Convenções 155 e 187 da OIT.

4. Considerações finais

No contexto da relação de emprego verificam-se situações de colisão de direitos fundamentais que, com respaldo no direito à propriedade e no princípio da livre iniciativa, asseguram ao empregador prerrogativas para estabelecer padrão de vestimenta e de aparência, em contraposição ao direito à imagem e à identidade visual da pessoa trabalhadora, decorrentes dos princípios da dignidade humana, da igualdade e da não discriminação.

A análise de tais situações deve se dar a partir da matriz axiológica decorrente da Constituição de 1988, que tem o princípio da dignidade humana como valor-fonte e que viabiliza o diálogo das fontes e a densificação do arcabouço normativo pertinente e à igualdade e à não discriminação pelo bloco de constitucionalidade, com aplicação das normas que constituem o Sistema Internacional dos Direitos Humanos, sob a diretriz da interpretação e aplicação *pro homine* dos direitos humanos.

A partir de tais premissas e diante das inúmeras situações de tensionamento possíveis, é imprescindível estabelecer critérios, dadas as funções normativas dos princípios, para o sopesamento dos valores e solução de casos concretos.

Destarte, em geral, considera-se regular o exercício do poder empregatício no sentido de buscar promover uma imagem corporativa que represente a cultura da empresa, de maneira a criar um senso de identidade profissional.

Contudo, as imposições devem estar relacionadas à atividade e suas necessidades, para a maior qualidade na realização do trabalho ou para atender regras de higiene, saúde e segurança.

Por outro lado, as prerrogativas decorrentes de tal poder dever ser exercidas de forma flexível e inclusiva, sendo sopesadas para respeitar a diversidade e conviver em harmonia com os direitos da personalidade da pessoa trabalhadora, sob a perspectiva da função social da propriedade e do contrato, conforme ditames dos princípios da eticidade, da razoabilidade e da ponderação, e sem que se configure abuso do direito e conduta discriminatória.

Ademais, a perspectiva de análise da questão é de que na sociedade multicultural deve-se buscar mais do que conviver e respeitar as diferenças e individualidades. Deve-se buscar acomodar as diferenças e, portanto, contribuir, ativamente, para a inclusão social das minorias, tendo o trabalho, papel fundamental em tal contexto.

Impor ao empregado o mero despojamento de sua imagem e identidade visual é usurpar-lhe a subjetividade e negar eficácia aos direitos da personalidade, em sentido oposto ao da concretização dos princípios da valorização social do trabalho e da dignidade humana.

5. Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. In NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (coordenadores). **Revista de Direito Privado**. Ano 7. n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais. jul-set de 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª Edição. São Paulo: LTr, 2010.

BBC. **Britânica é suspensa do trabalho por se recusar a usar salto alto e gera debate sobre sexismo**. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/geral/2016/05/160512_salto_alto_polemica_fn. Acesso dia 09/07/2016 as 10:28.

BELMONTE, Alexandre Agra. **A tutela das liberdades nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 02/07/2023.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Processo n. 0073200-78.2008.5.05.0007**, Relatora: Desembargadora Graça Boness. Data de julgamento: 06.07.2011, 4ª Turma. Data de publicação: DEJT 07.07.2011.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo n. 0001419-13.2012.5.03.0071**, Juiz Luiz Carlos Araújo. Data de julgamento: 20/09/2013. Data de publicação: DEJT 23/10/2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Malheiros, 1999.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; MAIOR, Jorge Luiz Souto. O que é Direito Social? In: Curso de Direito do Trabalho. v. I: **Teoria geral do Direito do Trabalho**. Marcus Orione Gonçalves Correia (organizadores). São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria geral do direito civil**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Thaissa Garcia. Princípios contratuais. **Revista dos Tribunais**. Coord. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. Ano 94, vol. 838, agosto de 2015, p. 723-744.

MAZZUOLI, Valério. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **Sistema e cláusula geral - a boa-fé objetiva no processo obrigacional**. São Paulo: USP, 1996.

MOUSINHO, Ileana Neiva. Saúde do trabalhador: direito fundamental e sua eficácia horizontal em face das empresas. consequências práticas. In: **Revista do Ministério Público do Trabalho**. São Paulo: LTr. 2010, p. 13-37

O'FLAHERTY, Michael; FISCHER, John. Sexual orientation, gender identity and International Human Rights Law: contextualising the Yogyakarta Principles. **Human Rights Law Review**, Oxford, v. 8, n. 2, p. 207-248, Jan. 2008

ONU BRASIL. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil. Nações Unidas Brasil. 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 10 ago. 2023.

PIMENTA, José Roberto Freire; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. Proibição, pelo empregador, de relacionamentos amorosos entre empregados e limites ao exercício do poder empregatício: a eficácia horizontal dos direitos fundamentais à intimidade, vida privada, liberdade e dignidade da pessoa humana. In VIANA, Márcio Túlio; ROCHA, Cláudio Janotti da. (coordenadores) **Como aplicar a CLT à luz da Constituição: alternativas para os que militam no for trabalhista**. São Paulo: LTr, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero [recurso eletrônico] / Conselho Nacional de Justiça. — Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Dados eletrônicos (1 arquivo: PDF 132 páginas). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br> e www.enfam.jus.br

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SOARES, Flaviana Rampazo. Interloquções entre Direitos Humanos e Direito do Trabalho e a necessária proteção à dignidade da pessoa do trabalhador. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos Humanos dos Trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2016.

URIARTE, Oscar Ermida. Aplicação judicial das normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos trabalhistas. **Rev. TST**, Brasília, vol. 77, nº 2, abr/jun 2011. p. 133-145.