

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

RACHEL CASTELLO AON MOYSÉS

**A CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE TATUAGEM COMO
CRITÉRIO DESQUALIFICANTE NAS SELEÇÕES DOS
TRABALHADORES: DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA OU
LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO DO EMPREGADOR?**

VITÓRIA
2019

RACHEL CASTELLO AON MOYSÉS

**A CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE TATUAGEM COMO
CRITÉRIO DESQUALIFICANTE NAS SELEÇÕES DOS
TRABALHADORES: DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA OU
LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO DO EMPREGADOR?**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação
em Direito da Faculdade de Direito de Vitória –
FDV, como requisito para obtenção do título de
bacharela em Direito.

Orientadora: Prof^a. Mestre Francisca Jeane Pereira
da Silva Martins.

VITÓRIA

2019

RACHEL CASTELLO AON MOYSÉS

**A CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE TATUAGEM COMO
CRITÉRIO DESQUALIFICANTE NAS SELEÇÕES DOS
TRABALHADORES: DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA OU
LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO DO EMPREGADOR?**

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para obtenção do título de bacharela em Direito.

Aprovada em ____, de _____, de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof^a. Mestra Francisca Jeane
Pereira da Silva Martins
Faculdade de Direito de Vitória
Orientadora

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	04
1 LIBERDADE DE CONTRATAR E OS LIMITES IMPOSTOS PELA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	07
1.1 A AUTONOMIA PRIVADA E A LIBERDADE DE CONTRATAR	07
1.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITADORES DA LIBERDADE DE CONTRATAR	10
2 O USO DE TATUAGEM COMO CRITÉRIO PARA A NÃO CONTRATAÇÃO DO TRABALHADOR: (IN) VALIDADE	15
2.1 A TATUAGEM: UM POUCO DA HISTÓRIA	18
2.2 ANÁLISE DE DECISÕES DOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS: O USO DE TATUAGEM COMO CRITÉRIO DESQUALIFICANTE NAS SELEÇÕES DE NOVOS EMPREGADOS	20
3 RESPONSABILIDADE NA FASE PRÉ-CONTRATUAL DIANTE DE CONDUTAS PATRONAIS DISCRIMINATÓRIAS	24
3.1 A BOA-FÉ OBJETIVA NA FASE PRÉ-CONTRATUAL	24
3.2 RESPONSABILIDADE PATRONAL POR CONDUTAS DISCRIMINATÓRIAS NO PROCESSO SELETIVO	26
CONSIDERAÇÕES FINAIS	29
REFERÊNCIAS	31

INTRODUÇÃO

A beleza assumiu desmedida importância na sociedade e nas relações pessoais e trabalhistas. Assim, a “boa aparência” é cobrada não só no ambiente informal, mas, muitas vezes, no ambiente de trabalho.¹

Desse modo, torna-se imprescindível a discussão se há ou não uma discriminação por estética em entrevistas de emprego ou no momento da promoção a cargos mais elevados, por não estarem em conformidade com os paradigmas de beleza atual.² Dentre as discriminações por beleza está o uso de tatuagem, piercing, queimaduras, cicatrizes, cor e idade.

O presente trabalho preocupou-se em averiguar se, de forma subjetiva ou de forma objetiva, como a menção em editais de contratação ou no regulamento de empresa, o uso de tatuagem como critério para a não contratação do trabalhador seria um comportamento patronal discriminatório.

Primordial se faz esclarecer que é considerado discriminação estética desinente do uso de tatuagem quando a utilização da mesma não interferir na natureza da atividade econômica exercida, em outras palavras, quando a tatuagem não prejudicar o desenvolvimento das ações específicas da ocupação profissional.³

Décadas atrás, a capacidade intelectual era aparentemente mais procurada do que em tempos hodiernos, haja vista que o contexto histórico cultural, no mundo moderno, é muito atrelado a estereótipos. Dessa forma, um empregado que se apresente esteticamente melhor que outro, mas tenha uma menor capacidade intelectual, muitas vezes é contratado.⁴

¹ NASCIMENTO, G; NUNES, R. A discriminação estética na relação de emprego decorrente do uso de vestimentas religiosas e os limites ao poder de direção do empregador. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 2, n. 39, p. 26-53, 2015, p. 56.

² NASCIMENTO, G; NUNES, R. A discriminação estética na relação de emprego decorrente do uso de vestimentas religiosas e os limites ao poder de direção do empregador. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 2, n. 39, p. 26-53, 2015, p. 56.

³ COUTINHO, Aldacy. **Discriminação Estética no Trabalho**. In: Carta Forense, 2007. Disponível em: <<http://www.apesp.org.br/Imprensa/newlette01-10-07.htm>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

⁴ NASCIMENTO, G; NUNES, R. **A discriminação estética na relação de emprego decorrente do uso de vestimentas religiosas e os limites ao poder de direção do empregador**. p. 70.

O empregador deve enxergar o possível empregado, não apenas como um candidato a uma vaga de emprego ou um meio para majoração de lucro, mas como um indivíduo ímpar, detentor de direitos, que segundo Kant, não pode ser enxergado como fim para algo, mas como um fim em si mesmo.⁵

A enunciada questão torna-se nebulosa ao ponto que a discussão toca a duas linhas que versam sob diferentes perspectivas. A primeira, disserta acerca da autonomia privada, onde o empregador teria a livre iniciativa a seu favor para escolhas acerca das atividades laborais oferecidas. Já a segunda, defende o tratamento isonômico e não discriminatório, que pode inclusive estar velado sob um discurso de autonomia privada.

Nessa linha, os princípios da isonomia e da não discriminação nas relações de trabalho tentam dismantelar estereótipos e preconceitos que são basilares para a discriminação, além de frear possíveis condutas discriminatórias do empregador.

Ao se tratar de colisões de direitos fundamentais, a conclusão nunca será unívoca, vez que os princípios apresentam uma orientação a ser seguida, mas não afirmam até onde ir, como se apresenta o caso da livre iniciativa quando defrontado com a isonomia e a não discriminação.

Nessa esteira, torna-se nevrálgico o questionamento: o uso de tatuagem como critério desqualificante nas seleções de novos empregados enquadra-se como típica manifestação do princípio da autonomia privada ou pode ser considerado conduta patronal violadora do princípio constitucional da não discriminação quando seu uso não é pertinente para a natureza do labor?

A fim de responder tal questionamento, primeiramente serão analisados os limites impostos pela ordem constitucional brasileira acerca da contratação do empregado pelo empregador, ponderando a autonomia privada e liberdade de contratação com os direitos fundamentais limitadores das mesmas.

⁵ RIBEIRO, Bruno Quiquinato. **A dignidade da pessoa humana em Immanuel Kant**. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/dignidade-da-pessoa-humana-em-immanuel-kant>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

A seguir, haverá uma reflexão no que tange, especificamente, ao uso de tatuagem como critério desqualificante nas seleções de novos empregados e sua possível invalidade, por meio de análise de decisões dos Tribunais Trabalhistas pátrios.

Por fim, caso a conduta patronal da não contratação pelo uso de tatuagem seja considerada violadora ao princípio constitucional da não discriminação e da isonomia, buscar-se-á uma forma para possível responsabilização patronal quando a boa-fé objetiva for lesada na fase pré-contratual.

1 LIBERDADE DE CONTRATAR E OS LIMITES IMPOSTOS PELA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Duas perspectivas devem ser analisadas quando se estuda se há, ou não, discriminação estética no uso de tatuagem quando o empregador estabelece em editais para seleção de novos empregados que não contratará os candidatos tatuados: i) o respeito à liberdade de contratar do empregador e ii) o respeito aos direitos de personalidade do trabalhador.

De forma sucinta, liberdade de contratar é o poder que o empregador detém para decidir se irá contratar ou não um trabalhador. Já os direitos fundamentais do trabalhador se posicionam como limites a tal conduta patrona, vez que esta não é absoluta.

1.1 A AUTONOMIA PRIVADA E A LIBERDADE DE CONTRATAR

A relação de emprego nem sempre foi regida pelo Direito do Trabalho. Antes do nascimento desse ramo especializado, essa especial relação de trabalho estava sujeita às regras do Direito Civil. No entanto, em consequência ao capitalismo desenfreado sob influência do liberalismo, modificou-se o cenário da legislação para orientar a relação de emprego.

Na aludida época, vigorava a ideia liberal de que a liberdade de contratação era exercida com equilíbrio e autonomia entre os empregadores e empregados. Nessa linha, devido a extrema valorização de direitos como a liberdade, propriedade e igualdade, o Estado só intervinha na defesa desses valores específicos, não resguardando os direitos que eram violados na relação empregatícia.

Dessa forma e em virtude da substituição da mão de obra pelas máquinas, muitos obreiros ficaram desempregados e as escassas vagas de emprego eram extremamente desejadas. Assim, vez que não havia regulação entre os donos das fábricas e os obreiros, os empregadores contratavam o empregado que mais gerasse

lucro, ou seja, que trabalhasse por mais horas em piores condições de trabalho, ocasionando, portanto, a exploração da força de trabalho.

Nessa esteira, vislumbra-se, aqui, o ponto de início do aparecimento das primeiras leis dispersas acerca das relações de emprego, surgindo, assim, o Direito do Trabalho. Por intermédio desse novo ramo do Direito, o Estado passa a intervir e garantir condições mínimas de trabalho aos empregados, a fim de proteger juridicamente quem, do ponto de vista fático, era desigual.

Hodiernamente, as normas trabalhistas encontram-se dispostas na Consolidação das Leis Trabalhistas. Por se tratar de Consolidação, o legislador apenas cumoulou as esparsas leis que tratavam da temática. Dessa forma, não houve uma construção lógica no que tange ao Direito do Trabalho material.

A fim de colmatar possíveis lacunas, o legislador afirmou no artigo 8º, § 1º da Consolidação das Leis Trabalhistas que na falta de disposições contratuais ou legais, o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, ou seja, caso o tema não seja abordado pela CLT, o Direito Civil será aplicado, como ocorre no caso da autonomia da vontade.

Estritamente ligado à autonomia da vontade, está a liberdade de contratar, em que as partes estão livres para selecionar com quem pretendem firmar um contrato. Portanto, o empregador usufrui da autonomia para escolher seu corpo de trabalhadores. O Código Civil de 2002 assegura a liberdade de contratar, principalmente no artigo 421, quando garante a necessidade de observar os limites da função social do contratado para que a liberdade de contratar seja adotada.

Entretanto, há de se constatar que tal liberdade não é absoluta. De acordo com os artigos 113, 422 e 765 do Código Civil de 2002, todos os contratos devem ser firmados em observância ao princípio da boa fé objetiva. Esse princípio está intimamente relacionado com os direitos das obrigações, sendo considerado uma regra de conduta nos dias atuais, vez que os indivíduos devem agir conforme padrões sociais de integridade, honestidade, respeito e dignidade. O princípio tem como objetivo apurar

os atos das partes da relação jurídica e age de boa fé o indivíduo que tem um comportamento “leal, ético, ou se havia justificativa amparada no direito”⁶.

A discriminação realizada pelo empregador no momento da seleção do trabalhador vai de encontro com o princípio da boa-fé objetiva, vez que a segregação citada se baseia em um critério que não influencia no exercício da atividade laboral desenvolvida no cargo.

De acordo com a Organização Internacional de Trabalho (OIT), por sua Convenção nº 111, discriminação significa “distinção, exclusão ou preferência que tenha por feito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão”⁷.

Nessa esteira, a Constituição brasileira de 1998 assegura em seu artigo 3º, inciso IV, a proibição de qualquer tipo de discriminação, alegando que todos são iguais perante a lei (art. 5º, CF/88). Há artigos mais específicos, como o 7º, incisos XXX e XXXI, que proíbem a diferença salarial para trabalhadores que desenvolvem a mesma função e contratação baseada em sexo, idade, cor, estado civil ou portador de deficiência.

Nessa linha, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), que surgiu para garantir os direitos do trabalhador e dissertar sobre suas necessidades, afirma no art. 5º e 461 que não haverá diferença salarial quando idênticas a função por discriminação por sexo, nacionalidade e idade. Além disso, o art. 373-A proíbe considerar sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez um empecilho para a admissão ou permanência no emprego, de forma a se caracterizar práticas discriminatórias.

⁶ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito**. 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C111: Discriminação em matéria de emprego e ocupação**. Brasília, 1966. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 18 mar. 2019.

1.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITADORES DA LIBERDADE DE CONTRATAR

Os direitos fundamentais são basilares para a vida humana e garantem o direito à vida, à segurança, à educação, ao trabalho e à liberdade, entre outros, estando visceralmente ligados à dignidade da pessoa humana. De acordo com George Marmelstein, o conceito de direitos fundamentais está relacionado a cinco elementos, quais sejam: norma jurídica, dignidade humana, Constituição, limitação de poder e democracia. Dessa forma,

Se determinada norma jurídica tiver ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana ou com a limitação do poder e for reconhecida pela Constituição de um Estado Democrático de Direito como merecedora de uma proteção especial, é bastante provável que se esteja diante de um direito fundamental.⁸

O conceito defendido por Marmelstein remete para as características dos direitos fundamentais, são elas: positividade, inexauribilidade, indivisibilidade, universalidade, historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e relatividade. Insta salientar que, devido ao amplo rol de características de direitos fundamentais, foram selecionados algumas consideradas mais significativas para o presente estudo.

Primeiramente, a positividade dos direitos fundamentais está relacionada com as normas jurídicas, ou seja, é positivado quando há um reconhecimento da matéria pelo ordenamento jurídico. Para o acréscimo de um direito fundamental na Constituição, faz-se necessário que um legislador por meio de decisão voluntária disserte sobre o tema e acrescente no rol dos direitos fundamentais. Desse modo, tais direitos são inexauríveis, vez que sempre podem ser expandidos, ampliados e a qualquer momento surgir a necessidade de novos direitos fundamentais.

A terceira característica é a indivisibilidade. Os direitos fundamentais são interdependentes, desse modo, ainda que os direitos sejam criados em épocas distintas, não é possível fazer uma separação dos mesmos. Todos os indivíduos têm todos os direitos fundamentais garantidos.

⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18.

A universalidade dos direitos fundamentais é dividida em duas partes. A primeira é a universalidade geográfica que garante a pretensão de que os direitos sejam adotados por todos os povos. Ressalte-se que tal característica é dificultada, uma vez que em certos países há uma forte influência de religiões que não pregam alguns desses direitos fundamentais. Já a universalidade moral visa uniformizar os valores de uma comunidade.

A historicidade é caracterizada pela influência do período histórico e do local de criação de cada direito fundamental, assim como são modificados devido as transformações da sociedade e de suas necessidades.

Inalienabilidade significa dizer que os direitos fundamentais não são de conteúdo econômico-patrimonial, ou seja, são intransferíveis e inegociáveis. O direito de propriedade, de forma exemplificativa, aparece como exceção a essa característica, uma vez que pode ser vendido, doado ou alugado.⁹

Os direitos fundamentais são imprescritíveis, vez que sempre serão exercíveis ou exercidos. Sendo assim, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição. Porém, existem exceções, como o direito a propriedade, que pode sofrer a prescrição, tendo em vista que pode ser usucapido.¹⁰

A última característica tratada no presente estudo é a relatividade. Os direitos fundamentais, embora de extrema importância, não são absolutos. “Em caso de tensão entre eles cabe o sobrepesamento de um sobre o outro para que se decida daquele mais adequado”¹¹.

⁹ FERREIRA, Ivan Kech. **Indisponibilidade dos direitos fundamentais**: análise a partir das garantias. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/indisponibilidade-dos-direitos-fundamentais-analise-a-partir-das-garantias/>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

¹⁰ FERREIRA, Ivan Kech. **Indisponibilidade dos direitos fundamentais**: análise a partir das garantias. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/indisponibilidade-dos-direitos-fundamentais-analise-a-partir-das-garantias/>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

¹¹ LOPES, Lorena Duarte Santos. **Colisão de Direitos Fundamentais**: visão do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em: 20 mar. 2019.

Vale salientar que a Constituição brasileira de 1988 foi considerada um símbolo jurídico da passagem para a democracia, e uma das Constituições mais avançadas sobre o prisma de direitos fundamentais, uma vez que foram constatadas novidades relevantes, incluindo a expressiva extensão do rol de direitos fundamentais¹².

De acordo com José Gomes Canotilho,

A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante um controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos”.¹³

Desse modo, os direitos fundamentais, mesmo resguardados na Constituição da República de 1988, não são considerados um privilégio concedido pelo Estado. São inerentes à pessoa humana, visto que todos os indivíduos já nascem com seus direitos fundamentais garantidos. Nesse sentido, o aplicador do direito deve tratá-los como normas jurídicas vinculativas.

Constata-se a relevância dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 ao perceber que o tema está garantido desde o preâmbulo e possui um Título exclusivo para a matéria, além de haver diversos artigos no decorrer da Carta Magna. Ademais, de acordo com o art. 5º da Constituição de 1988, os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e são considerados cláusulas pétreas pelo art. 60, § 4º, IV da Constituição.

Não há dúvida de que os direitos fundamentais, de acordo com a teoria da eficácia vertical, são mecanismos de proteção dos direitos individuais em face do Estado. Assim, a utilização do princípio da isonomia em concursos públicos não é de grande contestação.¹⁴

¹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16. ed. rev, ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 95 e 96.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378.

¹⁴ MEDEIROS, Leandro Peixoto. **Direitos fundamentais e autonomia privada nas relações particulares**: limites e pressupostos. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12334>. Acesso em: 21 mar. 2019.

A questão se torna nebulosa a partir do momento em que não mais apenas o Estado suprime os direitos fundamentais do indivíduo, o próprio indivíduo oprime os direitos fundamentais de seus iguais. Destarte, “surgiu a necessidade de se estender a eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, a fim de que se protegesse o homem de sua própria prepotência”¹⁵, criando-se, assim, a teoria da eficácia horizontal.

No Brasil, de acordo com os doutrinadores e as jurisprudências majoritárias, a eficácia horizontal segue a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, isto é, “não só o Estado como também os atores privados estão vinculados à Constituição”¹⁶, não sendo necessário legislação que verse sobre a aplicação dos direitos fundamentais no campo privado.

O presente trabalho limitou o objeto de estudo na colisão entre dois princípios, quais sejam: os direitos fundamentais e a liberdade de contratar. Torna-se necessário construir uma barreira limitadora entre a liberdade do empregador em selecionar o trabalhador e a discriminação que o indivíduo pode sofrer no momento da contratação.

A situação sobreposta é de extrema dificuldade, vez que há um embate entre dois princípios resguardados pela Constituição Federal. Para isso, é necessário obter critérios que tenham a finalidade de solucionar tal conflito.

De acordo com Leandro Peixoto,

quanto maior a disponibilidade do bem objeto do acordo, maior será a tendência à aplicação da autonomia privada. Em contrapartida, quanto menor a disponibilidade do bem, maior será o campo de atuação dos direitos fundamentais, tendo em vista que, sendo de difícil disponibilidade, o objeto do pacto tende a fazer parte de uma ordem objetiva de valores de difícil mitigação.¹⁷

¹⁵ MEDEIROS, Leandro Peixoto. **Direitos fundamentais e autonomia privada nas relações particulares**: limites e pressupostos. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12334>. Acesso em: 21 mar. 2019.

¹⁶ MEDEIROS, Leandro Peixoto. **Direitos fundamentais e autonomia privada nas relações particulares**: limites e pressupostos. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12334>. Acesso em: 21 mar. 2019.

¹⁷ MEDEIROS, Leandro Peixoto. **Direitos fundamentais e autonomia privada nas relações particulares**: limites e pressupostos. Disponível em:

O autor utiliza como critério de solução do conflito a disponibilidade do bem discutido e o princípio da razoabilidade. Dessa forma, os limites à liberdade de contratar não são fixos, em cada caso concreto à luz do juízo de razoabilidade e da disponibilidade do bem decidirá qual irá prevalecer.

2 O USO DE TATUAGEM COMO CRITÉRIO PARA A NÃO CONTRATAÇÃO DO TRABALHADOR: (IN) VALIDADE

Ao passo que a Constituição assegura a livre contratação, não deixa de enaltecer os valores do trabalho humano e os direitos fundamentais do trabalhador, vez que nas relações de emprego há uma disparidade entre o poder de barganha do empregador e do empregado.

À vista disso, o Direito do Trabalho nasce com a finalidade de tutela do hipossuficiente, igualando juridicamente quem, do ponto de vista fático, não é igual. Para tanto, o Estado intervém impondo regras que devem ser cumpridas, além de uma construção principiológica justamente para, no mundo jurídico, igualar os desiguais.

A função primordial do Direito do Trabalho, portanto, é proteger o trabalhador, inclusive não o deixando ser discriminado. Diante disso, e das constantes atualizações do direito trabalhista, a não discriminação alcançou o patamar de princípio, surgindo, assim, o princípio da não discriminação ou princípio da antidiscriminação.¹⁸

Nessa esteira, Carlos Henrique Bezerra Leite afirma que o princípio da proibição da discriminação se subdivide em outros três princípios previstos no art. 7º da Constituição Federal, quais sejam: princípio da proibição de diferença salarial, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, disposto no art. 7º, XXX; princípio da proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência, previsto no art. 7º, XXXI, e princípio da proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre profissionais respectivos, na forma do art. 7º, XXXII.¹⁹

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017, p. 904.

¹⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018, p. 97.

O Princípio da Não Discriminação nas relações de trabalho pretende distanciar todas as práticas negativas no âmbito das relações de trabalho²⁰, sendo considerado uma barreira à discriminação.

Godinho Delgado afirma que o aludido princípio posiciona-se como “a diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante.”²¹ Seguindo essa linha, o princípio da não discriminação garante um mínimo de proteção, no que tange a uma desqualificação injusta, ao empregado.

Vale ressaltar, como bem expõe Maurício Delgado, que o princípio da não discriminação, embora parecido, não é sinônimo do princípio da isonomia, vez que o primeiro busca especificamente a repreensão de uma “conduta que se considera gravemente censurável”, garantindo, assim, “um piso de civilidade que se considera mínimo para a convivência entre as pessoas.”. Enquanto o princípio da isonomia, vai além de garantir um mínimo, buscando efetivamente igualizar as relações.²²

Em outras palavras, enquanto o princípio da não discriminação versa sobre um tipo específico de igualdade, o princípio da isonomia é abrangente e aborda igualdade em geral. Dessa forma, ambos os Princípios atestam que os indivíduos são iguais e devem ser tratados igualmente, sem qualquer tipo de discriminação, visando desmantelar estereótipos e preconceitos que são basilares para a discriminação.

Segundo Nelson Nery Junior “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”²³. De acordo com o artigo 5º, caput, não poderá haver distinção de qualquer natureza. Sobre isso, Maurício Marca ratifica que

O juízo de igualdade está invariavelmente vinculado a comparação de pessoas, coisas ou fatos. A comparação pressupõe a existência de no

²⁰ COSTA, Mônica Oliveira da. **Princípio da não discriminação nas relações de trabalho**. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17548/principio-da-nao-discriminacao-nas-relacoes-de-trabalho>>. Acesso em: 5 abr. 2019.

²¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017, p. 904.

²² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017, p. 905.

²³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

mínimo duas pessoas. O juízo de igualdade faz-se com base em algum ou alguns elementos destacados dos entes comparados entre si.²⁴

Marca destaca que deve ser eleito um critério para que uma pessoa seja comparada a outra. Neste trabalho o critério de relação que será analisado é a tatuagem no mercado de trabalho. Dessa forma, percebe-se que no momento em que um trabalhador é selecionado em detrimento de outro, considerando o critério da tatuagem, nota-se um caso que fere a igualdade entre os empregados.

Sobre essa temática, Aldacy Rachid Coutinho afirma que

[...] discriminar por razões estéticas é preterir ou ofertar diferentes oportunidades a pessoas a partir de suas características pessoais e que não têm pertinência necessária com o desenvolvimento de atividades próprias do trabalho a ser prestado.²⁵

Coutinho assegura que toda e qualquer discriminação por fatores estéticos se enquadram no conceito da Organização Internacional do Trabalho, inclusive, a discriminação por uso de tatuagem.

Primordial se faz esclarecer que é considerado discriminação estética desinente do uso de tatuagem quando o uso da mesma não interferir na natureza da atividade econômica exercida, em outras palavras, quando a tatuagem não prejudicar o desenvolvimento das ações específicas da ocupação profissional.²⁶

Frisa-se, aqui, que não há uma norma específica para a proibição da discriminação estética desinente do uso de tatuagem no momento da seleção do trabalhador. Há apenas um Projeto de Lei, de nº 1582 de 2007,²⁷ que considera discriminatória a conduta de empregadores que não contratam, somente por esse motivo, pessoas portadoras de tatuagem e piercing”. O aludido Projeto alterará a Lei 9.029/1995, que

²⁴ MARCA, Maurício Machado. A aplicação do princípio da igualdade às relações de trabalho como limitador a autonomia privada à luz da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, n. 7, p. 806, 2008.

²⁵ COUTINHO, Aldacy. **Discriminação Estética no Trabalho**. In: Carta Forense, 2007. Disponível em: <<http://www.apesp.org.br/Imprensa/newlette01-10-07.htm>>. Acessado em 20 maio 2017.

²⁶ COUTINHO, Aldacy. **Discriminação Estética no Trabalho**. In: Carta Forense, 2007. Disponível em: <<http://www.apesp.org.br/Imprensa/newlette01-10-07.htm>>. Acessado em 20 maio 2017.

²⁷ BRASIL. **Projeto de Lei nº 1582, 2007**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=359567>>. Acesso em: 6 abr. 2017.

veda práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

Ademais, essa discriminação pode ser observada em qualquer fase do contrato de trabalho, desde a pré-contratual, seguida pela fase executória, até a pós-contratual. O presente estudo visa a análise da discriminação estética desinente do uso de tatuagem na fase pré-contratual, qual seja, o momento da seleção dos trabalhadores para o cargo.

2.1 A TATUAGEM: UM POUCO DA HISTÓRIA

A exata origem da tatuagem é um mistério. Os estudos e tecnologias hodiernas ainda não conseguiram decifrar há quantos anos a cultura da gravação na pele surgiu.

De acordo com Ross Thorne a tatuagem é tão antiga quanto os seres humanos e antigamente simbolizava proteção, fé e força de guerreiro²⁸. Ademais, Raspa e Cusack afirmam que

a prática da ornamentação da pele é um hábito tão antigo quanto a civilização, tendo sido encontrada em múmias do período entre 2000 e 4000 a.C. Não se sabe ao certo sua origem. Alguns autores acreditam que ela possa ter surgido em várias partes do globo, de forma independente; outros creem que ela tenha sido difundida pelo mundo com as grandes navegações dos países europeus.²⁹

A temática acerca da tatuagem fora abordada inclusive na Bíblia, no Levítico 19:28. “Pelos mortos não ferireis a vossa carne; nem fareis marca nenhuma sobre vós. Eu sou o Senhor”³⁰. Dessa forma, de acordo com Levítico, considera-se pecado tatuar o próprio corpo. Percebe-se, aqui, a extrema influência que a tatuagem possui na religiosidade.

²⁸ THORNE, Ross. **Blood and Ink: The Art of the Tattoo**. Nova Iorque: Running Press, 2011.

²⁹ DESIDÉRIO, Karly Pedatela. **A tatuagem e o seu contexto patrimonial**. Disponível em <<https://www.cienciassociais.ufg.br/up/106/o/tcc-karly-museologia2016.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2019, p. 18.

³⁰ A BÍBLIA. **A repetição de diversas leis**. rev. e atual. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1988. p. 115. Velho Testamento e Novo Testamento.

Vale ressaltar que a tatuagem tem inúmeros significados e esses mudam de acordo com os povos. Para os Astecas, Maias e Incas, a gravação na pele indicavam *status* social. Enquanto para os Vikings significavam marcas de guerra. Já para a Tribo Tupinambá, no Brasil, as tatuagens eram utilizadas em rituais antropofágicos e marcavam a passagem de idade.³¹

Dessa forma, pode-se constatar a transformação dos significados da tatuagem com o passar dos anos para cada grupo social. Ademais, não apenas os significados evoluíram, mas, também, a forma de fazer a marcação, tanto a tinta como a ferramenta. Já utilizou-se tinta do jenipapo com fuligem de carvão e a técnica consistia em “pressionar manualmente contra a pele uma longa haste de bambu ou de marfim, com agulhas de aço dispostas em fileiras isoladas ou amontoadas.”³²

Constata-se que a cultura da tatuagem está entrelaçada na sociedade hodierna. Por instância, em 2016, o enredo da escola de samba Rosa de Ouro foi *Arte à Flor da Pele. A Minha História vai Marcar Você*. Em sua sinopse, descreve a evolução histórica da tatuagem e a importância da mesma.

Memória da pele! Tatuagem, obra de arte viva, e atemporal tanto quanto a vida. Traçado delineado outrora pelos dentes animais, pelas lascas e pontas das pedras que marcaram os nômades, Neandertais. (...) Criando suas cicatrizes sobre a pele e nela os reflexos dos pigmentos demonstram orgulho, força, proteção, amuleto, amor, transe espiritual, devoção, vaidade, sexo. Sob o corpo as marcas sedutoras, refletem no olhar do outro sua mensagem sem som e sem palavras! (...) Onipresente, floresceu em todos os continentes, do norte, ao sul, leste e oeste, esboçando a vida de povos antigos, cravados na derme! Historicamente a tatuagem revela hábitos e costumes (...), produzindo sentido de identificação (...), “identidade da pele”. Objeto de contemplação! (...) também foi marca do medo, de infâmia, criminalidade... Preconceito! (...) Hoje se desenha arte. O maior órgão do corpo humano é a tela do artista, que nela imortaliza sua obra-prima, seu talento divino!³³

³¹ DESIDÉRIO, Karly Pedatela. **A tatuagem e o seu contexto patrimonial**. Disponível em <<https://www.cienciassociais.ufg.br/up/106/o/tcc-karly-museologia2016.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2019, p. 22.

³² DESIDÉRIO, Karly Pedatela. **A tatuagem e o seu contexto patrimonial**. Disponível em <<https://www.cienciassociais.ufg.br/up/106/o/tcc-karly-museologia2016.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2019, p. 37.

³³ CONFIRA a sinopse do enredo da Rosas de Ouro sobre a tatuagem. 2015. Disponível em: <<http://www.srzd.com/carnaval/confira-a-sinopse-do-enredo-da-rosas-de-ouro-sobre-a-tatuagem/>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

Conclui-se, portanto, que vislumbra-se como de extrema valia a discussão acerca da tatuagem em tempos hodiernos, visto que marca contextos históricos e formas sociais distintas. Resta-se comprovado pela abordagem da temática em diversas esferas, como na Bíblia e no samba-enredo, além de músicas e artes em geral.

2.2 ANÁLISE DE DECISÕES DOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS: O USO DE TATUAGEM COMO CRITÉRIO DESQUALIFICANTE NAS SELEÇÕES DE NOVOS EMPREGADOS

As jurisprudências sobre tatuagem no mercado de trabalho ainda são altamente divididas. Enquanto alguns juízes entendem que a não contratação por tatuagem é considerado discriminação estética, outros preferem afirmar que é apenas a liberdade da conduta patronal.

Analisando um caso concreto, do processo número 01496-2005-054-01-00-8, julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, é possível perceber que os desembargadores da 4ª Turma desse tribunal entenderam por unanimidade que a conduta patronal de não contratação de uma mulher com tatuagem não é reprovável. Com base nisso, consideraram que inexistente dano moral a ser reparado.

Trazendo as informações contidas no processo, para melhor compreensão, da decisão, importante apontar os argumentos trazidos pela trabalhadora Reclamante:

A obreira afirma que foi submetida a várias entrevistas e a tatuagem estava à vista das reclamadas; que a tatuagem não seria obstáculo para a prestação de serviços; e que sua capacidade profissional foi abalada, pois sofreu constrangimento e humilhação perante outras pessoas.³⁴

Seguindo essa linha, a autora ainda explica que foi admitida para exercer função de trainee de gerente por meio de contrato temporário de trabalho. Para seu contrato ser

³⁴RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). **Recurso ordinário nº 01496-2005-054-01-00-8**. 4ª Turma. Relator, CÉSAR MARQUES CARVALHO. Rio de Janeiro. Diário de Justiça do Estado, 4 jul. 2006. Disponível em: <<http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/17588/01496000820055010054%2302-08-2006.pdf?sequence=1&isAllowed=y&themepath=PortalTRT1/>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

efetivado, a autora se submeteu a etapas do processo seletivo, durante as quais sua pequena tatuagem no pescoço permanecia à mostra.

Em seu primeiro dia de trabalho, o gerente da loja ré informou à trabalhadora que ela estava despedida, vez que ninguém teria notado, ao longo do processo seletivo, a sua pequena tatuagem no pescoço. Dessa forma, a autora, após ter sofrido prática discriminatória, com a finalidade de “compensar o prejuízo sofrido”, pleiteou uma indenização por danos morais na quantia de dez mil reais.

Os desembargadores da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região alegaram que,

Embora seja compreensível a fragilidade com que a autora encarou o ato demissional, todavia, legalmente, inexistente qualquer irregularidade na dispensa da empregada. Ao contrário, tal ato decorre do direito potestativo do empregador, desde que cumpridas as exigências legais decorrentes da dispensa.³⁵

Constata-se na decisão supracitada que o princípio da liberdade de contratar prevaleceu perante os direitos fundamentais da autora. Embora considerada como liberdade de contratar do empregador pelos desembargadores da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, a decisão, na realidade, caracteriza-se como discriminatória, vez que a trabalhadora, ao conseguir êxitos em todas as etapas do processo seletivo, comprovou que preenchia os requisitos técnicos para a ocupar o cargo.

Posicionamento contrário enxergaremos na decisão prolatada pelo Juiz Raimundo de Oliveira Neto da Vara do Trabalho de Iguatu – CE, no processo número 0000691-91.2015.5.07.0026. Nesse caso, o Juiz condenou a empresa a pagar indenização por danos morais no montante de quatro mil reais por afirmar que a conduta discriminatória por tatuagem atingiu a honra e a intimidade do autor.

³⁵ RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). **Recurso ordinário nº 01496-2005-054-01-00-8**. 4ª Turma. Relator, CÉSAR MARQUES CARVALHO. Rio de Janeiro. Diário de Justiça do Estado, 4 jul. 2006. Disponível em: <<http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/17588/01496000820055010054%2302-08-2006.pdf?sequence=1&isAllowed=y&themepath=PortalTRT1/>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

O autor pleiteava uma vaga em um *pet shop* para a função de transportar os animais de casa para o *pet shop* e vice-versa. Porém, o dono do estabelecimento afirmou que vários clientes já haviam reclamado de trabalhadores tatuados e confessou, no momento da seleção, que tatuagem é “coisa de vagabundo e de presidiário”, e por isso não poderia o contratar.

Dessa forma, ao decidir, o Juiz concluiu que

A postura da empresa atingiu a imagem e a honra do trabalhador ao preterilo pelo simples fato de usar tatuagem, marca de opção pessoal, de foro íntimo, do que não cabe qualquer juízo depreciativo. (...) o comportamento da empresa se mostra dissonante aos princípios da boa-fé contratual, que abrange também as tratativas, entrevistas, processo seletivo etc.³⁶

Conforme o Juiz, a conduta do empregador foi discriminatória, uma vez que o autor cumpria todos os elementos para a contratação.

Fundamental elucidar que em algumas atividades econômicas, por sua natureza, a não contratação em função de o trabalhador fazer uso de barba, piercing ou outros adereços, não significa discriminação. Assim decidiu a 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro, no processo número 0006100-09.2009.5.04.0231, em que

a reclamada é uma padaria e a reclamante trabalhava como balconista, exercendo a função de atender a clientela e manipular alimentos. A empresa argumentou que a Resolução nº 216/2004 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA dispõe que os manipuladores de alimentos, quando realizando suas atividades, não podem portar adornos, a exemplo dos *piercings*, nem maquiagens. Com base nessa norma, a empresa advertiu a funcionária três vezes por escrito e, na ausência de uma postura diferenciada, a puniu com suspensão. A prova documental demonstrou que a funcionária foi cientificada dos termos do Regulamento Interno da Empresa sobre o cumprimento de normas de higiene e saúde relacionadas à atividade desenvolvida, mas, mesmo com as ações punitivas, não se adequou às regras.³⁷

³⁶ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO CEARÁ. **Candidato a emprego que foi recusado por ter tatuagem ganha indenização por dano moral.** 2015. Disponível em: <http://www.trt7.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2745:candidato-a-emprego-que-foi-recusado-por-ter-tatuagem-ganha-indenizacao-por-dano-moral&catid=152&Itemid=302>. Acesso em: 15 abr. 2019.

³⁷ COSTA, Jamille Coutinho. **O belo e o feio:** os fatores de discrimen no mercado de trabalho brasileiro. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-belo-e-o-feio-os-fatores-de-discrimen-no-mercado-de-trabalho-brasileiro,56356.html>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Desse modo, a conduta da empregada não se fundamenta, uma vez que pela natureza da atividade econômica que exercia, configura-se como imprescindível que os adornos fossem retirados em horário de trabalho.

Conclui-se, portanto, que no caso concreto vislumbra-se discriminação por tatuagem quando derivada de motivos meramente estéticos, não quando há um real motivo que interfira na natureza da atividade econômica exercida.

3 RESPONSABILIDADE NA FASE PRÉ-CONTRATUAL DIANTE DE CONTUDAS PATRONAIS DISCRIMINATÓRIAS

Os contratos, por serem frutos de pactos de vontade entre as partes, vinculam desde seu momento de formação. Entretanto, com a evolução do direito dos contratos, surge a necessidade de responsabilizar certas condutas nas fases pré-contratuais, isto é, em momentos antes do contrato ser firmado.

Nos tópicos a seguir demonstraremos que o empregador pode estabelecer regras para a seleção dos seus empregados, desde que respeite diretrizes, como, o princípio da boa-fé objetiva seguido da não discriminação. Caso despreze os princípios que regem sua atuação, poderá sofrer sanções previstas na Ordem Jurídica Brasileira, como o dever de indenizar os danos causados ao trabalhador pela conduta abusiva.

3.1 A BOA-FÉ OBJETIVA NA FASE PRÉ-CONTRATUAL

A boa-fé objetiva, explicitada no tópico 1.1 deste estudo, deve ser observada durante todas as fases do contrato, desde a fase pré-contratual, seguida pela fase executória, até a fase pós-contratual, conforme exigência do artigo 422 do Código Civil. O presente estudo tem enfoque na fase pré-contratual, que se divide em três momentos: negociação, proposta e aceitação.

Na tese da culpa *in contrahendo*, a boa-fé objetiva caracteriza-se como o ponto central da teoria. Deve haver um equilíbrio entre a liberdade patronal e a responsabilidade sobre “legítimas expectativas de confiança depositadas parte a parte”³⁸. Desse modo, surgem três deveres de conduta da boa-fé objetiva que não podem ser descumpridos

- (a) deveres laterais de informação, a fim de que sejam comunicadas todas as circunstâncias relevantes para a conclusão do contrato. O dever de esclarecimento completa a teoria de vícios do consentimento, pois a pertinência da informação é a garantia de um razoável equilíbrio contratual;
- (b) deveres de proteção, para que os pré-contratantes zelem mutuamente pela tutela da integridade psicofísica e proteção do patrimônio do *alter*;
- (c) deveres de cooperação – intercedem no sentido de prestigiar a honestidade,

³⁸ FARIAS, C; ROSENVALD, N; BRAGA NETTO, F. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 102.

diligencia e lealdade de parte a parte, acentuando a colaboração no sentido de preservar a confiança depositada no outro.³⁹

A fim de constatar a responsabilidade pré-contratual na fase da tratativa, é imprescindível que cinco requisitos sejam observados, quais sejam: a) desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva e à dignidade humana; b) deve haver um consentimento no começo das tratativas; c) ruptura sem justa causa das tratativas; d) detectar um prejuízo; e) haver nexos causal entre o rompimento das tratativas e o dano.⁴⁰ O presente estudo se atenta ao primeiro requisito.

A boa-fé objetiva na responsabilidade pré-contratual é desrespeitada quando há uma ruptura da tratativa, sem justa causa, em que uma das partes tenha gerado à outra uma expectativa legítima de confiança sobre o firmamento do contrato. A título de exemplo há o caso explicitado no tópico 2.1 do presente estudo, em que uma trabalhadora participou e foi aprovada em todo o processo seletivo, gerando uma legítima expectativa que seria contratada. No entanto, no momento em que perceberam a pequena tatuagem que tinha no pescoço, avisaram-na que, por esse motivo, não atendia aos requisitos da loja, rompendo as tratativas de forma abrupta e por ato discriminatório, sendo assim, sem justa causa.

O Código Civil de 2002 inovou ao dissertar sobre a boa-fé objetiva como cláusula geral, afirmando em seu artigo 422 que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Porém, deixou a desejar quando não garantiu, de forma expressa, a boa-fé objetiva nas fases pré e pós contratual.

Nessa esteira, para que se possa exigir dos contratantes um comportamento probó tanto na fase das tratativas quanto no momento em que o contrato já esteja extinto, importante interpretar o artigo 422 do Código Civil de forma sistemática e teleológica.

³⁹ FARIAS, C; ROSENVALD, N; BRAGA NETTO, F. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 102.

⁴⁰ SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. A boa-fé objetiva nas fases contratuais. **Revista Justitia**: revista eletrônica do Ministério Público de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/7zz15z.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

A interpretação sistemática afirma que é preciso analisar a norma como um todo unitário, ou seja, se se preza por transparência em concurso público é preciso que o processo de contratação em uma empresa privada seja de igual forma feito com lisura.

A interpretação teleológica considera a finalidade da norma, isto é, qual foi a intenção do legislador quando dispôs sobre a mesma. No caso em tela, o legislador ao afirmar que os princípios da probidade e da boa-fé devem ser observados na conclusão do contrato e em sua execução, não teve como finalidade garantir que os princípios não sejam nortes para as outras fases, como a pré e pós contratual.

Por fim, conclui-se que o empregador pode estabelecer regras e diretrizes para o processo seletivo de sua empresa privada. Entretanto, é imprescindível que siga os deveres anexos impostos pelo princípio da boa-fé objetiva e que a discriminação não faça parte dos requisitos para a contratação, nem de forma expressa, como em edital, nem de forma subjetiva.

3.2 RESPONSABILIDADE PATRONAL POR CONDUTAS DISCRIMINATÓRIAS NO PROCESSO SELETIVO

O empregador nem sempre atua de forma coerente com o princípio da boa-fé objetiva, explicitado no tópico anterior. Caso comporte-se de forma abusiva, em desrespeito ao referido princípio, no momento da seleção dos trabalhadores, sanções devem ser aplicadas, para que tais condutas não violem os direitos do trabalhador.

No momento contratual, quando o empregador age de má-fé e não contrata um empregado por motivos discriminatórios, há consequências jurídicas. A Lei 9.029 de 1995, caracteriza-se como um sistema normativo protetivo aos trabalhadores, essa veda, entre outras condutas, práticas discriminatórias na admissão e para promoção no ambiente de trabalho. Afirma em seu artigo primeiro que

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.⁴¹ (GRIFO NOSSO)

Observa-se que, para efeito de contratação, todas as condutas consideradas discriminatórias são proibidas pela lei. Não vislumbra-se como necessário, portanto, diante da impossibilidade do legislador de prever todas as práticas possíveis, que a discriminação estética desinente do uso de tatuagem esteja expressa para ser garantida aos trabalhadores. Dessa forma, conclui-se que o rol de condutas discriminatórias presente na lei é exemplificativo, e não taxativo.

A Lei 9.029/95 assegura que quando ocorre “rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório” haverá um ressarcimento pelo dano moral e, além disso, a reintegração ou a indenização dobrada para o empregado discriminado. Entretanto, a lei proíbe, mas não garante sanções aos empregadores que praticam atos discriminatórios no momento da admissão.

Dessa forma, de modo análogo, Otavio Amaral Calvet⁴² sustenta a tese de que se o trabalhador não for admitido por ato discriminatório, além de ser indenizado, deve ser integrado, tal tese é denominada “Direito à Integração”. Para Calvet, a simples indenização não repara o dano por inteiro, deve haver uma integração, vez que essa se caracterizaria como a reparação específica contra o ato ilícito discriminatório.

A indenização proposta por Calvet é composta por danos morais e materiais. Aquele se define apenas pelo ato preconceituoso sofrido, não há dúvidas de que a própria situação de negar emprego a alguém baseado em discriminação afeta os valores da personalidade humana. Enquanto os danos materiais, é formado pelo dano emergente e lucro cessante, o primeiro pela perda do trabalho por ato ilícito e o segundo por todos os gastos do trabalhador para estar presente na seleção e ser desclassificado indevidamente.

⁴¹ BRASIL. LEI Nº 9.029, DE 13 DE ABRIL DE 1995. **Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.** Brasília, abr. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM> . Acesso em: 16 abr. 2019.

⁴² CALVET, Otavio Amaral. Discriminação na Admissão: Direito à Integração. **Revista eletrônica mensal do Curso de Direito da faculdade UNIFACS.** Salvador, n. 84, maio 2007. Disponível em: <www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_maio2007/convidados/con4.doc>. Acesso em: 16 abr. 2019.

Conclui-se, portanto, que torna-se nevrálgico a punição por duas formas da conduta patronal discriminatória desinente do uso de tatuagem pelo trabalhador, quais sejam: pela indenização pecuniária e pela integração do trabalhador na empresa privada do empregador discriminador. Apenas desse modo, a reparação do dano sofrido seria específica contra o ato ilícito patronal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como finalidade a análise se o uso de tatuagem como critério desqualificante nas seleções dos trabalhadores enquadra-se como discriminação estética ou considera-se liberdade de contratar.

Diante disso, o tema é nebuloso por tocar em duas linhas que versam sob diferentes perspectivas, vez que de um lado vislumbra-se a liberdade de contratar do empregador, enquanto de outro encontra-se o tratamento isonômico e não discriminatório do trabalhador.

A liberdade de contratar, velada sob a perspectiva da autonomia privada, garante que o empregador está livre para selecionar com quem pretende firmar contrato de trabalho. No entanto, tal poder garantido ao empregador não é absoluto.

Para restringir o abuso de poder do empregador constatou-se que, os direitos fundamentais, a partir da aplicação da teoria da eficácia horizontal, são considerados como limites à liberdade de contratar. Entretanto, os limites não são fixos, é preciso observar o caso concreto tendo como principal base o juízo de razoabilidade.

O Direito do Trabalho com a finalidade de tutela do hipossuficiente intervém construindo principiologicamente barreiras a fim de igualar juridicamente quem é considerado desigual no mundo fático.

Dessa forma, foram analisados o princípio da não discriminação nas relações de trabalho, o princípio da isonomia e, por fim, a boa fé objetiva no momento da tratativa.

O princípio da não discriminação nas relações de trabalho foi considerado uma limitação direta à desqualificação injusta, garantindo um mínimo de proteção ao futuro obreiro. Enquanto, o princípio da isonomia busca de fato igualizar as relações, não apenas garantir um mínimo de proteção.

O princípio da boa fé objetiva é desrespeitado quando a tratativa que ensejou uma expectativa legítima de confiança sobre o firmamento do contrato é rompida de maneira injustificada.

Após a análise de jurisprudências, demonstrou-se que há divergências quanto à temática em apreço. Isso porque há juízes que afirmam que não contratar trabalhador com tatuagem é apenas o exercício regular do direito à liberdade de contratação assegurado pela ordem jurídica ao empregador. De outra parte, vislumbram-se juízes que, ao decidirem, garantem ser conduta patronal discriminatória não admitir empregados tatuados, quando tais marcas não prejudicarem o desenvolvimento da ocupação profissional.

Diante de todo o estudo realizado, constatou-se que há discriminação estética desinente do uso de tatuagem pelo empregado quando este não é contratado somente por esse motivo.

Nessa esteira, quando o empregador age infringindo o princípio da boa fé objetiva e o da não discriminação, há consequências jurídicas descritas na Lei nº 9.029 de 1995. Tal Lei assegura o ressarcimento do dano e a reintegração ou indenização dobrada para o empregado discriminado.

No entanto, foi observado que a referida Lei não garante sanções aos empregadores que praticam atos discriminatórios no momento da tratativa, apenas durante a relação de emprego. De forma análoga, sustentou-se o “Direito de Integração”, que consiste em integrar o trabalhador que não for admitido por ato discriminatório, além da simples indenização.

Concluiu-se, portanto, a extrema necessidade de punição do empregador que pratica tal ato patronal inválido, abusivo e discriminatório no momento da seleção do empregado. Tanto pelo meio tradicional, que configura-se como a indenização, quanto pela integração do discriminado pelo empregador.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA. **A repetição de diversas leis**. rev. e atual. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1988. p. 115. Velho Testamento e Novo Testamento.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF.

BRASIL. LEI Nº 9.029, DE 13 DE ABRIL DE 1995. **Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências**. Brasília, abr. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM> . Acesso em: 16 abr. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1582, 2007**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=359567>>. Acesso em: 6 abr. 2019.

CALVET, Otavio Amaral. Discriminação na Admissão: Direito à Integração. **Revista eletrônica mensal do Curso de Direito da faculdade UNIFACS**. Salvador, n. 84, maio 2007. Disponível em: <www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_maio2007/convidados/con4.doc>. Acesso em: 16 abr. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378.

CONFIRA a sinopse do enredo da Rosas de Ouro sobre a tatuagem. 2015. Disponível em: <<http://www.srzd.com/carnaval/confira-a-sinopse-do-enredo-da-rosas-de-ouro-sobre-a-tatuagem/>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

COSTA, Jamille Coutinho. **O belo e o feio: os fatores de discrimen no mercado de trabalho brasileiro**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-belo-e-o-feio-os-fatores-de-discrimen-no-mercado-de-trabalho-brasileiro,56356.html>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

COSTA, Mônica Oliveira da. **Princípio da não discriminação nas relações de trabalho**. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17548/principio-da-nao-discriminacao-nas-relacoes-de-trabalho>>. Acesso em: 5 abr. 2019.

COUTINHO, Aldacy. **Discriminação Estética no Trabalho**. In: Carta Forense, 2007. Disponível em: <<http://www.apesp.org.br/Imprensa/newlette01-10-07.htm>>.

Acesso em: 18 mar. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

DESIDÉRIO, Karly Pedatela. **A tatuagem e o seu contexto patrimonial**. Disponível em: <<https://www.cienciassociais.ufg.br/up/106/o/tcc-karly-museologia2016.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

FARIAS, C; ROSENVALD, N; BRAGA NETTO, F. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 102.

FERREIRA, Ivan Kech. **Indisponibilidade dos direitos fundamentais: análise a partir das garantias**. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/indisponibilidade-dos-direitos-fundamentais-analise-a-partir-das-garantias/>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018, p. 97.

LOPES, Lorena Duarte Santos. **Colisão de Direitos Fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em: 20 mar. 2019.

MARCA, Maurício Machado. A aplicação do princípio da igualdade às relações de trabalho como limitador a autonomia privada à luz da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, n. 7, p. 806, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18.

MEDEIROS, Leandro Peixoto. **Direitos fundamentais e autonomia privada nas relações particulares: limites e pressupostos**. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12334>. Acesso em: 21 mar. 2019.

NASCIMENTO, G; NUNES, R. A discriminação estética na relação de emprego decorrente do uso de vestimentas religiosas e os limites ao poder de direção do empregador. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 2, n. 39, p. 54-87, 2015, p. 56, p. 70.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C111: Discriminação em matéria de emprego e ocupação**. Brasília, 1966. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 18 mar. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16. ed. rev, ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 95 e 96.

RIBEIRO, Bruno Quiquinato. **A dignidade da pessoa humana em Immanuel Kant**. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portaI/conteudo/dignidade-da-pessoa-humana-em-immanuel-kant>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). **Recurso ordinário nº 01496-2005-054-01-00-8**. 4º Turma. Relator, CÉSAR MARQUES CARVALHO. Rio de Janeiro. Diário de Justiça do Estado, 4 jul. 2006. Disponível em: <<http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/17588/01496000820055010054%2302-08-2006.pdf?sequence=1&isAllowed=y&themepath=PortaITRT1/>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. A boa-fé objetiva nas fases contratuais. **Revista Justitia**: revista eletrônica do Ministério Público de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/7zz15z.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito**. 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

THORNE, Ross. **Blood and Ink: The Art of the Tattoo**. Nova Iorque: Running Press, 2011.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO CEARÁ. **Candidato a emprego que foi recusado por ter tatuagem ganha indenização por dano moral.** 2015. Disponível em:

<http://www.trt7.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2745:candidato-a-emprego-que-foi-recusado-por-ter-tatuagem-ganha-indenizacao-por-dano-moral&catid=152&Itemid=302>. Acesso em: 15 abr. 2019.