



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LARISSA VIANA DE CARVALHO

**A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL EM VIRTUDE
DE DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA NAS RELAÇÕES DE
EMPREGO DECORRENTES DA INDÚSTRIA DA MODA**

Salvador
2016

LARISSA VIANA DE CARVALHO

**A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL EM VIRTUDE
DE DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA NAS RELAÇÕES DE
EMPREGO DECORRENTES DA INDÚSTRIA DA MODA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof^a. Adriana Wyzykowski.

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

LARISSA VIANA DE CARVALHO

**A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL EM VIRTUDE
DE DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA NAS RELAÇÕES DE
EMPREGO DECORRENTES DA INDÚSTRIA DA MODA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2016

Aos meus pais, por todas as oportunidades que me foram dadas, e a Tales, por tornar tudo mais fácil.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus pela força e coragem para enfrentar mais esse desafio da vida acadêmica. À minha orientadora, Adriana Wyzykowski, pelas atenção, disponibilidade, orientação e apoio durante essa jornada, sem os quais nada disso teria sido possível. Aos meus pais, pelo amor incondicional. A Tales, por toda compreensão e apoio. Às amigas de monografia, pela companhia e solidariedade. E, por fim, agradeço a todos que, de maneira direta ou indireta, tenham contribuído para a realização de mais essa etapa.

“Eu era sincera. Fazia muito tempo que me acostumara com a perspectiva de uma vida solitária. Ser pobre, feia e além do mais, inteligente, condena em nossas sociedades, a percursos sombrios e sem ilusões, aos quais é melhor se habituar cedo. À beleza se perdoa tudo, até mesmo a vulgaridade. A inteligência deixa de parecer apenas uma justa compensação das coisas, algo como um reequilíbrio que a natureza oferece aos filhos menos favorecidos e, fica parecendo um brinquedo supérfluo que realça o valor da joia. A feiura, em compensação, já é sempre culpada, e eu estava fadada a esse destino trágico, sentindo mais dor ainda na medida em que não era boba”.

Muriel Barbery. A elegância do ouriço,

RESUMO

O objetivo da presente pesquisa é demonstrar que a indústria da moda tem tomado grandes proporções na sociedade, onde a beleza é supervalorizada e exigida em todos os setores sociais, inclusive no ambiente de trabalho. O empregador vem, reiteradamente, utilizando a estética como um requisito para admissão do empregado, mesmo sem que haja fundamento no próprio exercício da função ou na segurança do empregado, discriminando àqueles que estão fora dos padrões estipulados pela indústria da moda. Tal conduta atenta contra os princípios constitucionais e os direitos fundamentais da pessoa humana, devendo ser repelida em todas as suas formas. O empregador tem o direito à liberdade de contratação, sendo ele quem admite e dita as regras do processo de seleção. Entretanto, tal direito encontra limites, devendo ser preservada a dignidade humana do empregado em qualquer circunstância. Nesse sentido, a discriminação estética viola as normas internacionais de proteção ao trabalho, bem como a ordem jurídica constitucional e as normas infraconstitucionais que tutelam os direitos de igualdade e da personalidade, ensejando, como consequência jurídica, a responsabilização pré-contratual, bem como a reparação de eventuais danos morais.

Palavras-chave: RESPONSABILIDADE CIVIL; PRÉ-CONTRATUAL; DISCRIMINAÇÃO; ESTÉTICA; RELAÇÕES DE EMPREGO; INDÚSTRIA DA MODA.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

A.C	Antes de Cristo
AIDS	<i>Acquired Immunodeficiency Syndrome</i>
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
EUA	Estados Unidos da América
FAT	Fundo de Amparo ao Trabalhador
HIV	<i>Human Immunodeficiency Virus</i>
MPT	Ministério Público do Trabalho
OIT	Organização Mundial do Trabalho
PR	Paraná
RE	Recurso Extraordinário
S&P	<i>Standard & Poor's 500</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ	Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 RESPONSABILIDADE CIVIL NA SEARA TRABALHISTA.....	13
2.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	14
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	16
2.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	22
2.3.1 Conduta humana.....	22
2.3.2 Dano.....	24
2.3.2.1 Dano material.....	25
2.3.2.2 Dano moral.....	27
2.3.3 Nexo Causal.....	29
2.4 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	31
2.4.1 Função reparatória.....	31
2.4.2 Função punitiva.....	35
2.4.3 Função precaucional.....	37
2.4.4 A prevenção como cerne da responsabilidade civil contemporânea.....	40
2.5 MODALIDADES DE RESPONSABILIDADE.....	40
2.5.1 Responsabilidade civil e penal.....	41
2.5.2 Responsabilidade civil contratual.....	43
2.5.3 Responsabilidade civil pré-contratual.....	45
3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SEUS REFLEXOS NA SEARA TRABALHISTA.....	49
3.1 NOÇÃO DE PRINCÍPIO.....	49
3.2 CONCEITO.....	52
3.2.1 Igualdade Formal.....	53
3.2.2 Igualdade Material.....	55
3.3 PROTEÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL.....	58
3.4 CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	60
3.5 PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO.....	63
3.5.1 Distinção entre discriminação, preconceito e estereótipo.....	65
3.5.2 Critérios para Identificação do Desrespeito à Isonomia.....	67
3.5.3 Discriminação Legítima e Ilegítima.....	69
3.6 O PROBLEMA DA DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHADOR.....	70

3.7 AÇÕES AFIRMATIVAS.....	73
4 A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL EM VIRTUDE DE DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO DECORRENTES DA INDÚSTRIA DA MODA.....	76
4.1 A INDÚSTRIA DA MODA.....	77
4.2 ESTÉTICA.....	81
4.2.1 Conceito.....	82
4.2.2 Fatores Estéticos.....	84
4.2.2.1 Peso: obesidade, bulimia e anorexia.....	85
4.2.2.2 Tatuagem e piercing.....	89
4.2.2.3 Cicatrizes.....	92
4.2.2.4 Cabelo e barba.....	93
4.2.2.5 Fatores decorrentes de doenças e deficiências.....	99
4.3 CARACTERIZAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE EMPREGO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL.....	101
4.3.1 Discriminação legítima e ilegítima.....	102
4.3.2 Critérios para identificação.....	104
4.4 LIMITES À LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO DO EMPREGADOR.....	105
4.5 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA.....	108
4.5.1 Existência de Dano.....	109
4.5.2 Existência de Responsabilidade Pré-Contratual.....	110
5 CONCLUSÃO.....	117
REFERÊNCIAS.....	120

1 INTRODUÇÃO

A indústria da moda configura-se num setor que movimentava grande parte das economias mundiais, ditando tendências e padrões a serem seguidos, influenciando na geração de empregos, rendas e comportamentos, e, gerando como consequência, a sociedade de consumo

Tendo em vista que a sociedade atual é uma sociedade de consumo regida por padrões estéticos impostos pela indústria da moda do que é o belo e o feio, do que é aceitável ou inaceitável, do que atrai e o que repele, percebe-se que esses padrões acabam influenciando em todos os âmbitos da sociedade, desde as relações pessoais até as relações de emprego e empresariais.

Tais padrões estéticos são extremamente subjetivos e vão variar de acordo com a região, a cultura, o período histórico e o segmento que se está analisando. Muitas vezes se tratam de padrões inatingíveis, que quando não alcançados ou quando não correspondem ao esperado, geram a exclusão e conseqüentemente a discriminação.

No tocante às relações de emprego, cabe a discussão se o empregador, ao contratar novos empregados, embora tenha direitos como, o poder diretivo, a liberdade contratual e de organização da atividade empresarial, encontrará limites a tais poderes. Cabe ainda analisar de que forma tais limites seriam embasados, criando critérios para definir quando estaria caracterizada uma discriminação legítima ou ilegítima.

Pelo exposto, o presente estudo visa fazer uma análise acerca dos impactos que os padrões impostos pela indústria da moda causam nas relações de emprego, qual é o limite da liberdade contratual do empregador, sem que se configure uma conduta discriminatória, bem como, quando deve haver a incidência do instituto da responsabilidade civil pré-contratual.

Diante dessa problemática, a presente pesquisa foi elaborada através do método de pesquisa dedutivo, estudado por Descartes, sendo feito o estudo de premissas maiores e conceitos iniciais até a pesquisa ter se refinado, alcançando o seu recorte específico.

As fontes bibliográficas empregadas para a construção da pesquisa foram diversas, a exemplo da utilização de artigos de internet, revistas, periódicos, livros, leis internas e internacionais, reportagens e jurisprudências relacionadas.

O presente trabalho então encontra-se dividido em 4 capítulos, divididos da seguinte maneira:

O segundo capítulo será dedicado a análise do instituto da responsabilidade civil, elucidando sobre qual o seu conceito, como se deu a sua evolução histórica, bem como quais os princípios aplicáveis a ela, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, solidariedade, prevenção e reparação integral. Em seguida serão abordados quais os elementos formadores da responsabilidade civil, sendo feita uma análise sobre a conduta humana, as espécies de dano, mais especificamente, o dano moral e o dano material, e o nexos causal. Também serão estudadas as funções da responsabilidade civil, a exemplo das funções reparatória, punitiva e precaucional, fazendo uma breve análise sobre a prevenção como essência da responsabilidade civil contemporânea. Por fim, será feita uma distinção entre as diferentes modalidades da responsabilidade, a exemplo da responsabilidade civil e penal, responsabilidade contratual e pré-contratual.

O terceiro capítulo será destinado ao estudo do princípio da igualdade e os seus reflexos na seara trabalhista a partir da elucidação da noção do que são os princípios, bem como conceituando o princípio da igualdade, sendo feita ainda a diferenciação entre a igualdade material e a igualdade formal. Ademais, será feito o estudo sobre qual a sua proteção no âmbito jurídico nacional, além da análise sobre qual o seu conteúdo jurídico. Em seguida será estudado o princípio da não-discriminação, consequência do princípio da igualdade, sendo feita uma diferenciação entre o que seria discriminação, preconceito e estereótipo, além de estabelecer critérios com o intuito de identificar situações que se encaixem como sendo um desrespeito à isonomia, bem como, qual a diferença entre o que seria uma discriminação legítima e ilegítima. Por fim, será trabalhada a questão da discriminação do trabalhador, estabelecendo também a necessidade e importância das ações afirmativas como instrumento modificador da sociedade.

Na sequência, o quarto capítulo irá adentrar-se na seara da existência ou não de responsabilidade pré-contratual em virtude de discriminação estética nas relações de emprego decorrentes da indústria da moda. Será feita uma elucidação sobre o que

seria indústria da moda e estética, analisando quais dos seus fatores mais ensejam uma influência nas relações de emprego, como o sobrepeso, o uso de *piercings* e tatuagens, etc. Ademais, será analisado como se dá a caracterização da discriminação na fase pré-contratual das relações de emprego, através de uma diferenciação entre as discriminações legítimas e ilegítimas e de critérios para identificação do desrespeito à isonomia. Por fim, será feito o estudo sobre quais os limites à liberdade de contratação, bem como, sobre as consequências da violação a tais limites, pela eventual existência de dano, por meio da responsabilidade pré-contratual.

Por fim, no quinto capítulo que, concluirá a presente monografia, faz-se necessário realização de um panorama geral sobre a possibilidade da incidência da responsabilidade pré-contratual em virtude da discriminação estética nas relações de emprego decorrentes da indústria da moda.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL NA SEARA TRABALHISTA

O impetuoso avanço do progresso técnico e científico que ocorreu como resultado da Revolução Industrial, causou um aumento quase ilimitado da capacidade produtiva do ser humano. Entretanto, ao lado dessa incontroversa nova realidade, surgiram inúmeros novos tipos possíveis de danos, causando diversos prejuízos às pessoas. Em decorrência desse novo cenário, surge a necessidade de uma evolução do instituto da responsabilidade civil tendo em vista o princípio romano do *neminem laedere*.

Por conta dessa intensa evolução tecnológica, se vive um paradoxo nos dias de hoje. Por um lado, existe uma Constituição que consagra o Estado Democrático de Direito e sua opção pela solidariedade, que coloca o homem no centro do sistema jurídico, abarcando normas, preceitos e princípios que reconhecem e asseguram a dignidade do ser humano, impondo à ordem econômica a prioridade do trabalho, à função social da empresa e à busca pelo pleno emprego. De outro lado, se tem um modelo de Estado capitalista que submete à eficiência econômica todos os valores sociais e políticos, priorizando o capital, e abrindo portas para o estabelecimento pleno de uma economia de corte globalizada. Esse novo modelo traz questões importantes, entretanto, também gera uma intensa desregulamentação da relação trabalho-capital.

Neste sentido, surge uma reestruturação produtiva e julgamentos intransigentes sobre a figura do empregado que, no novo contexto, além de multifuncional e versátil, deve se submeter as novas mudanças que têm como objetivo uma cada vez maior produtividade da empresa, em nome de uma sociedade de consumo cada vez mais ávida e seletiva. Isso faz com que o poder de comando do empregador chegue à beira do abusivo, tratando o empregado como mercadoria descartável, o que causa inúmeros danos materiais e morais.

Esse novo modelo de empresa, qual seja, um ambiente de trabalho no qual predomina as relações trabalhistas, e onde é mais provável que ocorram os conflitos advindos dessa relação, possui, na perspectiva atual, uma importante função social, em virtude dos paradigmas traçados pela Constituição de 88. Além disso, o ordenamento jurídico maior assegura a dignidade do ser humano como fundamento

do Estado Democrático de Direito, e, por consequência, como princípio substancial que deve existir nas relações empregatícias.

Como a relação trabalhista é uma relação que envolve um ser humano, sujeito de direito, e que, portanto, deve predominar o respeito e a dignidade, fica claro que, ocorrendo o abuso patronal, deve incidir a responsabilidade civil, sobre os danos decorrentes da relação empregatícia.

Dessa forma, em razão da maior proteção jurídica concedida ao trabalhador, em virtude de sua hipossuficiência, faz-se mister o estudo da responsabilidade civil e dos princípios inerentes a ela, como o da boa-fé e da probidade, que devem prevalecer no ambiente da empresa em sua preponderante função social, bem como a sobre a possibilidade de indenização da vítima que sofreu danos no ambiente de trabalho.

2.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Toda manifestação de atividade humana traz intrinsecamente a questão da responsabilidade¹. Entretanto, o termo “responsabilidade” é utilizado em várias áreas da ciência, possuindo significados diversos conforme o contexto, podendo ser sinônima de diligência e cuidado; da obrigação, no plano jurídico, de todos, pelos atos que praticam ou conduzir à uma ideia de relação obrigacional².

No âmbito da filosofia, a responsabilidade pode ser entendida como a possibilidade de antecipar os efeitos dos próprios atos e de corrigi-los com base em tal previsão³.

Já para o Direito Civil⁴, entende-se a responsabilidade em seu sentido clássico, qual seja, a obrigação de reparar danos infringidos a outro com culpa ou que se é obrigado a reparar por determinação legal. Nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada, um dever jurídico sucessivo, de assumir as consequências

¹ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 10. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 1.

² STOCO, Rui. **Tratado De Responsabilidade Civil: Doutrina E Jurisprudência, Tomo I**. 9. ed. ver. atual. e reformulada com comentários ao código civil. São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2013, p. 154.

³ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 855.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso De Direito Civil: Responsabilidade Civil, Volume 3/** Cristiano Chaves De Farias, Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2.ed. ver. ampl. e atual. São Paulo, Atlas, 2015, p. 5.

jurídicas de um fato, que podem variar entre a reparação dos danos e a punição pessoal do agente causador do dano, de acordo com o interesse que foi lesado⁵.

Neste mesmo sentido, há o entendimento que a violação de um dever jurídico originário, ou seja, de uma obrigação, configura um ilícito civil, que, via de regra, vai gerar um prejuízo a alguém, decorrendo então um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Desta forma, pode-se dizer que a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo originado para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário⁶.

Ou seja, a responsabilidade será apurada em cada caso concreto, variando de acordo com a espécie do dano causado, o que será analisado mais para a frente, no tópico 2.3.2 deste capítulo, que visa tratar do conceito e das espécies de dano.

Desta forma, toda vez que alguém sofrer um dano, que for ofendido física ou moralmente, que for desrespeitado em seus direitos ou que não obtiver aquilo que foi avençado, deverá lançar mão da responsabilidade civil para ver-se ressarcido⁷.

Ao se falar de responsabilidade civil, há uma referência inevitável à reparação do dano, tendo em vista que, não haveria dever de indenizar quando ausente o dano⁸. Dallegre Neto, explica que, originalmente, o fundamento de responsabilidade civil era indissociável do ato ilícito, entretanto, com a evolução do instituto, tornou-se possível e pacífico admitir que existem hipóteses especiais de responsabilidade civil independente de culpa⁹.

Neste sentido, pode-se dizer que com a evolução das teorias da responsabilidade civil, e em especial, com o surgimento da teoria objetiva, não mais é necessário que haja culpa para que esteja caracterizado o ato ilícito, e, portanto, causado o dano passível de indenização, como será visto no tópico 2.2 deste capítulo, destinado a tratar sobre a evolução histórica da responsabilidade civil.

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, vol. 3: Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.47.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p.02.

⁷ STOCO, Rui. **Tratado De Responsabilidade Civil: Doutrina E Jurisprudência, Tomo I**. 9. ed. ver. atual. e reformulada com comentários ao código civil. São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2013, p. 156.

⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil No Direito Do Trabalho: Dano Moral E Material, Acidente E Doença Do Trabalho, Dano Pré E Pós-Contratual, Responsabilidade Subjetiva E Objetiva, Dano Causado Pelo Empregado, Assédio Moral E Sexual**. São Paulo, LTR, 2005, p. 75.

⁹ *Ibidem*, p. 76.

A responsabilidade civil, portanto, pode ser entendida como uma sistematização de princípios e regras que têm como objetivo a reparação do dano patrimonial ou a compensação de um dano extrapatrimonial, moral ou existencial, que tenham sido causados por um agente, ou pelo fato de coisas e/ou pessoas que deste dependam, por ter agido de forma ilícita ou por ter assumido o risco da atividade causadora da lesão¹⁰.

Ainda, em relação à seara trabalhista, deve-se fazer a importante ressalva de que num cenário ideal de respeito ao ambiente de trabalho e à dignidade humana do trabalhador a prevenção ao dano, que será analisada mais adiante, no tópico 2.4.3, que visa tratar do princípio da prevenção, sempre deve vir em primeiro lugar ante a reparação ao dano, vide tópico 2.4.1, referente ao princípio da reparação integral.

Entretanto, não sendo possível efetivamente prevenir o dano, a indenização, ou reparação, deve ser sempre a mais ampla possível, para que efetivamente recomponha os prejuízos patrimoniais ou compense os danos extrapatrimoniais causados, bem como, sirva como uma ferramenta para inibir a reincidência de tal fato ou ato danoso cometido pelo empregador.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O Direito é produto da atividade humana, caracterizando-se como um fenômeno histórico e cultural, que tem como finalidade a busca da pacificação social através de regras, normas, princípios e técnicas de solução de conflitos.

Dessa forma, sempre andou lado a lado com o instituto da responsabilidade civil, já que o dano causado pelo ilícito sempre foi combatido pelo Direito. O que se modificou ao longo dos tempos, foi apenas a forma de reação contra os danos sofridos em decorrência de um ato praticado em descumprimento a um dever de conduta.

¹⁰ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil No Direito Do Trabalho: Dano Moral E Material, Acidente E Doença Do Trabalho, Dano Pré E Pós-Contratual, Responsabilidade Subjetiva E Objetiva, Dano Causado Pelo Empregado, Assédio Moral E Sexual**. São Paulo, LTR, 2005, p. 77.

Por tal motivo, antes de se falar da responsabilidade civil propriamente dita, como é entendida atualmente, é preciso fazer uma análise do Direito Romano, pilar da cultura ocidental, e dos institutos anteriores a ela.

Em primeiro lugar, cabe citar a vingança coletiva como a primeira forma de reação contra comportamentos lesivos. Aqui não se levava em consideração a culpa do agente causador do dano, bastando, tão somente, a ação ou omissão deste e o prejuízo sofrido pela vítima para que aquele fosse responsabilizado.¹¹ Eram os costumes que ditavam as regras de convivência social, levando os ofendidos a reagir de forma direta e violenta contra o causador do dano. Essa ação lesiva do ofendido era exercida mediante a vingança coletiva, caracterizada pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes.¹²

Em seguida, a vingança ou retaliação, antes exercida pelo grupo dominante, passou a ser reconhecida e legitimada pelo Poder Público, caracterizando a vingança privada. Aqui vigorava a Lei de Talião, que pode ser traduzida pela ideia de “olho por olho, dente por dente”. Bastava que houvesse um dano sofrido para que houvesse uma reação imediata e instintiva por parte do ofendido¹³. Também não havia uma análise da culpa do ofensor. Essa forma de autotutela, apesar de hoje ainda ser considerada como uma forma primitiva de se obter uma retaliação, foi uma grande evolução em relação a vingança social, cometida pelo grupo dominante, que por muitas vezes era desmedida e incondicional.¹⁴

Neste sentido, Noronha explica que a Lei de Talião, foi aplicada inicialmente pelos povos do Oriente Médio e, em seguida, por outros influenciados por eles, sendo aplicada em Roma ao tempo da Lei das XII tábuas, representando um progresso, pela reciprocidade que representava entre a ofensa e castigo¹⁵.

Neste período o Poder Público muitas vezes ficava inerte, interferido apenas para dizer quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, para produzir no

¹¹ PENAFIEL, Fernando. **Evolução histórica e pressupostos da responsabilidade civil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13110>. Acesso em out 2016.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. 7, p. 11.

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 04.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso De Direito Civil: Responsabilidade Civil, Volume 3/** Cristiano Chaves De Farias, Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2.ed. ver. ampl. e atual. São Paulo, Atlas, 2015, p. 25 *et. seq.*

¹⁵ NORONHA, Fernando. **O direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. Volume 1**. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 528.

ofensor um dano idêntico ao que experimentou¹⁶. Deste modo, pode-se dizer que o que prevalecia no direito romano era a responsabilidade objetiva, modalidade que será vista mais adiante neste mesmo tópico.

Apenas em um momento posterior, deu-se início à compensação pecuniária, ou seja, uma soma em dinheiro substituía a autotutela e, é nesse momento que nasce a ideia da responsabilidade civil, no sentido moderno da expressão, qual seja, a obrigação de restituir ao ofendido uma soma em pecúnia com a função de satisfazê-lo, além de sancionar o ofensor¹⁷. Percebe-se aqui que há uma mudança de paradigma, e o patrimônio do ofensor passa a responder por suas dívidas e não mais a sua pessoa.

No entanto, somente com o surgimento da *Lex Aquilia* é que surge um princípio norteador para a reparação do dano e a responsabilidade civil. Essa norma foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou no início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens¹⁸.

A *Lex Aquilia* é vista como marco fundamental para a aplicação da culpa na obrigação de indenizar, originando a responsabilidade extracontratual, também denominada “responsabilidade aquiliana”, a partir da qual a conduta do causador do dano é medida pelo grau de culpa com que atuou.

Após este período, o Estado assumiu definitivamente o *ius puniendi*, tomando para si a função de punir os ofensores da ordem jurídica. Surge então a ação de indenização derivada da responsabilidade civil.

No período referente à Idade Média, como uma consequência dos princípios e normas romanas, a responsabilidade civil foi se aperfeiçoando por toda a Europa, especialmente no direito francês, sendo que, pouco a pouco, foram sendo estabelecidos certos princípios que exerceram grande influência em outros povos.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. 7, p. 11.

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso De Direito Civil: Responsabilidade Civil, Volume 3/ Cristiano Chaves De Farias, Nelson Rosenthal; Felipe Peixoto Braga Netto**. 2.ed. ver. ampl. e atual. São Paulo, Atlas, 2015, p. 127.

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Vol. IV, p. 21.

Dentre eles, podem ser citados o direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, de forma a separar a responsabilidade civil perante a vítima, da responsabilidade penal perante o Estado, bem como, a existência de uma culpa contratual, no caso de descumprimento obrigacional, que não se refere nem a um crime ou delito, mas que se origina da negligência ou da imprudência¹⁹”

Somente nos séculos seguintes, em especial o século XVIII, é que surgiu uma total separação entre a responsabilidade penal, perante o Estado, com a imposição de penas, no caso de infrações penais; e a responsabilidade civil, restrita à sua função essencial de reparação de danos, no âmbito privado²⁰.

Na Idade Moderna, houve uma transferência do enfoque da culpa, como fenômeno centralizador da indenização, para o dano, significando uma mudança de paradigma em relação ao fundamento da responsabilidade civil, que passou a se situar na quebra do equilíbrio patrimonial causado pelo dano²¹.

Tal mudança se deu principalmente em razão de alguns fatores, como o avanço do progresso, a industrialização e, com ela, o aumento de novos danos, que levaram ao surgimento de novas teorias dentro da responsabilidade civil, capazes de propiciar uma maior segurança às vítimas²².

Daí o surgimento e concretização da teoria do risco, vista sob o aspecto objetivo de que, quando alguém sofre um dano, aquele que tirou o proveito da atividade perigosa a que a vítima se submetia, deve repará-lo, independentemente da existência de culpa²³.

Com a Revolução Francesa e o surgimento do Código Civil Francês²⁴ ficou claramente estabelecida a diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal.

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 08.

²⁰ NORONHA, Fernando. **O direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. Volume 1**. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 528/529.

²¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Vol. IV, p. 22.

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, 2012, p. 09.

²³ *Ibidem, loc. cit.*

²⁴ Também conhecido como o “Código de Napoleão”, promulgado em 21 de março de 1804. Este Código representou uma reforma normativa, unindo de forma detalhada as leis civis do país, protegendo o liberalismo e o conservadorismo e, especialmente, a propriedade.

A legislação civil da França espalhou-se por grande parte da Europa, servindo de base para a confecção das Cartas de vários outros países, norteando e influenciando as suas legislações privadas ao longo de dois séculos.

No Brasil, a responsabilidade civil passou por vários estágios de desenvolvimento, com diversas modificações da legislação. Inicialmente, a reparação civil só era cabível quando houvesse uma condenação criminal. Somente em um momento posterior foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e da criminal²⁵.

Durante o período colonial, eram adotadas as Ordenações Portuguesas²⁶ como guia normativo para as relações privadas, até 1916, quando do surgimento do primeiro Código Civil, que adotou a teoria subjetiva da responsabilidade civil, que exige prova concreta da culpa do agente causador do dano, e que, em casos, a presume.

O Código Civil de 2002, manteve sua escolha pela responsabilidade subjetiva, definindo que todo aquele que, mediante ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito²⁷.

Uma de suas principais inovações, em relação ao âmbito da responsabilidade civil, se encontra no art. 187, o qual ampliou a noção de ato ilícito, dizendo que haverá ilicitude no exercício de um direito quando este violar seu fim econômico, social ou os limites da boa-fé e bons costumes, vedando, portanto, o uso de direitos de forma abusiva.

O atual Código, ainda, impõe a necessidade de reparação do dano ou do prejuízo causado por ato ilícito, independentemente de culpa, nos casos expressamente definidos em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

É a chamada Teoria do Risco, que surgiu como um fundamento para a responsabilidade objetiva. Com base nesta teoria, todo o prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa²⁸.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 09.

²⁶ Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

²⁷ Vide 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.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 136.

Tendo em vista os riscos que foram trazidos durante a Revolução Industrial, que fizeram crescer as demandas de reparação de danos decorrentes das máquinas, a exigência de uma conduta culposa do agente causador do dano não era compatível com a necessidade social de se assegurar a reparação dos danos, mesmo que seu causador não houvesse agido com culpa²⁹, influência também do princípio da solidariedade.

Pode-se dizer então, que o Código Civil acolheu a teoria do risco em determinados casos, em que o simples exercício de uma atividade perigosa impõe a obrigação de indenizar os danos eventualmente causados, sem a necessidade de comprovação da culpa do agente que causou o dano³⁰. Entretanto, pode-se dizer também que, de modo geral, a culpa continua sendo um dos fundamentos da responsabilidade civil, juntamente com o risco, na teoria objetiva.

Em resumo, a evolução histórica da responsabilidade civil é marcada pela noção de reparação dos danos causados. Em um primeiro momento esta ideia é marcada pela confusão entre responsabilidade civil e criminal, chegando, posteriormente, até o conceito atual, subjetivo, de reparação fundada na culpa, juntamente com a tendência contemporânea à objetivação do instituto na teoria do risco.

Ainda, com base nos estudos de Tereza Lopez³¹, com o surgimento da chamada sociedade de risco, houve a necessidade de evolução da responsabilidade civil, nascendo a chamada responsabilidade preventiva. A responsabilidade preventiva então, tem como fundamento ético a prudência e, como fundamento jurídico, a obrigação geral de segurança e vai fazer parte do instituto da responsabilidade, que passa a ter três funções: a função reparatória, a função punitiva e a função precaucional. Dessa forma, a responsabilidade preventiva, vai funcionar ao lado da responsabilidade reparadora, ou clássica, que serão melhores estudadas no ponto 2.5 deste capítulo, onde uma não exclui a outra, mas sim, se complementam, e são necessárias, já que o dano deve ser sempre preferencialmente evitado, mas onde o dano não consiga ser evitado, deverá ser reparado integralmente. Essa inclusão da

²⁹ NORONHA, Fernando. **O direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. Volume 1.** São Paulo, Saraiva, 2007, p. 537 *et. seq.*

³⁰ Vide Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

³¹ LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil.** São Paulo. Quartier Latin, 2010, p. 17.

faceta preventiva da responsabilidade, pode ainda ser comparada à evolução da responsabilidade civil que passou a abarcar a responsabilidade objetiva e coletiva em um sistema todo pautado na responsabilidade individual e na culpa.

2.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como já foi visto, a responsabilidade civil surge de uma inexecução obrigacional, contratual ou extracontratual, obrigando o agente causador do dano a responder pelos prejuízos dele decorrentes, recompondo o status quo ante existente entre as partes.

O art. 186 do Código Civil consagra essa regra de que todo aquele que causa dano a outrem, é obrigado a repará-lo, estabelecendo que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A teoria clássica da responsabilidade civil aponta então três elementos essenciais para a sua caracterização, qual seja, a ação ou omissão culposa do agente, o dano e o nexo de causalidade entre a ação e prejuízo experimentado pela vítima. Pode-se dizer ainda, que no âmbito da seara trabalhista, os elementos que serão analisados para definir se há responsabilidade serão os mesmos.

2.3.1 Conduta humana

Só haverá responsabilidade civil quando houver um comportamento, ação ou omissão, humano que fira a ordem jurídica e cause um dano.

Para Stoco, o elemento fundamental de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária. Ou seja uma “lesão a um bem jurídico cuja existência se verificará no plano normativo da culpa está condicionada à existência, no plano naturalístico da conduta, de uma ação ou omissão que constitui a base do resultado lesivo”³².

³² STOCO, Rui. **Tratado De Responsabilidade Civil: Doutrina E Jurisprudência, Tomo I**. 9. ed. ver. atual. e reformulada com comentários ao código civil. São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2013, p. 129.

Neste sentido, pode-se dizer que uma eventual indenização vai derivar de uma ação ou omissão do agente, sempre que infringir a um dever contratual, legal ou social³³.

Ainda, cabe dizer que o elemento constitutivo da responsabilidade será o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de reparar aquele que foi lesado³⁴.

Entretanto, vale ressaltar que não são todos os atos capazes de ensejar a responsabilização, mas somente aqueles que possam causar dano, consoante art. 186 do Código Civil. Não há aferição se o ato é legal ou não, uma vez que a responsabilidade decorrente de um ato ilícito baseia-se na culpa, enquanto que a responsabilidade decorrente de um ato lícito fundamenta-se no risco da atividade realizada.

O ato lesivo poderá ser praticado por uma ação, quando existir previamente uma obrigação de não fazer algo. Ou seja, se havia um dever legal de abstenção e o agente realizou uma conduta, ele estará violando um dever e por conseguinte, causando um dano, dando ensejo a uma possível responsabilização.

No entanto, o ato lesivo também poderá ocorrer em decorrência de uma omissão, quando decorrer da violação a um dever, seja ele contratual ou extracontratual, de realizar determinada conduta.

Surge o questionamento se a omissão poderia causar um prejuízo, pois, sendo uma atitude negativa em princípio não poderia gerar, física ou materialmente, o dano suportado pelo lesado. No entanto, a omissão adquire grande relevância jurídica, tornando o omitente responsável, quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, e não agiu³⁵.

Ainda, o dever de reparar o dano também pode surgir de um ato que esteja em discordância com o aspecto social, não sendo contra a lei, mas sim contra seu sentido axiológico, violando a boa-fé objetiva. Trata-se dos atos praticados com

³³ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 4., p. 19.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. 7, p. 40.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 24.

abuso de direito, nos quais o agente não leva em consideração os limites impostos pela lei e pela boa-fé³⁶, como dispõe o art. 187 do Código Civil³⁷.

Não se pode deixar de observar a importância do abuso de direito na seara trabalhista, uma vez que é extremamente comum as situações em que o empregador abusa do seu direito de comando, causando danos ao empregado.

Por todo o exposto, depreende-se que a responsabilidade subjetiva, se baseia no ato ilícito, obrigando o agente a indenizar o dano causado pela violação de um dever jurídico pré-existente, enquanto que na responsabilidade objetiva, pouco importa a culpa do agente, pois a reparação do dano vai se fundamentar no risco da atividade desenvolvida.

2.3.2 Dano

O dano é um dos elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil, podendo ser conceituado como uma lesão a interesses juridicamente tuteláveis.

Do latim *damnum*, significa “todo mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo a seu patrimônio”.³⁸

Dessa forma, como já foi visto, a responsabilidade é o efeito causado a ser suportado por aquele que infringiu um dever jurídico preexistente. No entanto, mesmo que haja essa violação e que o agente infrator tenha agido com culpa ou até mesmo, dolo, não haverá responsabilidade, ou até mesmo dever de indenizar, se não houver tido um dano.

Pode até haver uma responsabilidade penal, pelo fato de a conduta do agente constituir um fato típico penal, mas nunca haverá uma responsabilidade civil, como será visto no tópico 2.5.1.

³⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 4, p. 20.

³⁷ 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.

³⁸ DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 02.

A obrigação de indenizar decorre, portanto, da violação de um direito ou dever jurídico e da existência de um dano, simultaneamente.

Como um dos pressupostos da responsabilidade civil, o dano refere-se sempre à violação de um bem juridicamente tutelado. Conforme dispõe Noronha, é o prejuízo, de natureza individual ou coletiva, econômico ou não-econômico, resultante de um ato ou fato contrário à ordem jurídica que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa juridicamente tutelada³⁹.

Sendo assim, só haverá o dever de indenizar quando, de fato, houver um dano causado à vítima, ainda que este prejuízo seja presumido. Isso acontece porque a responsabilidade resulta do dever de reparar um bem jurídico violado. Por isto, para que surja a obrigação de indenizar, será necessário comprovar o dano efetivamente causado. Neste sentido, sem a prova do dano ninguém pode ser responsabilizado, obrigado a indenizar.⁴⁰

Nas palavras de Diniz, o dano é a lesão real que, sofre uma pessoa, contra sua vontade, contra qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral, passível de demonstração para que seja indenizável, exceto nos casos em que a lei o presume, ou seja, exceto nos casos de responsabilidade objetiva⁴¹, como já foi visto no tópico anterior.

Cabe ainda, fazer uma distinção entre as espécies mais importantes de dano, quais sejam: o dano material, ou patrimonial, e o dano moral, ou ainda, extrapatrimonial.

2.3.2.1 Dano material

O dano pode ser considerado como material, ou patrimonial, quando sua natureza for eminentemente econômica, alcançando diretamente os bens patrimoniais do ofendido.

³⁹ NORONHA, Fernando. **O direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. Volume 1.** São Paulo, Saraiva, 2007, p. 473.

⁴⁰ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil No Direito Do Trabalho: Dano Moral E Material, Acidente E Doença Do Trabalho, Dano Pré E Pós-Contratual, Responsabilidade Subjetiva E Objetiva, Dano Causado Pelo Empregado, Assédio Moral E Sexual.** São Paulo, LTR, 2005, p. 138.

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. 7, p. 64.

Para Cavalieri Filho, como o próprio nome diz, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente, e abrange não só as coisas corpóreas e o direito de propriedade, mas também as coisas incorpóreas, como os direitos de crédito⁴².

Dallegrave Neto⁴³ explica ainda que o dano sofrido pela vítima pode ser considerado como material, quando repercute sobre o patrimônio da vítima, quando é suscetível de aferição em pecúnia, abarcando perdas e danos ou lucros cessantes, exigindo, portanto, que se faça prova do prejuízo efetivamente sofrido.

O dano material envolve então, a efetiva diminuição do patrimônio, quer se trate de um bem corpóreo ou incorpóreo. Neste sentido, pode-se dizer que o crédito que não é honrado, os direitos autorais que não são respeitados causam tanto prejuízo quanto o dano causado em um veículo, por exemplo⁴⁴.

Entretanto, nem sempre, o dano material se origina da lesão de bens ou interesses patrimoniais, podendo surgir da violação de bens personalíssimos, como o bom nome, a reputação, a saúde, a imagem e a própria honra, ou seja, surgindo dos chamados danos morais, que serão estudados no próximo tópico, refletindo no patrimônio do lesado, configurando o dano patrimonial indireto⁴⁵.

O dano patrimonial, é, portanto, susceptível de avaliação econômica, e pode ser reparado, tanto diretamente por meio de uma restauração natural ou reconstituição específica da *status quo ante*, tanto indiretamente através de bem equivalente ou uma indenização pecuniária⁴⁶.

Além disso, tanto pode atingir o patrimônio presente da vítima, quanto o futuro, e pode provocar a sua diminuição, mas também impedir o seu crescimento. Por isso, o dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante.

Pode-se entender dano emergente como o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial que foi sofrida pelo ofendido, que representa, a diferença entre o patrimônio que ele

⁴² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 77 *et. seq.*

⁴³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil No Direito Do Trabalho: Dano Moral E Material, Acidente E Doença Do Trabalho, Dano Pré E Pós-Contratual, Responsabilidade Subjetiva E Objetiva, Dano Causado Pelo Empregado, Assédio Moral E Sexual**. São Paulo, LTR, 2005, p. 138.

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. Cit.* 2012, p. 77 *et. seq.*

⁴⁵ *Ibidem, loc. cit.*

⁴⁶ *Ibidem, loc. cit.*

possuía antes do ato lesivo e o que passou a ter depois. Enquanto que por lucro cessante, pode-se entender a frustração da expectativa de um lucro, ou ainda, a perda de um ganho esperado⁴⁷.

Neste aspecto, a reparação do prejuízo suportado, deve abranger tudo aquilo que se perdeu, ou seja, os danos emergentes, bem como, tudo aquilo que se deixou de ganhar, os lucros cessantes, em razão do princípio da reparação integral, como já visto no tópico 2.4.1 deste capítulo.

2.3.2.2 Dano moral

O dano poderá ainda ser considerado como extrapatrimonial ou moral, quando atingir somente a pessoa, afetando seus direitos de personalidade e dignidade, quando atinge algum interesse que não possa ser expresso monetariamente⁴⁸.

A Constituição Federal, em seu art. 1º, III⁴⁹, consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dando ao dano moral um novo aspecto e uma maior dimensão, já que a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais e a essência de todos os direitos personalíssimos, garantindo em seu art. 52, V e X⁵⁰, a plena reparação do dano moral.

Neste sentido,

Qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável. Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. Ofensa a tais postulados exige compensação indenizatória⁵¹.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 339.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 398.

⁴⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]

⁵⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

⁵¹ SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação Cível 589643 1988.058964-3. Relator Desembargador Xavier Vieira. 19.10.1993.

Em princípio, o dano moral não gera uma repercussão patrimonial, entretanto, como já foi visto no tópico anterior, é possível que isso aconteça, de forma indireta, por via reflexa.

Isto posto, pode-se dizer que o dano moral se subdivide em direto, quando lesiona um direito da personalidade, como a vida, a liberdade, honra ou intimidade, ou indireto, quando atinge algum interesse não patrimonial em decorrência de uma violação ao patrimônio do ofendido.

Cabe também ressaltar, que mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico não configuram, por si sós, dano moral, uma vez que não causam danos à dignidade. Eventuais prejuízos devem ser abarcados pelo dano material, exceto se os efeitos do inadimplemento contratual, por sua natureza ou gravidade, ultrapassarem mero aborrecimento, também gerando efeitos na esfera da dignidade do ofendido, quando, então, restará configurado o dano moral⁵².

O Superior Tribunal de Justiça vem também decidido no mesmo sentido,

Conquanto a jurisprudência do STJ seja no sentido de que mero inadimplemento contratual não ocasiona danos morais, tal entendimento, todavia, deve ser excepcionado nas hipóteses em que da própria descrição das circunstâncias que perfazem o ilícito material é possível extrair consequências bastante sérias de cunho psicológico, que são resultado direto do inadimplemento culposo⁵³.

Cabe dizer ainda que o dano moral não se confunde com a dor, a angústia, o desgosto, a aflição, ou a humilhação, em suma, o complexo de sentimentos pelos quais passa o lesado em virtude do dano, pois esses estados de espírito constituem a própria consequência do dano⁵⁴.

A jurisprudência, neste sentido, têm entendido que o dano moral sofrido, prescinde da demonstração do dano, podendo ser provado pela dimensão dos próprios fatos, quando não for possível demonstrar a ofensa sofrida.

Para o ministro relator do STJ, Sálvio de Figueiredo Teixeira, quando do julgamento do RESP 121.757, o dano moral é tido como uma lesão à personalidade e à honra da pessoa, de forma que é de difícil constatação, pelo fato de que os seus reflexos atingem uma parte muito íntima do indivíduo. Dessa forma, em homenagem ao

⁵² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 88.

⁵³ RESP 1.025.665/RJ, 3ª T., rel. Ministra Nancy Andrighi

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 616.

princípio da reparação integral, já tratado no tópico 2.4.1 deste capítulo, que o sistema jurídico chegou à conclusão que não se deve exigir uma prova do prejuízo sofrido para que seja demonstrada a violação da moral humana, entendendo-se que o dano é presumido.

Neste mesmo sentido, pode-se afirmar, com base no entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes⁵⁵ que, em consequência da superação da máxima de que não há responsabilidade sem culpa, em virtude do novo fundamento trazido pela teoria do risco, também se vê superada a premissa de que não há responsabilidade sem a prova do dano, tendo em vista que hoje a lesão a qualquer dos aspectos que compõe a dignidade humana geram danos morais que não precisam ou muitas vezes, não são possíveis de serem comprovados dada a sua natureza íntima e pessoal.

Pode-se dizer então, que o dano, também pode ser moral, quando viola direito geral da personalidade, quando atinge algum interesse que não possa ser expresso monetariamente e, dessa forma, é desnecessária a prova do prejuízo moral, sendo ele presumido da própria violação à personalidade da vítima.

Vale ressaltar também, embora este não seja o foco do presente trabalho, que a doutrina e jurisprudência, vêm admitindo o caráter punitivo do dano moral, que surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil, fazendo jus a dois objetivos, quais sejam o da prevenção e o da punição, como será visto mais detalhadamente no tópico 2.4 deste capítulo, referente às funções da responsabilidade civil.

2.3.3 Nexo Causal

O nexos de causalidade é um elemento que deriva das próprias leis naturais. Como a responsabilidade civil só existe em razão da relação de causa e efeito existente entre ação ou omissão do agente e o dano, o nexos de causalidade é “o liame que

⁵⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 159 *et. seq.*

une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano”⁵⁶.

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que o ofendido tenha sofrido um dano. É preciso ainda que, esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente e que exista entre eles uma relação de causa e efeito. Em suma, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano e que o prejuízo sofrido pelo ofendido seja resultado desse ato, e sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato⁵⁷.

A tarefa de estabelecer o nexo de causalidade não é simples. Por esta razão, o legislador elencou hipóteses em que a pessoa será obrigada a reparar o dano ainda que não seja a responsável por ele. É o caso da responsabilidade por fato de terceiro. Assim, é perfeitamente possível que haja a responsabilidade sem culpa do agente, porém, a responsabilidade só poderá existir se houver nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o prejuízo experimentado pela vítima.

O nexo de causalidade ou a relação de causalidade, vai ser a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado, sendo, inclusive, prevista expressamente pelo art. 186 do Código Civil ao utilizar a expressão “causar”. Dessa forma, se houve um dano, mas sua causa não está relacionada com a atitude do agente, seja ela ativa ou omissiva, inexistente um nexo causal, e, portanto, inexistente obrigação de indenizar⁵⁸.

Entretanto, não basta que descrever o nexo causal como um elo entre a conduta e o resultado danoso, existindo várias teorias que se dedicam a explicá-lo, a exemplos da teoria da equivalência das condições, das concausas e da causalidade adequada.

Para Dallegrave Neto⁵⁹ a teoria que melhor se adequa à responsabilidade civil prevista no ordenamento jurídico brasileiro é a teoria da causalidade adequada e

⁵⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Vol. IV, p. 47.

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 46.

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 477.

⁵⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil No Direito Do Trabalho: Dano Moral E Material, Acidente E Doença Do Trabalho, Dano Pré E Pós-Contratual, Responsabilidade Subjetiva E Objetiva, Dano Causado Pelo Empregado, Assédio Moral E Sexual**. São Paulo, LTR, 2005, p. 151.

imediate, que considera a causa de um dano não só o precedente necessário a ele, mas também o adequado e imediato à concretização do resultado.

Logo, infere-se que nem todas as condições anteriores ao dano serão causa, mas tão somente aquela que seja a mais apropriada para produzir o evento. Importante frisar que, a causalidade imediata não deve ser aferida pela proximidade temporal com o dano, mas sim, como a mais eficiente para causá-lo.

Neste mesmo sentido o art. 403 do Código Civil prevê que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”, confirmando a adoção de tal teoria pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.4 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

É notável o entendimento de que a responsabilidade civil tem, como função principal, reparar os prejuízos sofridos por alguém, entretanto, é possível extrair três funções da responsabilidade civil do ordenamento jurídico brasileiro do século XXI, ou seja, haverá uma pluralidade de funções na responsabilidade civil, sem que uma exerça qualquer tipo de prioridade hierárquica sobre a outra. São elas: a função reparatória, que representa a função clássica de transferência dos danos do patrimônio do causador do dano ao lesado, como uma forma de reequilíbrio patrimonial; a função punitiva, que consiste na aplicação de uma pena civil ao ofensor como uma forma de desestimular comportamentos reprováveis; e a função precaucional, que tem o objetivo de inibir condutas potencialmente danosas.

2.4.1 Função reparatória

A função reparatória é a mais clássica e dominante das funções da responsabilidade civil, também conhecida como ressarcitória ou ainda, compensatória, e surgiu da necessidade de recompor um estado anterior que foi alterado pelo dano, de forma a apagar ou pelo menos minorar os seus efeitos, imperando o princípio da *restitutio in integrum*.

Sobre esse princípio, cabe dizer que ele tem como finalidade trazer o ofendido ao estado anterior ao do momento em que sofreu o dano, de forma a conceder à vítima uma situação semelhante àquela que estava, apesar de dificilmente a condenação ser capaz de preencher a totalidade dos danos sofridos. Neste sentido, o Código Civil, no *caput* de seu art. 944⁶⁰, enuncia que a indenização se mede pela extensão dos danos, relacionando a dimensão dos danos sofridos com a sua respectiva reparação, se distanciando de qualquer faceta punitiva, já que a reparação se relaciona com os danos sofridos pela vítima, e não mais com o dolo ou culpa do ofensor⁶¹.

O princípio da reparação integral, ainda, pode se concretizar de duas formas. A primeira, e preferível, é aquela que vai proporcionar a restituição ao ofendido do mesmo bem, em substituição ao outro. A segunda, se dará por meio de uma reparação em pecúnia, mediante o pagamento de uma indenização que vise equivaler ao interesse lesado⁶². O Código Civil, inclusive, indica uma coexistência entre essas duas formas, em seu art. 947, ao “dizer que se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”.

Cristiano Chaves faz ainda a importante ressalta que, de acordo com o Enunciado nº 456 do Conselho de Justiça Federal, “a expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos”. Dessa forma, fica claro que a dificuldade em quantificar o dano não será empecilho para que se imponha uma sanção reparatória que se aproxime, na medida do possível, dos danos causados, mesmo que estes sejam de natureza pessoal e mesmo que seja necessário, além da indenização *in natura*, uma indenização em pecúnia para que a reparação se veja integralmente atendida⁶³.

Para Felipe P. Braga Netto, o princípio da reparação integral vai ser conexo ao princípio da preocupação prioritária com a vítima, expressando a necessidade de

⁶⁰ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso De Direito Civil: Responsabilidade Civil, Volume 3/** Cristiano Chaves De Farias, Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2.ed. ver. ampl. e atual. São Paulo, Atlas, 2015, p. 22.

⁶² *Ibidem, loc. cit.*

⁶³ *Ibidem, loc. cit.*

que a reparação feita seja integral, de forma a cobrir totalmente os prejuízos sofridos. Aduz ainda que como a indenização se mede pelo dano, deve abranger integralmente este.⁶⁴

O princípio da reparação integral também vai exercer três funções: a função compensatória, qual seja a de reparar totalmente o dano; a função indenitária, de vedar o enriquecimento injustificado do lesado e a função concretizadora de avaliar concretamente os prejuízos efetivamente sofridos pelo ofendido, de forma que abranjam todo o dano, mas não mais que o dano⁶⁵.

Pode-se dizer ainda que, o princípio da reparação integral explica a própria razão de ser da responsabilidade civil, sendo a sua característica central, entretanto, o próprio Código Civil vai trazer mitigações a ele, quando tratar, por exemplo, dos danos causados por incapazes, ou quando a concretude da hipótese demonstrar que há uma desproporção entre a extensão do dano e o grau de culpa do agente⁶⁶.

Dessa forma, para Cavalieri Filho, a função reparatória se constitui na função principal da responsabilidade civil, restabelecendo o equilíbrio jurídico que foi violado, encontrando parâmetro no próprio sentimento de justiça⁶⁷.

A responsabilidade, dentro de sua concepção moderna, consolida-se como o inverso da liberdade, no sentido de que busca o ressarcimento dos danos decorrentes da circulação de bens e obrigações, bem como danos contra a dignidade da pessoa humana. Portanto, a ideia de lesão está no cerne da responsabilidade civil e a sua função primordial, conseqüentemente, será a de reestabelecer o equilíbrio econômico e o equilíbrio jurídico que foi desfeito em virtude do fato danoso⁶⁸.

O dano causado pela ação ou omissão do ofensor rompe o equilíbrio jurídico anteriormente existente entre este e o ofendido, repercutindo em sua esfera patrimonial em determinados casos, ou repercutindo no âmbito moral do indivíduo, como já foi visto no tópico 2.3.2 deste capítulo. Daí surge a necessidade de

⁶⁴ NETTO, Felipe P. Braga. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 105.

⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso De Direito Civil: Responsabilidade Civil, Volume 3**/ Cristiano Chaves De Farias, Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2.ed. ver. ampl. e atual. São Paulo, Atlas, 2015, p. 23.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 24.

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 13.

⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.*, 2012, p. 38.

restabelecimento do equilíbrio violado, recolocando o prejudicado no status quo ante por intermédio da reparação.

A função fundamental da responsabilidade civil vai basear-se no princípio da dignidade da pessoa humana, visando a restituição integral do status que o ofendido se encontrava antes de ser lesado, por meio de uma indenização fixada em proporcionalmente ao dano⁶⁹.

Quando se fala do fundamento reparatório da responsabilidade civil, se é remetido às razões jurídicas pelas quais alguém deverá ser responsabilizado por um dano, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, desenvolvendo uma função de mediação de interesses em conflito, devendo manter em vistas o princípio da proporcionalidade, de forma que não basta a afirmação de que houve um dano patrimonial ou lucro cessante, por exemplo, devendo haver a comprovação de que o dano foi injusto, de que houve violação à direitos ou princípios⁷⁰.

Sendo assim, na reparação do dano causado, a indenização deve ser proporcional, pois do contrário, estraria se responsabilizando a vítima pelo prejuízo patrimonial ou moral que sofreu, bem como, também não deve servir como forma de enriquecimento ilícito da vítima, devendo apenas restaurar a situação anterior ao prejuízo, ou pelo menos minorar seus efeitos⁷¹

Ainda, da função reparatória se faz usual a utilização de três tipos de tutela: a tutela restitutória, onde busca-se reconstituir as condições em que se encontrava o lesado antes da violação de seu direito, como exigência do retorno ao *status quo ante*, o que implica numa preferência pela satisfação *in natura*, quando possível; a tutela ressarcitória, que objetiva compensar o lesado pelo prejuízo ou danos sofridos, no caso de não ser possível uma restauração da situação originária, possuindo, portanto, caráter subsidiário; e a tutela satisfativa, que busca à satisfação *in natura* de uma posição subjetiva que restou não autuada, ou defeituosamente autuada,

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 13.

⁷⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso De Direito Civil: Responsabilidade Civil, Volume 3/** Cristiano Chaves De Farias, Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2.ed. ver. ampl. e atual. São Paulo, Atlas, 2015, p. 38.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. 7, p. 05.

sendo, portanto, uma resposta solidarista ao modelo liberal-individualista da incoercibilidade das obrigações de fazer⁷².

Pode-se entender então, que a responsabilidade civil permite imputar um fato danoso a alguém, enquanto que o ressarcimento tem a finalidade de compensar ou eliminar as consequências de um ilícito, permitindo que se defina um montante e o modo pelo qual esse ressarcimento irá ocorrer, caracterizando-se na própria razão de ser do instituto.

2.4.2 Função punitiva

A função punitiva ou sancionatória da responsabilidade civil visa retribuir o ilícito com uma pena imposta ao infrator, sempre de forma proporcional ao dano causado,⁷³ assumindo a forma de uma pena privada, fazendo-se evidente uma aproximação com da finalidade retributiva da responsabilidade penal, tema a ser tratado no tópico 2.5.1 deste capítulo.

Constitui assim, uma sanção civil, que decorre de uma infração a uma norma de direito privado, cujo objetivo é o interesse particular, sendo, em sua natureza, compensatória, já que abrange uma indenização ou reparação de dano causado por ato ilícito, contratual ou extracontratual e por ato lícito⁷⁴.

Neste sentido, a reparação de um dano consiste na sanção que segue ao accertamento da responsabilidade, possuindo, portanto, em primeiro lugar, uma finalidade reparatória, distinguindo-se da responsabilidade penal, administrativa ou disciplinar, no que tange às sanções. A pena civil então, que prevê uma atuação preventiva por parte dos sujeitos, objetiva conciliar a liberdade de ação com a tutela da saúde e da segurança dos indivíduos, bem como a correção nos

⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso De Direito Civil: Responsabilidade Civil, Volume 3/** Cristiano Chaves De Farias, Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2.ed. ver. ampl. e atual. São Paulo, Atlas, 2015, p. 39.

⁷³ NORONHA, Fernando. **O direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. Volume 1.** São Paulo, Saraiva, 2007, p. 437.

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. 7, p. 08.

comportamentos, transparência nas relações e informações e equidade no tratamento⁷⁵.

Ainda, a indenização de caráter exemplar ou punitivo é estabelecida como uma resposta jurídica ao comportamento do ofensor e como mecanismo de defesa de interesses socialmente relevantes⁷⁶.

Em especial no tocante à reparação por danos extrapatrimoniais, ou danos morais, tema já abordado no tópico 2.3.2.2, fica clara a presença desta função, mesmo que em um menor grau, sobretudo se verificado que o causador do dano agiu com dolo ou forte culpa.⁷⁷

Deste modo, é possível dizer que a função punitiva da responsabilidade civil consiste na aplicação de uma pena civil ao ofensor como uma forma de desestimular comportamentos reprováveis, desenvolvendo “uma função de instrumento de controle social e difuso no confronto de atividades potencialmente lesivas, seja conjuntamente, em substituição ou em suplência aos tradicionais instrumentos administrativos ou penais de responsabilização”⁷⁸.

Há, portanto, nessa sanção, uma razão de ordem ética, que deve ser acolhida com adequação e moderação no campo da responsabilidade civil, uma vez que se trata de direito privado, e não de direito público, como se dá com as sanções no direito penal⁷⁹.

Por fim, pode-se dizer que a função punitiva da responsabilidade civil vem sendo amplamente utilizada para assegurar a proteção dos atributos da personalidade, bem como para sancionar violações de normas de conduta, influenciando, inclusive, na função precaucional da responsabilidade, tema a ser tratado no próximo tópico, já que acaba por inibir comportamentos lesivos.

⁷⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso De Direito Civil: Responsabilidade Civil, Volume 3/** Cristiano Chaves De Farias, Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2.ed. ver. ampl. e atual. São Paulo, Atlas, 2015, p. 51.

⁷⁶ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais.** São Paulo, Saraiva, 1996, p. 184.

⁷⁷ NORONHA, Fernando. **O direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. Volume 1.** São Paulo, Saraiva, 2007, p. 439.

⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit*, 2015, p. 44 *et. seq.*

⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral.** 4a ed., São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004, p. 33.

2.4.3 Função precaucional

Por sua vez, a função precaucional, preventiva, ou ainda, dissuasória, vai atuar conjuntamente com a função punitiva, tendo como objetivo desestimular condutas prejudiciais futuras uma vez que obrigando o autor do dano a reparar o dano causado, contribui para coibir a prática de outros atos danosos não só pela mesma pessoa como por quaisquer outras⁸⁰.

Pode-se dizer ainda que tal função tem como base o princípio da prevenção, que é de suma importância, tendo em vista que a prevenção é o cerne da responsabilidade civil em sua concepção contemporânea, tornando a questão de evitar e mitigar um dano, a sua questão central. Ou seja, ao invés de reagir ao dano consumado por meio da reparação ou da indenização, deve-se conservar e proteger tanto os bens existenciais quanto os patrimoniais de forma proativa. Isso significa que todas as pessoas têm o dever de evitar causar danos injustos, agindo de acordo com a boa-fé e adotando comportamentos prudentes, de forma a evitar a consumação do dano, ou a mitigar a sua extensão ou o seu agravamento⁸¹.

É importante ressaltar que, na sociedade de riscos é fundamental que o ordenamento jurídico induza, de forma generalizada, comportamentos virtuosos, orientando possíveis ofensores a adotar medidas de segurança que evitem condutas danosas, e um exemplo disso, é a tutela inibitória prevista pelo direito civil, que permite que se previna o ilícito antes mesmo que ele se produza, demonstrando um desestímulo a comportamento antijurídicos e a transformação social pretendida pela Constituição⁸².

Entretanto, o fato de a responsabilidade civil estar mais voltada para a sua dimensão preventiva, em nada desmerece a sua dimensão compensatória, que continua a ter grande relevância. O que ocorre é que o sistema de responsabilidade civil não pode permanecer neutro perante valores juridicamente relevantes socialmente, de forma

⁸⁰ NORONHA, Fernando. **O direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. Volume 1.** São Paulo, Saraiva, 2007, p. 439.

⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso De Direito Civil: Responsabilidade Civil, Volume 3/** Cristiano Chaves De Farias, Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2.ed. ver. ampl. e atual. São Paulo, Atlas, 2015, p. 19.

⁸² *Ibidem*, p. 20.

que todas as suas dimensões e perspectivas de proteção efetiva dos direitos merecem destaque, seja preventivamente ou seja de forma compensatória⁸³.

Neste sentido, responsabilizar já significou punir, reprimir, culpar; com o advento da teoria do risco, responsabilizar se converteu em reparação de danos. Agora, some-se à finalidade compensatória a ideia de responsabilidade como prevenção de ilícitos⁸⁴.

Ainda, para Noronha, a função precaucional pode ser comparada à função da pena criminal, visando dissuadir tanto o lesante (prevenção especial), quanto outras pessoas (prevenção geral) da prática de atos que possam vir a ser prejudiciais a outros⁸⁵.

Pode-se dizer, então, que a responsabilidade civil em seu conceito moderno, é um reflexo da sociedade atual, de uma sociedade de risco. Na sociedade de risco, o passado fica em segundo plano em relação ao presente, e é substituído pelo futuro, já que se passa a tomar cuidados e a criar medidas que evitem ou mitiguem problemas e danos no amanhã. Para enfrentar os possíveis riscos e ameaças, de forma a tentar garantir uma certa segurança social, o direito faz uso dos princípios da prevenção e da precaução, que se manifestam na atitude de antecipar riscos graves e irreversíveis⁸⁶.

Atualmente, cada vez mais se exige do Estado e da sociedade a prevenção de eventos danosos, não mais se admitindo apenas a mera reparação do prejuízo suportado que, muitas vezes se torna insignificante ou mesmo inútil, se a lesão é de grande extensão e/ou atinge um número considerável ou indefinido de pessoas, como nos danos coletivos ou difusos, sendo essencial a sua prevenção⁸⁷.

Cristiano Chaves faz ainda uma diferença entre o princípio da prevenção e da precaução, esclarecendo que “o princípio da prevenção será aplicado quando o risco de dano for atual, concreto e real”, enquanto que “o princípio da precaução deve ser

⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso De Direito Civil: Responsabilidade Civil, Volume 3/** Cristiano Chaves De Farias, Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2.ed. ver. ampl. e atual. São Paulo, Atlas, 2015, p. 21.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 22;

⁸⁵ NORONHA, Fernando. **O direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. Volume 1.** São Paulo, Saraiva, 2007, p. 440.

⁸⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.*, 2015, p. 46.

⁸⁷ DONNINI, Rogério José Ferraz. **Prevenção de danos e a extensão do princípio neminem laedere.** In Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana, Rosa Maria de Andrade Nery e Rogério Donnini (Coords.), São Paulo: RT, 2009, p. 494.

aplicado no caso de riscos potenciais ou hipotéticos, abstratos e que possam levar aos chamados danos graves e irreversíveis”.⁸⁸ Dessa forma, pode-se dizer que a prevenção e a precaução se diferenciam pela incerteza.

A responsabilidade civil tradicional foi moldada para solucionar os conflitos de forma intersubjetiva, reativa a um fato pretérito. Já no seu contexto moderno, da sociedade de riscos, ela passa por uma adaptação, protegendo o futuro em uma perspectiva de responsabilização proativa, de modo que possa lidar com danos difusos, atemporais e com efeitos que ultrapassam fronteiras⁸⁹.

Dessa forma, é possível dizer que o princípio da precaução surge então em um cenário onde existe um embate entre o ordenamento jurídico e atividades que possam vir a causar danos que não sejam passíveis de serem compensados ou protegidos por seguros. São os danos nucleares, químicos, ecológicos e genéticos, por exemplo, sendo o direito ambiental um dos precursores do princípio da precaução, como pode ser observado no art. 15 da Declaração da ECO 92⁹⁰, por exemplo,

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

A função precaucional da responsabilidade civil vai conduzir ainda, efeitos inibitórios sobre os sujeitos, tendo em vista que o risco de sanção vai desestimular o exercício de atividades potencialmente danosas. Entretanto, a precaução não pode impedir toda e qualquer tipo de atividade potencialmente danosa, afinal, toda atividade tem o potencial de causar danos, em diferentes graus e versões. Se o Estado impedisse essas atividades, restaria configurado um mundo estático, sem liberdade, sem geração de conhecimentos, sem nenhum tipo de avanço. Desta forma, é preciso fazer a ponderação entre dois princípios: o da precaução e o da proporcionalidade⁹¹.

⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso De Direito Civil: Responsabilidade Civil, Volume 3/** Cristiano Chaves De Farias, Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2.ed. ver. ampl. e atual. São Paulo, Atlas, 2015, p. 47.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 48.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 49.

⁹¹ *Ibidem*, *loc. cit.*

Logo, tão importante quanto a função de punir comportamentos lesivos que já ocorreram, é aquela de prevenir a sua ocorrência para que eventualmente não exista um dano a se reparar.

2.4.4 A prevenção como cerne da responsabilidade civil contemporânea

Conforme o tempo e o lugar, a responsabilidade civil passou a incorporar quatro funções: a função de reagir ao ilícito que gera um dano para reparar a vítima; a função de levar a vítima de volta ao estado em que se encontrava antes de sofrer o dano; a função de punir civilmente o sujeito que causa um dano e a função de desestimular o cometimento de danos futuros⁹².

Entretanto, se fala das funções reparatória, punitiva e precaucional da responsabilidade civil, mas não é possível falar de uma função exclusivamente preventiva. Isso porque, a prevenção, em seu sentido *latu*, é um dos princípios da responsabilidade civil, e, portanto, inafastável dela, de forma que surge como consequência da aplicação de qualquer de suas três funções. A prevenção reside no núcleo da responsabilidade civil, e todas as suas vertentes, reparatória, punitiva, precaucional e preventiva, são harmônicas, compatíveis, onde cada uma protege uma necessidade, e nunca excludentes⁹³.

Dessa forma, é pertinente dizer que a prevenção está no cerne da responsabilidade contemporânea, atuando em todas as suas funções. Na função reparatória, gerará uma prevenção de danos; na função punitiva, induzirá a uma prevenção de ilícitos e na função precaucional, prevenirá os riscos futuros.

2.5 MODALIDADES DE RESPONSABILIDADE

O gênero “responsabilidade” implica sempre no exame de uma conduta. Entretanto, esse mesmo raciocínio, no campo jurídico, não se restringe à seara civil, podendo

⁹² FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso De Direito Civil: Responsabilidade Civil, Volume 3/** Cristiano Chaves De Farias, Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2.ed. ver. ampl. e atual. São Paulo, Atlas, 2015, p. 54.

⁹³ *Ibidem, loc. cit.*

implicar em várias espécies distintas, a depender de onde surgiu o dever que foi violado, bem como qual foi o elemento subjetivo dessa conduta, mas que podem conviver, não sendo excludentes. Dessa forma, cabe um exame mais detalhado das várias naturezas e modalidades da responsabilidade.

2.5.1 Responsabilidade civil e penal

A ilicitude não é uma particularidade do Direito Penal, sendo ela, essencialmente, uma contrariedade entre a conduta e a norma jurídica, e que pode ter lugar em qualquer ramo do Direito. Será feita a distinção terminológica entre ilicitude penal ou civil tendo exclusivamente em vista a norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente. No caso do ilícito penal, o agente infringiu uma norma penal, de Direito Público; e no caso ilícito civil, a norma violada é de Direito Privado⁹⁴.

A separação entre uma e outra ilicitude então, atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, amoldados à medida do interesse da sociedade e do Estado, sendo variáveis no tempo e no espaço.⁹⁵

Cabe ressaltar que o conceito de reparar o dano injustamente causado só foi surgir em época relativamente recente da história do Direito. Inicialmente, a responsabilidade civil e penal confundiam-se, sendo posteriormente dissociadas, aplicando em relação à primeira a indenização, uma forma de sanção civil e, no tocante à segunda, a pena⁹⁶.

Em um primeiro momento, não havia nenhum tipo de distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, sendo tudo uma única pena imposta ao sujeito causador do dano. Posteriormente, entre os romanos, surgiu uma leve distinção com o surgimento da *Lex Aquilia*, onde apesar da responsabilidade continuar sendo penal, a indenização pecuniária passou a ser única nos casos de danos decorrentes de atos lesivos não ilícitos⁹⁷.

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p.15.

⁹⁵ *Ibidem, loc, cit.*

⁹⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Vol. IV, p. 22.

⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 57.

Foi feita então uma diferenciação entre delitos públicos e privados como uma ideia inicial sobre a distinção entre a pena e a reparação. Assim, o delito público tinha posição mais elevada, quando havia violação de uma norma jurídica que o Estado considerava de relevante importância social, enquanto o delito privado era a ofensa feita à pessoa ou aos seus bens⁹⁸.

Atualmente, com a distinção e individualização dos dois tipos de responsabilidade, é possível que um mesmo ato enseje a incidência só da responsabilidade civil, só da responsabilidade penal, ou de ambas, simultaneamente.

Carlos Roberto Gonçalves⁹⁹ explica ainda que a responsabilidade penal incide quando o autor do dano lesivo infringe uma norma de direito público, ferindo interesses da sociedade como um todo. Já na responsabilidade civil, o interesse lesado é majoritariamente privado, e a vítima poderá pleitear uma reparação ou não. Dessa forma, se um sujeito ao causar um dano, infringe normas públicas e privadas, ele será obrigado a uma reparação tanto no âmbito civil, quanto no âmbito público.

O ilícito civil é um *minus* ou *residuum* em relação ao ilícito penal. De outro modo, aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos graves¹⁰⁰.

Pode-se dizer ainda, que os fundamentos da responsabilidade civil e da responsabilidade penal são basicamente os mesmos, restando nas condições em que surgem o seu diferencial, sendo as condições da responsabilidade penal muito mais exigentes do que as condições da responsabilidade civil quanto ao aperfeiçoamento de seus requisitos, tendo em vista as consequências de cada uma delas¹⁰¹.

Entretanto, apesar de seu fundamento ser próximo, existem diferenças entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal. Na responsabilidade penal, há a pessoalidade, ou seja, ela é intransferível já que o sujeito causador do dano responde com a sua própria liberdade, o que enseja que ele tenha todas as

⁹⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 6. ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 223.

⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 57.

¹⁰⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p.15.

¹⁰¹ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 10. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 17.

garantias possíveis contra o Estado, que deve reprimir a atitude e arcar com o ônus da prova¹⁰².

Já na responsabilidade civil, não existe essa pessoalidade, tendo ela um caráter patrimonial, existindo, inclusive, várias hipóteses de responsabilidade por ato de terceiro. Além disso, via de regra, o ônus de provar que sofreu o dano cabe a vítima, que muitas vezes tem de enfrentar grandes empresas ou até o próprio Estado, motivo pelo qual o ordenamento jurídico e jurisprudencial vêm desenvolvendo formas de cerca-lo de garantias que lhe assegurem o ressarcimento do dano¹⁰³.

Outra grande diferença é o requisito da tipicidade na responsabilidade penal, onde é necessário que se adeque perfeitamente o fato à norma. Na responsabilidade civil, por outro lado, é possível que não exista previsão legal do fato, bastando que uma ação ou omissão viole direito e cause um dano a outra pessoa. Além disso, a imputabilidade também é um fator diferenciador, já que na responsabilidade civil, admite-se que os menores de 18 sejam responsabilizados, se as pessoas encarregadas de sua guarda não puderem fazê-lo, desde que não fiquem privadas do necessário, como prevê o Parágrafo Único do art. 928 do Código Civil¹⁰⁴. Entretanto, na responsabilidade penal, somente os maiores de 18 são responsáveis por seus atos, enquanto que os menores estão sujeitos somente à medidas protetivas e socioeducativas, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰⁵.

2.5.2 Responsabilidade civil contratual

Como já foi visto, quem infringir algum dever jurídico, de forma que resulte em dano para outrem, será obrigado a indenizar. Esse dever jurídico, passível de uma violação lesiva, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, ou seja, originária de um contrato, ou, pode ter como sua causa geradora, uma obrigação imposta por um preceito geral de direito, ou pela lei. É essa dicotomia que divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, que, apesar de

¹⁰² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 58.

¹⁰³ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁰⁴ Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

¹⁰⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, 2012, *loc.cit.*

possuírem elementos em comum, quais sejam, o dano, um ato ilícito e nexos causal, são distintas entre si¹⁰⁶.

Dessa forma, infere-se que, se preexiste um vínculo obrigacional e há um inadimplemento, a consequência é o dever de indenizar por conta de um ilícito contratual ou relativo. Entretanto, se há uma lesão a um direito subjetivo de outrem, por ofensa à um dever jurídico previsto pela lei, sem que entre eles haja relação jurídica preexistente, surge o dever de indenizar por conta de um ilícito aquiliano¹⁰⁷ ou absoluto¹⁰⁸.

Neste sentido, pertinente aduzir que há responsabilidade civil contratual então, quando houver a violação de um dever jurídico preexistente, previsto em um contrato, ou seja, quando houver um inadimplemento ou um ilícito contratual, quando houver desrespeito à norma convencional que define o comportamento dos contratantes e aos deveres específicos aos quais deveriam ter tido observância.

Em relação a seara trabalhista, a responsabilidade contratual é aquela que é proveniente de um contrato preexistente, e que pode se manifestar de forma objetiva, ou seja, sem culpa, por um dano causado ao empregado decorrente da simples e regular execução do contrato de trabalho, ou, de forma culposa, e razão da não execução de uma obrigação, principal ou secundária, ou ainda, da não observação de um dever anexo de conduta¹⁰⁹.

É importante observar ainda que a linha que delimita uma espécie de responsabilidade da outra não é a pura existência ou inexistência de um contrato entre as partes, mas sim, que o dano causado e que precisa ser reparado, tenha se originado da execução de um contrato mantido por elas. É possível, inclusive, que um empregador indenize seu empregado, com base na responsabilidade

¹⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 16.

¹⁰⁷ A expressão se refere à *Lex Aquilia*, que contribui de forma marcante para a formação da responsabilidade civil, como já visto no tópico 2.2 deste capítulo.

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, 2012, p. 17.

¹⁰⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil No Direito Do Trabalho: Dano Moral E Material, Acidente E Doença Do Trabalho, Dano Pré E Pós-Contratual, Responsabilidade Subjetiva E Objetiva, Dano Causado Pelo Empregado, Assédio Moral E Sexual**. São Paulo, LTR, 2005, p. 79.

extracontratual, ou aquiliana, por um dano que tenha acontecido fora da relação contratual, mas que ainda assim, envolva as mesmas partes¹¹⁰.

Outro elemento diferenciador que pode ser apontado é em relação ao ônus da prova, já que na responsabilidade civil aquiliana, por ter sido violado um dever negativo, de não causar dano, a culpa deve ser provada pelo ofendido, enquanto que na responsabilidade civil contratual, por já haver um contrato, e com ele obrigações já firmadas, a responsabilidade é presumida, cabendo ao ofendido apenas provar o descumprimento da obrigação, restando ao devedor o ônus de provar que não agiu com culpa ou que não hánexo causal¹¹¹.

No sistema jurídico brasileiro essa divisão não é estanque, havendo uma verdadeira simbiose entre estes dois tipos de responsabilidade, uma vez que muitas das regras aplicadas à um, também se aplicam ao outro. Um exemplo é o Código de Defesa ao Consumidor, que no que se refere à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, superou a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, equiparando todas as vítimas de acidente de consumo ao consumidor, submetendo a responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, quando suas atitudes violarem um dever de segurança, ou seja, ele será responsável quando o seu produto ou serviço der causa a um acidente de consumo, sendo suas relações contratuais ou não¹¹².

2.5.3 Responsabilidade civil pré-contratual

A responsabilidade civil pré-contratual, também denominada de responsabilidade por culpa in *contrahendo* ou culpa na formação dos contratos, corresponde à obrigação de indenizar surgida anteriormente à conclusão do negócio jurídico¹¹³.

¹¹⁰ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil No Direito Do Trabalho: Dano Moral E Material, Acidente E Doença Do Trabalho, Dano Pré E Pós-Contratual, Responsabilidade Subjetiva E Objetiva, Dano Causado Pelo Empregado, Assédio Moral E Sexual**. São Paulo, LTR, 2005, p. 79.

¹¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62.

¹¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 17.

¹¹³ SILVA, Thais Borges da. **A responsabilidade civil pré-contratual**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7927>. Acesso em 18 out 2016.

Há grande controvérsia acerca do tema da responsabilidade pré-contratual, mas não se deve resumir-se a enquadrá-la, considerando apenas o fato de que o contrato ainda não foi formado, como uma das vertentes da responsabilidade extracontratual.

É preciso observar que o dano pré-contratual não decorre de uma violação de uma obrigação principal do contrato, mas sim de um dever de conduta imanente aos sujeitos do contrato, pautado no princípio da boa-fé.

E que, ainda excede o âmbito contratual, impondo o dever de agir com lealdade, lisura e consideração com o outro polo da relação desde o momento das tratativas até mesmo após a rescisão do contrato¹¹⁴.

Deste modo, pode-se dizer que a relação jurídica pré-contratual impõe, segundo padrões de honestidade, sigilo, informação, cuidado, lealdade e confiança, regras de comportamento a serem seguidas pelas partes.

Conforme Maurício Godinho Delgado¹¹⁵, o princípio da boa-fé objetiva significa um critério geral que estimula o reconhecimento, no plano das relações jurídicas, bem como reverência, para fins jurídicos, a sinceridade, a retidão e a honradez nas condutas dos sujeitos de direito na vida social e em suas relações com outrem.

A boa-fé, ainda, pode ser entendida como sendo, por si só, um conceito essencialmente ético, com o entendimento de não prejudicar outras pessoas.¹¹⁶

Para Coelho, a boa-fé também é conexa à Teoria do Abuso de Direito, limitando a liberdade das partes no contrato de acordo com os princípios da equidade e da solidariedade social¹¹⁷.

Desse modo, denota-se que a boa-fé objetiva é uma regra de conduta extensiva a qualquer relação jurídica e, portanto, aplicável também ao Direito do Trabalho. Trata-se então, de um princípio e também uma regra, cuja esfera de atuação abrange desde as tratativas que precedem a formação do contrato a até mesmo depois do

¹¹⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil No Direito Do Trabalho: Dano Moral E Material, Acidente E Doença Do Trabalho, Dano Pré E Pós-Contratual, Responsabilidade Subjetiva E Objetiva, Dano Causado Pelo Empregado, Assédio Moral E Sexual**. São Paulo, LTR, 2005, p. 86.

¹¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 170.

¹¹⁶ MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 7.

¹¹⁷ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Responsabilidade civil pré-contratual em Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p.86.

seu término. Seu objetivo é o de fiscalizar o comportamento das partes durante todo o processo obrigacional, instituindo-lhes direitos e deveres.

Pode-se dizer, ainda, que a confiança negocial e o princípio da boa-fé objetiva são os fundamentos jurídicos da responsabilidade civil pré-contratual, tendo em vista que tentam fazer com que o relacionamento entre as partes seja harmônico, solucionando possíveis conflitos entre a vontade das partes e a declaração manifestada, privilegiando uma comunicação honesta.

Nesse sentido é a cláusula geral inserida no art. 422 do Código Civil, que dispõe que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Apesar de a redação dada pelo legislador no art. 422 se referir à incidência da boa-fé objetiva apenas na fase de execução da relação jurídica contratual, este princípio também deve incidir na fase pré-contratual.

Consoante a isto, Soares diz que mesmo que o referido artigo não tenha sido alterado, a boa-fé também deve incidir tanto nas fases pré, quanto pós-contratual, uma vez que, incontestavelmente, em todas as fases do contrato está inserto o dever de boa-fé e de probidade, tendo em vista, principalmente, que se trata de uma cláusula geral de ordem pública, impondo atitudes de probidade e conformidade não somente nas relações contratuais, mas também em qualquer outra relação jurídica.

Dessa forma, o mais acertado é que caiba uma interpretação extensiva da referida norma com o objetivo de incluir também as situações não expressamente referidas no seu texto.¹¹⁸

Para Coelho, o Código Civil consentiu com a tendência europeia, elevando a boa-fé a uma condição de pressuposto inafastável da validade dos negócios jurídicos caracterizando-a como o fundamento e razão de ser da responsabilidade pré-contratual¹¹⁹.

¹¹⁸ SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. **A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato**. São Paulo: LTr, 2008, p. 91.

¹¹⁹ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Responsabilidade civil pré-contratual em Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p.68 *et. seq.*

Isto posto, a 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, em uma decisão¹²⁰ proferida sobre responsabilidade pré-contratual no Direito do Trabalho, tendo como Relator o Desembargador Federal Anemar Pereira Amaral, decidiu que a responsabilidade civil do empregador, não se resume apenas ao período contratual, abarcando também a fase pré-contratual, com base no quanto disposto no artigo 422, que estabelece que deve haver seriedade nas negociações preliminares e confiança entre as partes, de forma a ser possível o reconhecimento da responsabilidade da parte cuja desistência na concretização do negócio tenha gerado prejuízos ou danos à outra.

Ainda, continuou no sentido de que a promessa de emprego, mesmo que se encontre no processo seletivo, deve se reger pelo princípio da boa-fé objetiva, devendo as partes agirem com clareza e honestidade durante todo o processo contratual, ainda que o contrato não venha a se aperfeiçoar¹²¹.

Dessa forma, não se pode negar que as tratativas de um contrato são feitas pelos sujeitos nas condições de pré-contratante e precontratado¹²², o que leva a concluir que a responsabilidade civil pré-contratual resulta da quebra do dever de boa-fé negocial, motivo pelo qual deve ser considerada como parte da responsabilidade contratual e não extracontratual já que, apesar de o contrato não estar aperfeiçoado, se faz possível a verificação de uma formação negocial, mesmo que incipiente.

Cabe ainda fazer a ressalva de este tema voltará a ser tratado no tópico 4.5.2 deste trabalho, destinado a tratar sobre a existência ou não da responsabilidade pré-contratual quando da ocorrência de discriminação estética nas tratativas das relações de emprego. Ainda, será abordado outros motivos que podem dar ensejo a esta responsabilidade, bem como qual o seu interesse jurídico, e se uma eventual indenização seria decorrente de um direito absoluto ou relativo.

¹²⁰ MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho. RO 00458-2011-089-03-00-9. Relator: Desembargador Anemar Pereira Amaral, 6ª Turma, DEJT, Minas Gerais, Belo Horizonte, 28.05.2013.

¹²¹ *Idem, Ibidem.*

¹²² DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil No Direito Do Trabalho: Dano Moral E Material, Acidente E Doença Do Trabalho, Dano Pré E Pós-Contratual, Responsabilidade Subjetiva E Objetiva, Dano Causado Pelo Empregado, Assédio Moral E Sexual.** São Paulo, LTR, 2005, p. 89.

3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SEUS REFLEXOS NA SEARA TRABALHISTA

Uma das questões mais polêmicas e atuais do direito e, em especial, ao direito do trabalho, se refere à discriminação, que na sociedade atual, assume as mais diversas formas e modalidades. Apesar de a discriminação ser um problema tão antigo quanto a própria sociedade, é necessário o esforço contínuo e engajado, tanto por parte do Estado, quanto por parte das sociedades envolvidas para que essa prática seja paulatinamente erradicada.

Para o Direito do Trabalho faz-se mister o estudo da discriminação nas relações de emprego, principalmente no que se refere ao acesso ao trabalho, tendo em vista que promover a igualdade de oportunidades e eliminar todas as formas de segregação são alguns dos elementos fundamentais da Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho Decente da Organização Internacional do Trabalho.

Neste sentido, torna-se clara a importância de se aprofundar o estudo sobre os princípios constitucionais, em especial ao princípio da igualdade, uma vez que ele permitirá identificar determinadas condutas praticadas pelos potenciais empregadores como legítimas ou ilegítimas, bem como, falar em discriminação positiva ou negativa.

3.1 NOÇÃO DE PRINCÍPIO

Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, são unânimes em afirmar que as normas mais importantes de um ordenamento jurídico são os princípios.

Para Humberto Ávila¹²³, os princípios se distinguem das regras na medida em que possuem um grau de abstração e generalidade normativa, uma vez que se dirigem a um número indeterminado de pessoas e circunstâncias. Além disso, os princípios tem um fundamento de validade distinto, na medida em que são decorrentes da

¹²³ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 215, p.151-179, jan/mar.1999, p. 157.

própria noção de Estado de Direito, enquanto que as regras são dedutíveis de textos normativos.

Ainda, os princípios contêm fundamentos, que não determinam vinculativamente uma decisão, mas sim, devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso, demonstrável pelo fato de que na hipótese de choque entre princípios, o princípio com peso relativamente maior na situação irá se sobrepor ao outro, de menor peso relativamente, sem que este perca a sua validade¹²⁴.

Neste sentido, pode-se dizer que os princípios estabelecem deveres de otimização aplicáveis em diversos graus, de acordo com as possibilidades normativas e fáticas. Normativas já que a aplicação dos princípios dependem dos princípios e regras que a ele se contrapõem; e fáticas, tendo em vista que o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.¹²⁵

Pode-se dizer ainda que, os princípios veiculam valores, constituindo a alma para a formação de uma sociedade, concedendo o sentido dinâmico das normas e regras jurídicas, estabelecendo condições socioeconômicas que estejam ao alcance de todos. É, também, por meio dos princípios que os operadores do direito vão conhecer melhor o sistema, alcançando soluções mais adequadas aos casos concretos¹²⁶.

Cabe ainda tratar das funções dos princípios, como base no quanto exposto por Fernanda da Silva¹²⁷, que ensina que a filosofia jurídica contemporânea, de forma majoritária, considera os princípios como uma classe de normas com respaldo institucional e amparo na Constituição utilizados para contribuir na interpretação das normas, configurando sua função interpretativa; colmatar suas lacunas, por meio da sua função integrativa; bem como, para orientar o legislador e os órgãos de

¹²⁴ DWORKIN, Ronald *apud* ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 215, p.151-179, jan/mar.1999, p. 158.

¹²⁵ ALEXY, Robert *apud* ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.*, 1999, p. 159.

¹²⁶ MARQUES, Christiani. **O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 139.

¹²⁷ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio Constitucional da Igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 2 *et. seq.*

produção normativa, cerceando a sua discricionariedade, através de sua função normativa, mesmo nos casos em que nenhum preceito constitucional esteja em jogo.

Vale ressaltar, contudo, que a utilização dos princípios não viola a separação já sedimentada entre o Direito e a moral, mas tão somente, permite que se conceba a ordem jurídica como um sistema normativo “quase moral”, já que ao estar submissa aos princípios, a produção de normas e decisões tende a se apresentar como não-exclusivamente moral, já que sempre restarão presentes elementos substantivos ou materiais¹²⁸. Christiani Marques¹²⁹ aduz ainda que os princípios fundamentais é que vão constituir uma base para que seja possível alcançar uma sociedade solidária e fraterna.

Fernanda da Silva¹³⁰ explica que a origem dos princípios se encontra no próprio ordenamento jurídico, e que pode se dar de duas formas diversas a depender da sua explicitação. Em primeiro lugar, os princípios podem encontrar-se expressamente previstos pelo direito positivo, como a Constituição, sendo chamados de princípios expressos ou positivos. Em segundo lugar, os princípios podem não estar expressamente delineados em nenhuma disposição de norma, sendo extraídos do ordenamento jurídico pelos operadores do direito, num processo de interpretação-aplicação, sendo chamados de princípios implícitos ou princípios gerais de direito.

Vale ressaltar que, conforme o que ensina Eros Roberto Grau¹³¹, tais princípios não constituem mera criação jurisprudencial tendo em vista que já se acham em estado de latência no ordenamento jurídico, sendo apenas declarados pelo agente jurídico, possuindo, portanto, respaldo no próprio ordenamento jurídico.

Dessa forma, pode-se afirmar que os princípios se configuram na estrutura basilar de todo e qualquer ordenamento jurídico, que estabelecem deveres de otimização e veiculam valores, bem como, orientando a aplicação do próprio Direito por meios de suas funções.

¹²⁸ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio Constitucional da Igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 3.

¹²⁹MARQUES, Christiani. **O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 139.

¹³⁰ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Op. cit.*, 2003, p. 6.

¹³¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 50.

3.2 CONCEITO

Pode-se dizer que a igualdade é, essencialmente, uma extensão dos direitos humanos, integrando a categoria das liberdades públicas, portanto, direito fundamental de primeira geração, e, sendo assim, impõe ao Estado um dever, uma prestação de tutela e abstenção de práticas lesivas¹³².

Neste sentido, a Constituição Federal de 88, no caput do seu art. 5º¹³³, ao prescrever que “todos são iguais perante a lei”, consagrou a igualdade formal, tema a ser tratado no tópico seguinte, como um meio de limitação do poder do Estado Liberal, todavia, a evolução histórica da humanidade e as necessidades emergentes do convívio social demonstraram que o valor da igualdade deve ser repensado, a fim de que as especificidades e diferenças dos sujeitos titulares de direitos sejam observadas e respeitadas, pois há necessidade de transitar-se da igualdade formal para a igualdade material ou substantiva¹³⁴.

Segundo Canotilho¹³⁵, o princípio da igualdade não é apenas um princípio de Estado de Direito, mas também um princípio de Estado Social, podendo ser considerado como um princípio de justiça social, estando regulamentado tanto na legislação constitucional e infraconstitucional, quanto internacional.

Neste sentido, Carmen Lúcia Antunes Rocha¹³⁶, afirma que a igualdade no Direito é arte do homem e, em razão disto, o princípio jurídico da igualdade é tanto mais legítimo quanto mais próximo estiver de ser conteúdo da ideia de Justiça em que a sociedade se pauta. Além disso, o sentido de igualdade muda conforme muda o ser humano em sua convivência política, e se mais rápido não é um seu transformar-se e aproximar-se do ideal justo a se buscar é porque o Direito continua sendo obra do

¹³² NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; ALKIMIN, Maria Aparecida. **Limites Do Poder De Direção Do Empregador E A Discriminação Estética Na Relação De Emprego**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=da54dd5a0398011c>>. Acesso em: 25 ago. 2016, p. 5.

¹³³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade[...]

¹³⁴ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 241.

¹³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 430.

¹³⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio Constitucional de Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 36.

vencedor na história em que o vencido acaba discriminado em seus direitos e em suas oportunidades de vir a crescer e evoluir.

A igualdade, portanto, muda de acordo com a convivência do ser humano na sociedade, de forma que devem ser aceitas as diferenças entre os indivíduos e o tratamento deve ser dado de acordo com as desigualdades. Tratar com respeito e igualdade de tratamento, de condições e oportunidades aqueles que são desiguais, respeitadas as desigualdades, é ser justo, e, portanto, igualitário, fazendo efetiva a igualdade material, tema que será abordado no tópico 3.3.2.

3.2.1 Igualdade Formal

O Constituinte de 1988 adotou no caput do art. 5º o sentido de que a igualdade formal permite que o intérprete da norma, seja ele particular ou a própria Administração Pública) ou o julgador, aplique o direito de forma idêntica, sem distinções. Ou seja, a igualdade formal garante um tratamento igualitário a todos os indivíduos sem qualquer distinção¹³⁷.

Para Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva¹³⁸, a igualdade formal consiste no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios abrigados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional.

Já para Carlos Roberto Siqueira Castro¹³⁹, a regra de que todos são iguais perante a lei, ou de que todos merecem a mesma proteção da lei, são expressões de uma isonomia formal e jurídica, que traduz, na sua origem, a exigência de simples igualdade entre os sujeitos de direito perante a ordem normativa, impedindo que se dê um tratamento diferenciado para situações de fato idênticas ou parecidas.

A igualdade perante a lei, ou seja, a igualdade formal então, visa proteger a liberdade do indivíduo contra os excessos das interferências governamentais e dos legisladores, bem como pretende evitar qualquer tipo de discriminação. Entretanto, é

¹³⁷ MARQUES, Christiani. **O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 164.

¹³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; SILVA, Ives Gandra da. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. vol. 2, p. 166.

¹³⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 36.

importante ressaltar que a face da igualdade formal não veda qualquer tipo de discriminação, sendo possível que haja uma diferenciação, desde que atenda a critérios lógicos, tendo como pressuposto, inclusive, a ideia de que nenhum princípio é absoluto¹⁴⁰.

Neste mesmo sentido, Grasielle Nascimento e Renata Nunes¹⁴¹ fazem a ressalta de que a igualdade formal retrata a igualdade perante a lei, protege os indivíduos contra abusos do Estado, mas não veda a discriminação, embora pretenda evitá-la. Isto porque é possível tratar de forma desigual os desiguais, o que se configura como uma discriminação positiva, através da igualdade substancial, conforme será abordado no próximo tópico.

Neste sentido, José Souto Maior Borges¹⁴², explica que apenas a igualdade garante a igualdade, ou seja, se todos são iguais perante a lei, no sentido de que a lei se aplica a todos, indiscriminadamente, porém, o seu conteúdo não obriga a isonomia, haverá uma violação da igualdade material, assunto que será melhor explicado no tópico seguinte. Em contrapartida, se uma lei considerada isonômica não se aplica a todos, restará que nem todos são iguais perante a lei, ou seja, iguais serão somente aqueles a quem a lei se aplica, ficando de fora da abrangência da isonomia aqueles que não o forem, restando configurada, portanto, uma violação a igualdade formal.

A igualdade formal, inclusive, além de estar disposta no caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988, também pode ser encontrada em diversos outros dispositivos da Carta Magna, tendo em vista que o Constituinte entendeu necessárias tais repetições para ressaltar a importância de tal princípio e para facilitar a proteção do cidadão¹⁴³.

¹⁴⁰ MARQUES, Christiani. **O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 164.

¹⁴¹ NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; NUNES, Renata Cristina da Silva. **A Discriminação Estética na Relação de Emprego Decorrente do Uso de Vestimentas Religiosas e os Limites ao Poder de Direção do Empregador**. 2016. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=da54dd5a0398011c>>. Acesso em: 31 ago. 2016, p. 12.

¹⁴² BORGES, José Souto Maior. Princípio da isonomia e sua significação na Constituição de 1988. In Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 93: 4-40, janeiro a março de 1990, p. 38.

¹⁴³ MARQUES, Christiani. *Op. cit.*, 2002, p. 165.

Vale ressaltar também a visão de Konrad Hesse¹⁴⁴, jurista alemão, que entende que a igualdade jurídica formal é a igualdade diante da lei, que pede a realização, sem exceções, do direito existente, sem que seja levada em consideração a pessoa, ou seja, cada um é, de forma igualitária, obrigado e autorizado pelas normas de direito e, de forma inversa, é proibido a todas as autoridades estatais não aplicar direito existente a favor ou à custa de algumas pessoas. Neste sentido, o princípio da igualdade jurídica configura-se como um postulado fundamental do Estado de Direito.

Deste modo resta clara a regra constitucional de que é permitida a desigualdade, desde que haja correlação lógica entre a situação real e o fator discriminatório, o que será estudado mais a fundo no tópico referente aos critérios para identificação do desrespeito à isonomia. Ou seja, em relação a seara trabalhista, por exemplo, mais especificamente em relação aos critérios discriminatórios utilizados na hora da contratação, o empregador jamais poderia impedir o acesso ao emprego utilizando critérios como cor do cabelo, altura ou peso. Deve haver uma correlação lógica para discriminar ao cargo pretendido.

3.2.2 Igualdade Material

A igualdade material, também chamada por alguns autores de substantiva ou substancial, é aquela que visa assegurar o tratamento uniforme de todos os homens, resultando em uma igualdade real e efetiva de todos, perante todos os bens da vida¹⁴⁵.

Vale ressaltar também o entendimento de Flávia Piovesan¹⁴⁶, segundo o qual a igualdade material se desdobra e no primeiro plano vai corresponder a um ideal de justiça social e distributiva, ou seja, uma igualdade orientada pelo critério sócio-econômico e no segundo plano vai corresponder ao ideal de justiça enquanto

¹⁴⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 330.

¹⁴⁵ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio Constitucional da Igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 36.

¹⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49.

reconhecimento de identidades, ou ainda, uma igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critério.

Nesse sentido, somente se promove a igualdade material a partir do momento em que as diferenças são respeitadas, ou seja, a partir do momento que se reconhece o direito de ser diferente.

Logo, pode-se afirmar que a igualdade deve reconhecer a diferença e a diferença não deve produzir desigualdades. “O reconhecimento de identidades e o direito à diferença é que conduzirão a uma plataforma emancipatória igualitária.”¹⁴⁷

Entretanto, vale ressaltar que apesar de sua forte carga humanitária e idealista, até hoje, a experiência histórica das sociedades humanas não logrou a sua realização, sendo possível atribuir tal resultado a muitos fatores, desde a constituição física do homem; a sua multiplicidade de estruturas psicológicas, que ora é voltada para a dominação e ora para a submissão; a pluralidade de interesses, muitas vezes, diametralmente opostos; ao multiculturalismo e as próprias estruturas políticas e sociais adotadas que, muitas vezes, tendem a consolidar ou até agravar diferenças ao invés de atenuá-las ou neutralizá-las. Isso, no entanto, não significa que se deve desprezar ou desconhecer tal manifestação constitucional da igualdade¹⁴⁸.

Importante destacar que, para Siqueira Castro¹⁴⁹, a igualdade material entre os homens depende em grande parte do modelo político-econômico que é adotado pelo Estado, e não de o Estado estar subordinado a uma ordem jurídica que imponha de forma abstrata o ideal isonômico.

Historicamente, a igualdade diante da lei é a primeira manifestação da igualdade ao ser instituída nos ordenamentos jurídicos que acabavam com os privilégios e pela vedação de qualquer conduta discriminatória¹⁵⁰.

Nas democracias ocidentais, por exemplo, que demonstram contornos de Estado do Bem-Estar Social, o princípio da igualdade material encontra respaldo nas Cartas Constitucionais, cristalizando os direitos de segunda geração que buscam assegurar

¹⁴⁷ SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 50.

¹⁴⁸ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio Constitucional da Igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 36.

¹⁴⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.43.

¹⁵⁰ MARQUES, Christiani. **O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 162.

o acesso de todo o povo a bens como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a previdência e a assistência social¹⁵¹.

Para Carmen Lúcia Antunes Rocha¹⁵², o essencial é que seja dada igual oportunidade para a conquista dos objetivos da pessoa humana. E, para que se tenham iguais oportunidades é preciso que haja iguais condições. Neste sentido, iguais oportunidades e iguais condições entre homens desiguais pela capacidade pessoal de ação e de direção, já que a igualdade social não importa nem impõe um nivelamento entre homens naturalmente desiguais.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 visou proteger grupos minoritários como os trabalhadores, portadores de deficiência e gestantes, por exemplo, bem como alguns interesses específicos, como o meio ambiente, pretendendo dar a tais grupos ou interesses as mesmas condições, e isso é o que se pode chamar de igualdade material¹⁵³. Vale ressaltar que na busca pela igualdade material o tratamento desigual deve ser diferenciado, sob critério de valoração com fundamento de razoabilidade¹⁵⁴.

Vale ressaltar também a visão de Konrad Hesse¹⁵⁵, que entende que a igualdade jurídica material se traduz como a igualdade na lei, e parte do princípio que o legislador, que é aquele que primeiro cria aquele direito a ser aplicado simetricamente, também está vinculado ao princípio da igualdade, de modo que o conteúdo da norma criada deve corresponder a uma regulação igual, para fatos iguais. Desse modo, a igualdade jurídica material não consiste em um tratamento sem distinção de todas as relações, visto que, se assim fosse, só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais, que devem ser regulados da mesma forma.

¹⁵¹ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio Constitucional da Igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 37.

¹⁵² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio Constitucional de Igualdade. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 28.

¹⁵³ MARQUES, Christiani. O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética. São Paulo: Ltr, 2002, p. 163.

¹⁵⁴ Para Luís Roberto Barroso o princípio da razoabilidade “é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir de eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”.

¹⁵⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 330.

Quanto às consequências da aplicação da igualdade material, vale mencionar os ensinamentos de Canotilho¹⁵⁶, no sentido de que reduzido a um sentido formal, o princípio da igualdade acabaria por se traduzir num simples princípio de prevalência da lei em face da Jurisdição e da administração. Consequentemente, é preciso delimitar os contornos do princípio da igualdade em sentido material. Isto não significa que o princípio da igualdade formal não seja relevante nem seja correto; significa apenas que ele é, tendencialmente, tautológico, uma vez que o cerne do problema permanece irresolvido, qual seja, saber quem são os iguais e que são os desiguais.

Aos aplicadores do Direito, portanto, cumpre prosseguir na análise dessa questão, cabendo ao ordenamento jurídico disciplinar a vida social, levando em conta as particularidades existentes na sociedade. O motivo para que haja a diferença deve ser racional, lógico, para que não viole o princípio da igualdade.

Na Constituição Federal de 1988 observa-se que a isonomia mencionada se refere tanto ao aspecto material quanto ao formal.

Por fim, como a discriminação se traduz como a antítese do que determina o princípio constitucional da igualdade, seja ela no ambiente de trabalho, ou em qualquer outro ambiente, faz-se necessário estabelecer qual o alcance deste princípio e o seu perfil, o que será tratado no próximo tópico.

3.3 PROTEÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

A discriminação é a antítese da igualdade, na medida em que é uma negação do princípio de que todos são iguais perante a lei. Ou seja, não é possível falar em uma democracia, Justiça ou Estado de Direito se o princípio da igualdade não for respeitado, se os seus cidadãos não forem tratados igualmente¹⁵⁷.

¹⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 427.

¹⁵⁷ LOPES, Otávio Brito. **A Questão da Discriminação no Trabalho**. Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 25, n. 307, p.9-21, jan. 2015, p. 9 *et. seq.*

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 preocupou-se em assegurar a igualdade de todos, cabendo inicialmente, inclusive, ressaltar o teor do seu Preâmbulo, segundo o qual

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição Da República Federativa Do Brasil.

Neste mesmo sentido, a Constituição em seu art. 3º, IV, vem traçar como um dos objetivos fundamentais da República a “promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, bem como, em seu art. 5º, X, definir a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, preceituando também a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, garantindo, inclusive, o direito à indenização por eventual dano material ou moral decorrente de sua violação, além de assegurar a garantia do princípio da igualdade em diversos outros dispositivos.

Já em relação à seara trabalhista, cabe citar a Lei 9.029/95 que tem como um de seus objetivos proibir práticas discriminatórias para efeitos admissionais nas relações jurídicas de trabalho, e que em seu art.1º¹⁵⁸, expressamente veda a adoção de qualquer tipo de prática discriminatória e limitativa para efeitos de acesso à relação de trabalho.

Neste sentido, como explica Leandro Krebs Gonçalves¹⁵⁹, as normas que regulam uma igualdade mais efetiva devem, antes de tudo, reconhecer as diferenças entre os seres humanos, valorizando-as de forma que que recebam um tratamento jurídico de reconhecimento, proteção e manutenção, mediante garantias não somente voltadas à manutenção da igualdade, mas também, à manutenção das diferenças, tendo em vista que elas compõem a natureza humana, objeto de proteção pelos direitos

¹⁵⁸ “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.”

¹⁵⁹ GONÇALVES, Leandro Krebs. **A Discriminação por Orientação Sexual nas Relações de Trabalho**. Revista Ltr: Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 78, n. 01, p.37-42, jan. 2014, p. 38.

humanos, de forma que se preservem a sua integridade física e moral, sempre procurando proporcionar-lhe possibilidades de desenvolvimento pessoal.

Se o ordenamento jurídico, portanto, ignora as diferenças entre as pessoas, viola a própria essência do ser humano, a sua identidade pessoal e a sua potencialidade de desenvolvimento, o que traduz-se numa negativa da condição humana. Desta forma, a partir da delimitação da norma constitucional, traça-se um limite ao poder empresarial de questionar o modo como o empregado conduz a sua vida privada, exceto quando isso traga algum tipo de repercussão negativa no resultado ou no ambiente de trabalho¹⁶⁰.

Verifica-se ainda que, apesar de existirem diversas normas de proteção ao trabalhador contra a discriminação, muitas vezes tais normas não são respeitadas, sendo que se deve buscar efetivar estes direitos no dia-a-dia, dentro das relações laborais porque o princípio de uma sociedade justa é a igualdade e todos devem convergir para o combate a todas as formas de discriminação nas relações de trabalho, em especial neste cenário socioeconômico¹⁶¹.

Dessa forma, fica clara a necessidade de implementação de ações afirmativas pelo Estado, com o intuito de educar a sociedade sobre os efeitos e consequências da discriminação, bem como, implementar uma efetiva igualdade material, como será visto no tópico 3.7 deste capítulo, uma vez que a mera existência de normas protetivas não privilegiará a efetiva igualdade material, sendo necessário uma conscientização por parte das pessoas.

3.4 CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Neste tópico, busca-se desenvolver e fixar os limites, elementos, destinatários e o conteúdo jurídico do princípio da igualdade.¹⁶²

¹⁶⁰ GONÇALVES, Leandro Krebs. **A Discriminação por Orientação Sexual nas Relações de Trabalho**. Revista Ltr: Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 78, n. 01, p.37-42, jan. 2014, p. 38.

¹⁶¹ RIBAR, Georgia. Mudanças Contemporâneas e os Impactos nas Vedações à Discriminação do Trabalhador. **Revista Ltr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 70, n. 01, p.72-79, jan. 2006, p. 79.

¹⁶² É necessário fazer o esclarecimento de que a perspectiva filosófica relativa à questão da igualdade não será objeto de estudo neste trabalho, tendo em vista o objeto de estudo que foi escolhido. Entretanto, reconhece-se a sua importância para a formação de uma visão mais completa do tema da igualdade.

O direito à igualdade normalmente vem expresso nas Constituições dos Estados como uma “igualdade perante a lei”, sendo vedado qualquer distinção fundada em sexo, nascimento, cor, raça, estética, origem social, nacionalidade, religião, dentre outros motivos¹⁶³.

Por igualdade perante a lei, como visto em tópicos anteriores, deve-se entender que todo ser humano deve ser tratado igualmente perante as leis vigentes, ou seja, a lei deve ser aplicada de maneira idêntica a todos, seja pelo Poder Judiciário, seja pelas autoridades administrativas, o que se chama de igualdade formal, como já visto anteriormente.

Neste sentido, Bandeira de Mello afirma que é no princípio de igualdade que se encontra implícito o primeiro e mais fundamental limite da política legislativa. Ainda, que o mais importante que se pode extrair desse princípio é o estabelecimento de uma igualdade entre os cidadãos perante a norma legal de forma que estas não podem ser elaboradas sem se submeterem ao dever de conferir tratamento equivalente às pessoas. Desta forma, a igualdade estabelece que a lei deve ser norma direcionada não somente para o aplicador da lei, mas também para o próprio legislador¹⁶⁴.

Bandeira de Mello continua no sentido de que as leis devem ser instrumentos reguladores da vida social, tratando de forma imparcial todos os cidadãos. Sendo este o conteúdo político-ideológico veiculado pelo princípio da isonomia, legalizado pelo texto constitucional e pelos sistemas normativos em vigor¹⁶⁵.

Assim, quando se cumpre uma lei, todos os envolvidos por ela têm de receber tratamento uniforme, sendo ainda imperioso destacar que, não é permitido à própria regra legal conferir prescrições distintas em situações equivalentes¹⁶⁶.

Entretanto, esse aspecto da igualdade, por si só, se demonstra insuficiente e até mesmo ineficaz, já que a discriminação pode muito bem estar instalada na própria

¹⁶³ LOPES, Otávio Brito. **A Questão da Discriminação no Trabalho**. Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 25, n. 307, p.9-21, jan. 2015, p. 12.

¹⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 9.

¹⁶⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 11.

lei, quando, portanto, a sua aplicação pelo Estado resultaria na própria concretização da desigualdade¹⁶⁷.

Neste sentido, fica claro que o princípio da igualdade se dirige também ao próprio legislador, que fica impedido de editar leis em descompasso com o seu conteúdo material, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos, o que se traduz na fase material da igualdade.

Dessa forma, a igualdade não significa que os sujeitos devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. Seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles.¹⁶⁸

Vale ressaltar também, a observação feita por Otávio Brito Lopes, no sentido de que ainda hoje existem muitas dúvidas sobre o conteúdo material da igualdade, não sendo mais suficiente para o seu completo entendimento, a célebre frase Aristotélica de que a igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, sendo preciso que esse axioma seja encarado como um ponto de partida, e não mais como ponto de chegada, já que restará ainda a indagação sobre quem são os iguais e quem são os desiguais¹⁶⁹.

Neste sentido, Canotilho, explica que a fórmula da igualdade material que prevê o tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais conduz para uma ideia de igualdade relacional, que pressupõe sempre uma relação tripolar, onde um indivíduo será considerado igual ao outro, tendo em vista certas características. Além disso, ressalta que para a aferição da igualdade, ou ainda, de quem são os iguais e quem são os desiguais, deve existir uma visão axiológica, e que um critério válido para a valoração da relação de igualdade seria a regra da proibição geral do arbítrio, ou seja, a desigualdade contida na lei não poderia ser arbitrária¹⁷⁰.

Segundo Canotilho, estaria configurada uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina não se baseasse em um fundamento sério, não tivesse um

¹⁶⁷ LOPES, Otávio Brito. **A Questão da Discriminação no Trabalho**. Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 25, n. 307, p.9-21, jan. 2015, p. 11 *et. seq.*

¹⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 13.

¹⁶⁹ LOPES, Otávio Brito. *Op. cit.* 2015, p. 13.

¹⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 389.

sentido legítimo, bem como, estabelecesse uma diferenciação jurídica sem um fundamento razoável¹⁷¹.

Surge então a exigência do princípio da não-discriminação, o qual está intimamente ligado à igualdade, e que exige que para que se tenha uma desigualdade, haja uma justificativa que contenha uma razão lógica e fundamentada em critério objetivo, o qual passa-se a estudar mais detidamente em seguida.

3.5 PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO

O combate à discriminação traz profunda relação com o princípio da isonomia, estando o princípio da não-discriminação assegurado expressamente desde 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 1º que dispõe que: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”, bem como, em seu artigo 2º ao dispor que,

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação.

Além disso, o referido princípio encontra respaldo também no artigo 2º, 2 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ao dispor que

Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

Em relação à seara trabalhista cabe ressaltar a Convenção nº111 da OIT, que define o que será considerado como discriminação

ARTIGO 1º: 1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende: a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) Qualquer outra

¹⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 389.

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

O princípio da não-discriminação também está consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, em várias das passagens do texto constitucional. Entretanto, vale ressaltar que para Calmon de Passos¹⁷² o princípio da não-discriminação nada mais é que um reflexo do princípio da igualdade, sem possuir consistência própria. De outro lado, autores como Arnaldo Sussekind¹⁷³, Octavio Bueno Magano e Estêvão Mallet¹⁷⁴, entendem que o princípio da não-discriminação é autônomo, e encontra respaldo nos incisos XXX, XXXI e XXXII do art. 7º¹⁷⁵ da Constituição Federal de 88, por exemplo¹⁷⁶.

Todavia, entende-se que tais incisos ora podem ser considerados exemplos do princípio da igualdade, bem como, ora podem ser considerados como exemplos do princípio da não-discriminação em virtude da associação que tais princípios possuem entre si¹⁷⁷.

Pode-se, portanto, entender o princípio da não-discriminação então, como o mais expressivo manifesto do princípio da igualdade, que possui valor constitucional e inspira o ordenamento jurídico brasileiro como um todo. É, portanto, um limite ao poder de comando, a liberdade de contratar e a autonomia do empregador, tanto na fase das tratativas contratuais, como na execução do contrato¹⁷⁸.

Neste sentido, a não discriminação é uma manifestação do princípio constitucional da igualdade, cujo seu reconhecimento constitucional inspira o ordenamento jurídico brasileiro no seu conjunto¹⁷⁹.

¹⁷² PASSOS, J.J. Calmon de. **O princípio da não-discriminação**. In: **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**. Coord. Arion Sayão Romita. São Paulo. LTr. 1991, p. 125.

¹⁷³ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro. Renovar. 1999, p. 63.

¹⁷⁴ MAGANO, Octavio Bueno e MALLET, Estêvão. **O direito do trabalho na Constituição**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 1993, p. 163.

¹⁷⁵ "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"

¹⁷⁶ MARQUES, Christiani. **O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 168 *et. seq.*

¹⁷⁷ MARQUES, Christiani. *Op. cit.*, 2002, p. 169.

¹⁷⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do Empregado**. São Paulo: Ltr, 1997, p. 58.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p.132.

Dessa forma, as implicações deste princípio nas relações de trabalho acabam sendo muito importantes, tendo em vista que, se por um lado, o princípio da não discriminação vem a proteger o trabalhador contra atitudes discriminatórias tomadas por seu empregador, por outro lado, tal princípio limita o poder do empregador de contratar e dirigir a prestação laboral, proibindo essa que decorre de obrigação constitucional imposta ao Estado, mas com sérios reflexos nas relações privadas¹⁸⁰.

Neste sentido, pode-se dizer que quando a Constituição Federal escolheu elencar o princípio da não-discriminação como fundamental ao Estado Democrático de Direito, pretendeu tornar efetiva a igualdade entre todos, sobrepondo-se tanto às desigualdades físicas, quanto sociais ou econômicas¹⁸¹.

Por fim, a não-discriminação, então, é um desdobramento do princípio da igualdade, sendo certo que somente através da igualdade e da não-discriminação é que se possibilitará transmutar da igualdade formal, abstrata e geral para a igualdade material e substancial, permitindo a plena afirmação da dignidade da pessoa humana e o pleno exercício dos direitos e potencialidades humanas¹⁸².

Abordados os princípios que tratam da igualdade e os seus conteúdos, passa-se agora para o estudo e o conceito de discriminação, preconceito e estereótipo.

3.5.1 Distinção entre discriminação, preconceito e estereótipo

As razões da discriminação nem sempre são perceptíveis à primeira vista, pois trazem oculto um componente cultural muito forte e enraizado. Muitas vezes a sociedade costuma adotar certas práticas como normais ou inofensivas, sem perceber que tais práticas resultam em preconceito e discriminação, assim como o racismo¹⁸³.

¹⁸⁰ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Igualdade de Tratamento nas Relações de Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 151.

¹⁸¹ MARQUES, Christiani. **O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 170.

¹⁸² NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; ALKIMIN, Maria Aparecida. **Limites Do Poder De Direção Do Empregador E A Discriminação Estética Na Relação De Emprego**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=da54dd5a0398011c>>. Acesso em: 25 ago. 2016, p. 6.

¹⁸³ LOPES, Otávio Brito. **A Questão da Discriminação no Trabalho**. Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 25, n. 307, p.9-21, jan. 2015, p. 19.

Através do Programa Nacional de Direitos Humanos e da OIT, o Ministério do Trabalho, em parceria com o Ministério da Justiça, editou o programa “Brasil, gênero e raça”, que traz os conceitos de preconceito, estereótipo e discriminação, com o objetivo de esclarecer a sociedade como um todo. De acordo com o programa, pode-se entender o estereótipo como uma espécie de carimbo, ou seja, uma vez “carimbados”, os membros de determinado grupo como possuidores desta ou daquela característica, as pessoas deixam de avaliá-los por suas reais qualidades e passam a julgá-los pela característica a eles atribuída, é a rejeição daquele que nos é igual. Já o preconceito seria uma indisposição, um pré-julgamento, negativo, que se faz das pessoas que são estigmatizadas por um estereótipo, ou seja, gera uma opinião negativa antes mesmo que se tenham elementos para um julgamento imparcial. Enquanto que discriminação seria a própria conduta, ativa ou omissiva, que viola direitos com base em critérios injustificados como a raça, o sexo, a idade, a aparência, dentre outros¹⁸⁴.

Para Otávio Brito Lopes, também é possível dizer que o estereótipo é aquele “rótulo” com o qual é classificado determinados grupos de pessoas e que é muito mais comum do que parece. O estereótipo, como ensina o professor, é introduzido no seio da sociedade e se agrega ao pensamento das pessoas através de piadas, frases feitas, ditados, e contos, desde muito cedo, condicionando-as a acreditar que certos grupos de pessoas estão ligados a determinadas características ou atributo, e são tão variados quanto falsos¹⁸⁵.

Já para Dalmo Dallari¹⁸⁶, o preconceito, do ponto de vista etimológico, significa um prejulgamento, ter uma ideia firmada sobre alguma coisa que não se conhece, ou ainda, criar conclusões antes mesmo de qualquer análise imparcial e mais cuidadosa. Já na prática, o preconceito se consagrou como prejulgamento negativo sobre alguém ou alguma coisa.

Enquanto que para Francisco Gérson Marques de Lima, discriminação é o ato de eliminar um indivíduo ou um objeto mediante mero raciocínio subjetivo, sem pertinência lógica ou preconceituosamente, bem como, a distinção feita entre

¹⁸⁴ MARQUES, Christiani. **O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 175/178.

¹⁸⁵ LOPES, Otávio Brito. *Op.cit.*. 2015, p. 19.

¹⁸⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Policiais, Juízes e Igualdade de Direitos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/discrim/preconceito/policiais.html>>. Acesso em: 10 out. 2016.

peças ou objetos eliminando uns em benefício de outros de forma a concretizar ideias preconcebidas, ou ainda, a separação feita sem o devido balizamento objetivo, e, mais importante, como um discernimento feito por alguém, que leva o indivíduo ou objeto que sofreu a distinção, à uma situação de inferioridade, embora, antes, fossem iguais entre si¹⁸⁷.

Vale ressaltar ainda o conceito formulado por Maurício Godinho Delgado¹⁸⁸, segundo o qual “a discriminação é a conduta pela qual nega-se à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”

Neste sentido, pode-se dizer que o preconceito está arraigado na sociedade e no inconsciente popular, interferindo diretamente no ato de discriminação, sem, contudo, se confundirem entre si. Fica claro que a discriminação tem uma maior amplitude, bem como, agente diverso daquele que pratica o preconceito. Ou seja, enquanto o preconceito é praticado pelo indivíduo, a discriminação pode ser praticada por grandes instituições e grupos de empregadores.

3.5.2 Critérios para Identificação do Desrespeito à Isonomia

Conforme o entendimento do professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸⁹ para que seja possível fazer o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem que haja uma quebra da isonomia, deve-se estar atentos a três questões: a) qual o elemento tomado como fator de discriminação; b) a correlação lógica abstrata existente entre o fator levantado em critério de *discrímen*¹⁹⁰ e a disparidade

¹⁸⁷ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Igualdade de Tratamento nas Relações de Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 1997, p.33.

¹⁸⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípio da dignidade humana, da proporcionalidade e/ou razoabilidade e da boa-fé no direito do trabalho – diálogo do ramo juslaborativo com o universo jurídico geral**, In: Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, n. 102, p. 95.

¹⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21.

¹⁹⁰ Segundo o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, o *discrímen* pode ser entendido como o ato, ou efeito ou faculdade de discriminar, discernir, discernimento, discriminação. Diferença, distinção, linha divisória. É aquilo que é levado em consideração para dar tratamento diferenciado a certas situações. É um instrumento operativo para fazer funcionar certos princípios. O *discrímen* isoladamente considerado não resolve nada, precisa existir um pressuposto lógico entre o elemento discriminador e a finalidade (a razão) para saber se se está diante de uma inconstitucionalidade ou ilegalidade. Na Constituição e nas leis existem várias normas discriminadoras, mas que assim são

estabelecida no tratamento jurídico diversificado; e c) a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e assim, juridicizados.

Ou seja, é preciso investigar, por um lado, aquilo que foi adotado como critério discriminatório; por outro lado, verificar se há alguma justificativa racional, um fundamento lógico, para, tendo em vista o traço desigualador utilizado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Por fim, cumpre analisar se a correlação ou o fundamento racional abstratamente existente é, em concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional, ou seja, se tem ou não harmonia com eles¹⁹¹.

Neste sentido, pode-se dizer que é importante que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. É necessário também, que haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses protegidos no direito positivo constitucional, o que se traduz na conformidade ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como fundamentais pela Constituição¹⁹².

Dessa forma, fica claro que é preciso que se faça uma conjunção dos três aspectos abordados para que seja feita uma análise correta do problema, ou seja, a ofensa ao princípio isonômico pode habitar em quaisquer deles. Não basta, portanto, reconhecer que uma regra de direito se alinha ao princípio da igualdade no que se refere ao primeiro aspecto. É necessário também que o seja quanto ao segundo e terceiro aspecto¹⁹³.

Com os critérios necessários para que se identifique se uma discriminação é atentatória à isonomia ou não em mente, ou seja, se a discriminação é legítima ou ilegítima, parte-se para o tópico seguinte, para que seja feita uma análise mais detida sobre o tema.

para garantir proporcionalmente o princípio da igualdade e razoabilidade. Se o *discrimen* for utilizado desarrazoadamente será inconstitucional. Se razoavelmente constitucional.

¹⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21 *et. seq.*

¹⁹² *Ibidem*, p. 22.

¹⁹³ *Ibidem*, *loc. cit.*

3.5.3 Discriminação Legítima e Ilegítima

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹⁴ explica que para que haja uma consonância do fator de *discrímen* com os interesses tutelados pela Constituição, ou seja, para que um *discrímen* legal seja compatível com a isonomia, se a discriminação é legítima ou ilegítima, é necessário que sejam observados quatro elementos: a) que a discriminação não atinja de modo atual e absoluto um único indivíduo; b) que as situações ou pessoas discriminadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, ou seja, que possuam características e traços diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles estabelecida pela norma jurídica; d) que, em concreto, o vínculo de correlação seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, ou seja, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundado em razão valiosa, à luz do texto constitucional, para o bem público.

O último elemento deixa claro que não é qualquer diferença, embora real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Não basta então que se possa estabelecer racionalmente umnexo entre a diferença e um consequente tratamento discriminatório, requer-se, além, que o vínculo demonstrado seja constitucionalmente pertinente, ou seja, compatíveis com os interesses abrigados no sistema constitucional.

Além disso, vale ressaltar que não podem ser colocadas em desvantagem pela lei as situações que o sistema constitucional dá uma conotação positiva. Ou seja, a lei não pode atribuir efeitos valorativos ou depreciativos, a critério especificador em desconformidade com a Constituição, ou, com os padrões ético-sociais acolhidos por ela¹⁹⁵.

Por fim, com base no pensamento do professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹⁶, é pertinente concluir que haverá ofensa ao princípio constitucional da igualdade, ou seja, será considerada uma discriminação ilegítima, e portanto, inconstitucional, quando: i) a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado,

¹⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 41.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 42.

¹⁹⁶ *Ibidem*, *loc.cit.*

ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada; ii) a norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elementos não residentes nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre, por exemplo, quando pretende tomar o fator “tempo”, que não se encontra no objeto, como critério diferencial; iii) a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímén* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados; iv) a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímén* estabelecido conduz a efeitos contrários ou de qualquer modo contrapostos aos interesses prestigiados constitucionalmente; v) a interpretação da norma extrai dela distinções, discriminações, desequiparações que não foram reconhecidamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

3.6 O PROBLEMA DA DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHADOR

No âmbito das relações trabalhistas, ficará caracterizada a prática discriminatória atentatória à dignidade humana e ao princípio constitucional da igualdade, bem como aos direitos da personalidade do trabalhador nas hipóteses em que o empregador tratar de forma diferenciada seus empregados, sem razão justificada e razoável, impedindo o desenvolvimento das atividades trabalhistas em ambiente sadio e equilibrado, imune de atentado à dignidade e personalidade do trabalhador ou estabelecendo desigualdades em matéria de manutenção de emprego ou de acesso ao emprego¹⁹⁷.

Agravante a isso, é o fato de que aquele que sofre um ato de discriminação muitas vezes permanece em silêncio, por medo da exposição pública e do consequente julgamento que sofrerá, tendo em vista que a sociedade atual impõe rígidos padrões a serem seguidos, mas que muitas vezes são inalcançáveis. Além disso, soma-se,

¹⁹⁷ NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; ALKIMIN, Maria Aparecida. **Limites Do Poder De Direção Do Empregador E A Discriminação Estética Na Relação De Emprego**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=da54dd5a0398011c>>. Acesso em: 25 ago. 2016, p. 12.

muitas vezes o medo de futuras represálias bem como o medo de perder o emprego ou uma oportunidade de emprego, o que atualmente, ganha grande importância¹⁹⁸.

Além disso, vale ressaltar a notória dificuldade enfrentada pelos aqueles que procuram denunciar a discriminação sofrida, principalmente em relação à produção de provas, fato que o Poder Judiciário não pode deixar de lado, devendo estar atento as peculiaridades do problema, ampliando os meios de prova e dando aos indícios fáticos e outras circunstâncias, como a constituição do corpo de empregados, sua homogeneidade, por exemplo, um valor bastante relevante¹⁹⁹.

Pode-se dizer então, que o trabalho e as oportunidades de emprego devem ser compreendidos em sua significação ética, o que implica que o homem deve ter assegurado, por meio de um tratamento digno, sua consciência de liberdade, de forma que possa construir-se e realizar-se em sua própria identidade e como um sujeito-trabalhador²⁰⁰.

Dessa forma é necessário que surja uma preocupação em afastar as práticas discriminatórias e em criar uma proteção jurídica em relação ao trabalhador, tendo em vista que as práticas discriminatórias nem sempre se manifestam de forma clara e direta, mas muitas vezes, de forma sutil e indireta, se utilizando de uma aparência de normalidade e neutralidade, porém criando desigualdades em relação a certas pessoas, como por exemplo, quando o acesso a um determinado emprego aparentemente está aberto para todos, de forma indistinta, mas se utiliza um critério da “boa aparência” para criar um impacto negativo e excluir um determinado grupo de pessoas na realidade²⁰¹.

Neste sentido, a Convenção nº 111 da OIT, que foi ratificada pelo Brasil, promulgada pelo Decreto nº 62.150 de 19 de janeiro de 1968, e que mais tarde, ganhou status de supralegal, uma vez que complementa as garantias previstas expressamente na Constituição Federal de 1988, fixou alguns parâmetros que visam facilitar as questões jurídicas que abordem a ausência de igualdade nas relações de emprego, enumerando as hipóteses em que ficará configurada uma prática discriminatória,

¹⁹⁸ MARQUES, Christiani. **O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 181.

¹⁹⁹ LOPES, Otávio Brito. **A Questão da Discriminação no Trabalho**. Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 25, n. 307, p.9-21, jan. 2015, p. 20.

²⁰⁰ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2006, p. 23.

²⁰¹ LOPES, Otávio Brito. *Op. cit.* 2015, *loc.cit.*

bem como as que não serão consideradas como discriminatórias, estabelecendo as obrigações dos Estados-membros e fixando as regras para a sua retificação, vigência e denúncia²⁰².

Para os fins da Convenção nº111 da OIT, será considerada discriminação

ARTIGO 1º: 1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende: a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Entretanto, em contrapartida, a própria Convenção entende que não serão considerados discriminatórios os atos de distinção, exclusão ou preferência que sejam baseados em qualificações exigidas para um determinado emprego, como se vê no art. 1º, 2: "As distinção, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação", bem como, não serão taxadas como discriminatórias as medidas especiais de proteção ou de assistência que sejam asseguradas em outros instrumentos normativos como convenções ou recomendações, como o previsto no art. 5º, 1: "As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotada pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação"²⁰³.

É importante ressaltar também que a Convenção nº111 da OIT, faculta aos Estados-membros, ainda, que mediante consulta aos órgãos de representação de trabalhadores e empregadores, se houver, a definição de outras medidas especiais destinadas ao atendimento das necessidades particulares de pessoas que precisem de proteção ou assistência especial, seja em razão do sexo, idade, invalidez, encargos de família, de nível social ou de cultural, sem que tais medidas sejam consideradas discriminatórias, conforme o art. 5º, 2

Qualquer Membro pode, depois de consultadas às organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam,

²⁰² LOPES, Otávio Brito. **A Questão da Discriminação no Trabalho**. Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 25, n. 307, p.9-21, jan. 2015, p. 15.

²⁰³ *Ibidem*, p. 16.

definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por razões tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural.

Neste sentido, é possível dizer que o engajamento de toda a sociedade faz-se necessário e essencial e vê-se como correto o entendimento de Otávio Brito Lopes²⁰⁴, no sentido de que isso que vai ser a diferença entre o êxito e insucesso de qualquer iniciativa de combate à discriminação nas relações de emprego, tendo em vista que a experiência demonstra que ações mais simples como a mera declaração de igualdade de todos perante a lei no texto da Constituição ou, a mera criminalização das práticas discriminatórias, por si só, não restam suficientes para acabar com esse problema tão presente na sociedade atual.

Portanto, pode-se concluir afirmando que além da adoção de medidas legislativas de combate às diversas formas de discriminação, o Estado deve adotar um papel mais ativo, através do uso de ações afirmativas, que consistem em um amplo e delineado processo de transformação da sociedade e do próprio Estado, com o fim de assegurar uma efetiva igualdade entre as pessoas no mercado de trabalho, além de identificar e eliminar todas as práticas discriminatórias, sendo possível, inclusive, a adoção de medidas discriminatórias positivas, com o objetivo de compensar a discriminação vivida por determinados grupos.

3.7 AÇÕES AFIRMATIVAS

As primeiras ações afirmativas tiveram origem nos Estados Unidos em 1963, e tinham como objetivo superar os preconceitos já enraizados culturalmente na sociedade para tornar eficaz a igualdade preconizada constitucionalmente²⁰⁵.

Deve-se entender ações afirmativas então, como programas que pretendem promover a igualdade de oportunidades, e como coloca Alice Monteiro de Barros²⁰⁶,

²⁰⁴ LOPES, Otávio Brito. **A Questão da Discriminação no Trabalho**. Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 25, n. 307, p.9-21, jan. 2015, p. 17.

²⁰⁵ MARQUES, Christiani. **O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 196.

²⁰⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1995, p. 175.

transformar a função estática do princípio da igualdade previsto na lei em uma função ativa.

Neste sentido, Carmen Lúcia Antunes Rocha²⁰⁷, define as ações afirmativas como uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se encontram sujeitas as minorias, revelando-se não apenas um marco equivocado da discriminação feita no passado em relação a determinados grupos sociais, mas, principalmente, como uma transformação no presente que representa um novo sinal de perspectivas futuras, reconstruindo a sociedade, apresentando novas propostas à convivência política, descobrindo novos caminhos para se gerar igualdade, tanto na verdade do direito, quanto na palavra da lei, o que o preconceito de antes desigualou sem causa humana digna.

Leandro Krebs Gonçalves²⁰⁸ entende ações afirmativas como políticas compensatórias e que devem, acima de tudo, ser temporárias, pois a partir do momento e que a sociedade “aprende” a valorizar os indivíduos, outrora, discriminados, tais medidas passam a se tornar desnecessárias, só se justificando até o ponto em que seus objetivos sejam alcançados.

Na seara trabalhista, um exemplo que pode ser citado é o parágrafo único do art. 373-A²⁰⁹ da CLT, que com o objetivo de proteger o trabalho da mulher, permite a adoção de medidas temporárias que visem o estabelecimento de políticas igualitárias entre homens e mulheres quanto à formação profissional, ao acesso ao emprego e condições gerais.

Vale ressaltar também o entendimento de Amauri Mascaro Nascimento²¹⁰, segundo o qual os direitos a um emprego, que abrange o direito de não ser discriminado, liberdade de escolha de profissão, e integridade física, por exemplo, são efetivados perante a sociedade e nas relações de emprego através de garantias, que podem ser realizadas de forma positiva, quando surgem do Estado, da sociedade, do

²⁰⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio Constitucional de Igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 286/295.

²⁰⁸ GONÇALVES, Leandro Krebs. **A Discriminação por Orientação Sexual nas Relações de Trabalho**. Revista Ltr: Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 78, n. 01, p.37-42, jan. 2014, p. 40.

²⁰⁹ “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: 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.”

²¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Teoria geral do direito do trabalho. LTr. São Paulo. 1998, p. 292.

sindicato e do próprio empregador, ou negativa, como proibições, que decorrem de preceitos negativos, vedando comportamentos que possam vir a ferir esses direitos, e via de regra, são voltados principalmente para o empregador.

Importante dizer também, que para que as ações afirmativas sejam dotadas de efetividade no sistema, é preciso haver outros mecanismos concomitantes a elas, como medidas estimuladoras na educação e fiscalização, mecanismos de mercado, sistemas contributivos, incentivos, deduções, subsídios e premiações, tendo em vista que muitas vezes a sociedade não está preparada para a mudança.

Assim, as ações afirmativas se apresentam como um instrumento de superação da simples noção de que o princípio da igualdade jurídica se exaure na dicção da igualdade formal, fornecendo instrumentos teóricos para complementar à igualdade jurídica material²¹¹.

Ou seja, objetivam acelerar a conquista da igualdade material em detrimento das desigualdades de fato existentes na sociedade atual, destinando-se aos grupos vulneráveis, em especial na seara trabalhista e no âmbito da educação, no que diz respeito ao acesso aos bens da vida garantidos por todos pela Constituição, bem como às oportunidades de crescimento e de uma vida independente, proporcionando uma inclusão social. Dão efetividade ao princípio da igualdade material e buscam romper com o círculo vicioso de exclusão das minorias sociais²¹².

Por fim, cabe ressaltar que em relação ao âmbito trabalhista, muito mais do que a mera destinação de vagas, a Justiça do Trabalho também pode, e deve, se integrar no campo das ações afirmativas, como no campo dos julgamentos das ações civis públicas, compelindo empresas a adotar medidas preventivas e de caráter educativo, bem como, com a promoção de cursos nos locais de trabalho e o custeio de campanhas publicitárias com o propósito de prevenir e inibir condutas discriminatórias nas relações de emprego, o que traria grande impacto social, uma vez que o caráter pedagógico, nesse caso, ultrapassaria os limites da empresa, passando a ter um grande repercussão social²¹³.

²¹¹ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio Constitucional da Igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 70.

²¹² GONÇALVES, Leandro Krebs. **A Discriminação por Orientação Sexual nas Relações de Trabalho**. Revista Ltr: Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 78, n. 01, p.37-42, jan. 2014, p. 40.

²¹³ *Ibidem*, loc. cit.

4 A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL EM VIRTUDE DE DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO DECORRENTES DA INDÚSTRIA DA MODA

Tomando por base a sociedade atual, que vive cada vez mais regida pelos padrões estéticos impostos pela indústria da moda, a beleza, a vestimenta e o “estar dentro dos padrões” acabam sendo supervalorizados em todos os âmbitos da sociedade, desde as relações interpessoais até o ambiente de trabalho.

Esses padrões acabam sendo reforçados pela mídia e pela própria sociedade, gerando a exclusão e discriminação daqueles que não os seguem e, no âmbito do Direito do Trabalho, acabam afetando o empregado e as relações de emprego, gerando uma supervalorização da aparência em relação a qualificação, ferindo direitos fundamentais, como o direito à igualdade, e da personalidade ao limitar as oportunidades e ceifar a liberdade individual.

É fato notório, inclusive, que a Justiça Trabalhista vem sendo cada vez mais chamada a decidir conflitos decorrentes da interferência do empregador na aparência de seus empregados, ou decorrentes da limitação de oportunidades de emprego à certa parcela da população por não serem adequadas a determinado padrão estético.

Os manuais de conduta, que algumas empresas possuem, são aceitos pelo Judiciário e o descumprimento dessas orientações pode justificar demissões por justa causa. O próprio Judiciário, no entanto, tem condenado as companhias pela chamada discriminação estética, quando essas exigências ultrapassam o que poderia ser considerado razoável.

A discriminação, então, qualquer que seja a sua forma e, em especial aquela que gera impacto nas relações de emprego, mais especificamente, que impede o acesso ao trabalho, deve ser estudada, tendo em vista que violará a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e os princípios resguardados pelo ordenamento jurídico brasileiro, colocando em risco o acesso e a manutenção do emprego, o que

além de ferir a ordem jurídica, desrespeitar a função social da empresa, também traz riscos para a ordem econômica e social.

A discriminação estética, inclusive, além causar sofrimento psicológico àqueles que a sofrem, traz ainda muitos prejuízos a sociedade, ao preterir candidatos melhores qualificados por aqueles que possuem a aparência desejada e deve ser reprimida e sancionada pela ordem jurídica estatal.

É importante então propor uma análise à liberdade de contratar do empregador, tendo em vista os direitos humanos, fundamentais e os princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, para que possam ser propostas políticas públicas e privadas que visem combater as atitudes discriminatórias, implementando ações afirmativas que ajudem o empregado a exercer a sua liberdade individual garantida pela Constituição.

Diante disso chega-se as perguntas: “a partir de que ponto a influência dos padrões estéticos nas relações de emprego passa a caracterizar uma conduta discriminatória e não mais uma prerrogativa da liberdade de contratar do empregador? Quais os limites a esse poder? Caberá indenização por uma responsabilidade pré-contratual se constatada a prática discriminatória que iniba o livre acesso ao emprego para o qual se tem as qualificações necessárias?”, e para resolvê-las, faz-se necessária inclusão do tema relativo à indústria da moda.

4.1 A INDÚSTRIA DA MODA

As “semanas da moda”, mais conhecidas como São Paulo e Rio de Janeiro Fashion Week, são os eventos mais notórios do ramo no Brasil e acontecem no início e no meio do ano, apresentando as tendências para as temporadas de outono/inverno e primavera/verão, respectivamente.

Inspiradas nas semanas de moda de grandes capitais e centros econômicos do mundo, como Paris, Londres, Milão e Nova York, elas reúnem e apresentam as novidades dos principais estilistas e grifes nacionais e internacionais para as próximas estações.

Muito além disso, são o ponto alto da chamada “indústria da moda” que surgiu na era moderna com a burguesia, e que hoje movimentada uma grande parte das economias no mundo inteiro, induz comportamentos, determina hábitos e cria novos desejos a cada dia em todas as camadas sociais, movimentando inúmeros setores dos mercados, e a sociedade de consumo²¹⁴.

É um setor que está em constante contato com outros segmentos fundamentais para o desenvolvimento do país, influenciando diretamente na geração de emprego e renda, em comportamentos e tendências, e ainda, movimentando a economia.

Afeta diretamente as diferentes formas de expressão de uma cultura e de uma sociedade, e impulsiona tudo aquilo no entorno em que é desenvolvida.

Tendo isso em vista, resta claro que entender como funciona a moda é compreender uma parte importante do comportamento humano contemporâneo.

De acordo com, Gilles Lipovetsky²¹⁵, a história do vestuário nas sociedades primitivas, desde a Antiguidade e da Idade Média era baseada numa visão conservadora que obedeciam a tradições e normas coletivas rígidas e praticamente imutáveis. Durante séculos, os trajes no Egito, na Grécia e em Roma permaneceram praticamente os mesmos.

À medida que houve um avanço da burguesia ocorreu também uma expansão da moda, e ao longo dos séculos 16 e 17, os trajes que eram exclusivos das classes nobres passaram também a ser daqueles considerados como “os novos ricos”. No século 18, já era possível fruir de uma liberdade individual estética que inicialmente se restringia à monarquia e que agora já alcançava classes sociais intermediárias²¹⁶.

Dentre os fatores que contribuíram para a transformação da moda, pode-se fazer referência as questões sociais e as condições econômicas e históricas da Europa entre a Idade Média e a Idade Moderna. O crescimento econômico, impulsionado

²¹⁴ “Pode-se caracterizar empiricamente a “sociedade de consumo” por diferentes traços: elevação do nível de vida, abundância das mercadorias e dos serviços, culto dos objetos e dos lazeres, moral hedonista e materialista, etc. Mas, estruturalmente, é a generalização do processo de moda que a define propriamente. A sociedade centrada na expansão das necessidades é, antes de tudo, aquela que reordena a produção e o consumo de massa sob a lei da obsolescência, da sedução e da diversificação, aquela que faz passar o econômico para a órbita da forma da moda.” LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas**. São Paulo: Cia das Letras, 2009, p. 159.

²¹⁵ LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas**. São Paulo: Cia das Letras, 2009, p. 30.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 33.

pelo comércio e intercâmbios internacionais, o renascimento urbano e o desenvolvimento das manufaturas e das fábricas de tecidos aliados a uma maior estabilidade político-militar, e o início da formação dos Estados nacionais, possibilitaram às nobrezas e à burguesia em ascensão dedicarem mais tempo para desfrutar do desenvolvimento material e de prazeres fúteis.²¹⁷

É a partir do final do século 19 que a moda consagrou-se como é entendida atualmente. O anseio e a cobiça pelo novo ganharam novas dimensões, tornaram-se mais intensos e comuns, e o acesso à moda chegou às classes mais baixas. É nesse momento que surgem a Alta Costura e a confecção industrial²¹⁸.

O marco do surgimento da Alta Costura data entre 1857 e 1858 em Paris, quando da abertura do ateliê de costura de Charles-Frédéric Worth, que, em plena Revolução Industrial, inovou ao desenvolver modelos inéditos e sob medidas para suas clientes²¹⁹.

Worth estabeleceu as diretrizes da Alta Costura: exclusividade, definição de tendências, ascensão do costureiro à condição de artista e a promoção de espetáculos publicitários. Desde então, a Alta Costura projetou nomes de criadores que viraram sinônimo de sofisticação e bom gosto, e qualquer produto que leve as suas assinaturas, viram objetos de desejo ao redor do mundo.

Posteriormente, a produção industrial de roupas com um acabamento de mais qualidade e que seguissem as tendências da moda, mas economicamente acessíveis, norteou o surgimento do *prêt-à-porter*²²⁰.

Entretanto, mesmo com essa popularização da moda, ainda persiste nas sociedades urbanas e ocidentais o desejo por roupas e acessórios de grifes como uma forma de autoafirmação e aceitação social. Paradoxalmente, o desejo de se individualizar a partir da aparência caminha conjuntamente com o desejo de se identificar com o seu

²¹⁷ BARTHES, Roland. **Sistema da Moda**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009, p. 72.

²¹⁸ A Alta Costura é composta por criações de luxo feitas sob medida. Cabe a ela inovar e lançar as tendências da moda para as próximas estações. Já à confecção industrial cabe normalmente reproduzir essas tendências em peças com qualidade muito inferior, mas com preços acessíveis às diferentes camadas sociais.

²¹⁹ LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas**. São Paulo: Cia das Letras, 2009, p. 39.

²²⁰ Do francês “*prêt*”, pronto e “*a-porter*”, para levar, “*prêt-a-porter*”, em termos de moda, pronto para levar; produção em série.

grupo social, muitas vezes através da aparência, o que leva a uma homogeneidade de estilos²²¹.

Para Lipovetsky²²², a moda une o conformismo e o individualismo desde o princípio, uma vez que a evolução da moda não levou a uma explosão de originalidade individualista, mas a uma neutralização progressiva do desejo de distinção.

Seja no Brasil ou no mundo, nos últimos tempos, a indústria da moda extrapolou os limites dos segmentos têxtil e de vestuário. Desde o surgimento do estilo *prêt-à-porter*, a moda passou a influenciar outras esferas como o design, indústria dos cosméticos e perfumaria e se ligou a muitas áreas da indústria de entretenimento.

Numa era dominada pela sedução exercida pelos meios de comunicação em massa e pela mídia, do culto às celebridades, e da intensa publicidade de “novidades” de consumo, estar na moda não é mais apenas ter acesso e usar a vestimenta adequada a um estilo e a um grupo social, mas ganhou uma nova amplitude e passando a ditar tendências e comportamentos em diversos outros segmentos da vida²²³.

O motivo é muito simples: a beleza é uma indústria multibilionária e os modelos são a referência dessa beleza. “Parece muito glamoroso e fácil. A beleza é como dinheiro, é uma moeda. A indústria de modelos vende um estilo de vida²²⁴.”

Sobre esse fenômeno que a moda provocou ao longo de sua história, Lipovetsky²²⁵ afirma que “tal é a grandeza da moda, que remete sempre mais o indivíduo para si mesmo, e tal é a miséria dela, que nos torna cada vez mais problemáticos para nós mesmos e para os outros”.

Dessa forma, pode-se concluir que a indústria da moda configura-se num setor que movimentava grande parte das economias mundiais, ditando tendências e padrões a serem seguidos, influenciando na geração de empregos, rendas e comportamentos, e, gerando como consequência, a sociedade de consumo.

Ainda, é possível dizer que a indústria da moda, aliada aos meios de comunicação, nunca foi tão presente na sociedade como atualmente, não mais se restringindo ao

²²¹ BARTHES, Roland. *Op. cit.*, 2009, p. 78.

²²² LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas**. São Paulo: Cia das Letras, 2009, p. 40.

²²³ BARTHES, Roland. **Sistema da Moda**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009, p. 80.

²²⁴ ANDERSON, Kelly. Retirado do documentário "O Preço da Beleza".

²²⁵ LIPOVETSKY, Gilles. *Op. cit.*, 2009, p. 79.

vestuário, mas também aos acessórios, estética e espetáculos publicitários que impulsionam cada vez mais o consumismo e cria uma ditadura a ser seguida.

Dessa forma, tudo que pode ser ligado à moda, tudo que faz parte do que ela determina e se encaixa nos seus padrões é bem aceito, enquanto, que tudo aquilo que foge dos padrões, é deixado de lado.

4.2 ESTÉTICA

Por conta da impossível desvinculação da vestimenta e do corpo que ela veste, a maneira como a indumentária e o vestuário são apresentados ao longo da história também passam por diversas transformações, sempre sofrendo a influência dos padrões estéticos desejáveis. Por isso, em relação ao condicionamento da manutenção de certos padrões, temos como reflexo o preconceito, a discriminação e o hábito de julgar e excluir.

Vivemos aparentemente na era do respeito pelos direitos humanos, mas não se percebe que jamais esses direitos foram tão violados nas sociedades democráticas, tendo em vista a terrível ditadura que oprime e destrói a autoestima do ser humano: a ditadura da beleza. É a maior ditadura de todos os tempos e uma das mais devastadoras à saúde, tanto mental, quanto psíquica e até mesmo fisiológica. O padrão inatingível de beleza amplamente difundido na mídia, por meio da TV, nas revistas, no cinema, nos desfiles, nos comerciais, penetrou no inconsciente coletivo e as aprisionou no único lugar em que não é admissível ser prisioneiro: dentro de si mesmas.

Essa ditadura elimina completamente a autoestima, retira o prazer de viver, produz uma batalha com o espelho e gera uma auto rejeição profunda. Produz uma sociedade de consumo desumana, que usa o corpo, e não a inteligência e a competência, para divulgar seus produtos e serviços, que não tem por objetivo produzir pessoas resolvidas, saudáveis e felizes, já que a ela interessam as insatisfeitas consigo mesmas, pois quanto mais ansiosas, mais consumistas se tornam.

Atualmente, no capitalismo moderno de uma sociedade de consumo, o mito da beleza está intrinsecamente ligado à moda, na medida em que os empresários do ramo só precisam mudar a moda frequentemente, e inventar produtos de beleza cada vez mais diversos, para que ganhem cada vez mais lucro. Além do que, se encontra difundido o mito de que a beleza depende da moda, e que todas as mulheres devem obedecer às mesmas exigências estéticas²²⁶.

Todos esses mecanismos utilizados acabam interferindo diretamente nas relações de trabalho, cujo conteúdo principal perseguido pelo empregador passa ser a estética, sobrepujando a análise da capacidade para exercício da atividade profissional e as qualificações do candidato.

Diante destes apontamentos, passa-se a um estudo mais detido sobre o que se pode entender por estética, quais os seus fatores e como eles junto a indústria da moda, influenciam a sociedade e afetam as relações de emprego. Tal estudo mais aprofundado faz-se importante na medida em que servirá de amparo para a identificação da prática de discriminação estética pré-contratual nas relações de emprego.

4.2.1 Conceito

Pode-se dizer que o conceito de estética²²⁷ está diretamente relacionado com o estabelecido como belo. De acordo com o preceituado por Maria Helena Diniz²²⁸, entende-se por estética “na linguagem filosófica, a ciência que tem por objeto o juízo de apreciação, determinante do belo nas produções artísticas. Trata-se da ciência do belo ou da filosofia da arte”.

²²⁶ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 179.

²²⁷ Segundo o Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa, de José Pedro Machado (4.^a ed., vol. II, Lisboa, Livros Horizonte, 1987), o nome/substantivo estética deriva do francês *esthétique*, que, por sua vez, vem do grego *aisthêtiké*, forma do adjetivo *aisthêtikós*, que significa “que tem a faculdade de sentir ou de compreender, que pode ser compreendido pelos sentidos”. Por sua vez, o Grande Dicionário Etimológico Prosódico da Língua Portuguesa, de Silveira Bueno, (3.^o vol., São Paulo, Edição Saraiva, 1965), remete a origem deste substantivo feminino que designa “filosofia da arte” e “filosofia do belo” para o grego *aisthêtikos*, em forma feminina.

²²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 4 v., p. 459.

Neste mesmo sentido é o que ensina Juarez Moraes Avelar²²⁹, ao dizer que a dimensão estética adentra os nossos sentidos, enquanto conhecimento e, em nossos sentimentos, como uma forma de gerar sensações agradáveis ou não. E, no momento em que o homem apanha pelos sentidos a compreensão das suas diferenças corporais com o semelhante, surge o desconforto, a intranquilidade emocional e uma cobrança íntima de suprimi-las, pois que se processou subjetivamente um juízo de valor estético. A conseqüente perda da autoestima gera abatimento, a auto comiseração, o ressentimento, a inversão, a timidez, o medo, a inveja e a revolta.

Desta forma, os padrões estéticos são definidos com base no que é considerado belo ou feio, atraente ou não, conceitos inteiramente subjetivos e que variam em virtude da cultura, da sociedade e do período histórico que se analisa.

A beleza, por exemplo, é algo extremamente difícil de conceituar, uma vez que seu significado mudou diversas vezes no curso da humanidade, já tendo sido associado ao bom, ao equilíbrio das formas, e até mesmo ao justo²³⁰.

Em relação à beleza feminina, por exemplo, nos séculos XV a XVII, o padrão era abdomens grandes, já no século XIX, o modelo de uma mulher bonita e saudável era ter formas arredondadas, principalmente nos ombros e no rostos, não podendo ser magra, conforme bem demonstrou Renoir²³¹. Já no século XX, o esperado era que se possuísse coxas e quadris ondulantes²³².

Nas Olimpíadas Gregas, por exemplo, os atletas competiam nus, de forma a exibir a sua beleza física, sendo vedada a presença de mulheres nos locais de competição, tendo em vista que se entendia que elas não teriam a capacidade de apreciar o belo²³³.

Além disso, os costumes próprios de cada sociedade influenciam na formação do ideal de beleza, como é o caso, por exemplo, do uso de argolas no pescoço

²²⁹ AVELAR, Juarez Moraes. **Cirurgia Plástica: Obrigação de meio e não obrigação de fim ou resultado**. São Paulo: Hipócrates, 2000, p. 172.

²³⁰ MARQUES, Christiani. **O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 99.

²³¹ Renoir (1841-1919), pintor de estilo impressionista, movimento que exprimia não apenas as aparências externas e objetivas, mas também as impressões interiores e subjetivas do artista.

²³² MARQUES, Christiani. *Op. cit.*, 2002, p. 103.

²³³ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 24.

utilizadas como ornamento pelas meninas de uma tribo da Birmânia²³⁴. A cada ano de vida, as meninas, a partir dos 09 (nove) anos de idade, colocam uma argola no pescoço. Os pescoços alongados refletem a beleza da mulher daquela região, mesmo que tal prática venha a causar inúmeros danos ao corpo²³⁵.

Os homens, por sua vez, também apresentaram características diversas ao longo da história em relação à beleza. Corpos musculosos, uso de bigodes e barbas, são exemplos de exigências que já foram cobradas em relação à beleza masculina²³⁶.

Conclui-se então que os padrões de beleza são dinâmicos e mudam de acordo com a sociedade no qual se acham inseridos, variando de acordo com a cultura de cada povo e à época em que se analisa. Neste sentido, pode-se dizer que o que é bonito para um, não é para o outro. Entretanto, é possível afirmar que desde o surgimento das sociedades, mesmo a mais primitiva, a forma estética e o que é ou não considerado como belo, e vai ser valorizado, continua ligado à forma física e ao corpo. No nosso cenário atual, por exemplo, vige o padrão, muitas vezes inalcançável, de magreza, em especial para as mulheres.

Dessa forma, passa-se a analisar mais detidamente cada um dos fatores estéticos que mais influenciam a sociedade, em especial em no que tange às relações de emprego.

4.2.2 Fatores Estéticos

O padrão estético é ditado por valores socioculturais de uma época, determinando normas e regras do que é certo ou errado, do que é feio ou belo, do que deve ser aceito ou rejeitado pela sociedade. Então, ao tratarmos de padrão estético e moda, estaremos falando de uma dialética de exclusão/inclusão

²³⁴ Atual Mianmá.

²³⁵ Vera Golik relata que tais práticas utilizadas pelas mulheres *Padaung* como forma de se adequar aos costumes, causa sérios danos ao corpo, uma vez que depois de adultas, o pescoço fica tão alongado que não se pode mais retirar as argolas, uma vez que em razão do seu uso constante, os músculos do pescoço se atrofiam e o pescoço poderia cair, causando a morte por asfixia. GOLIK, Vera. **Corpo de mulher: o prazer de conhecer**. São Paulo: Terra Virgem, 2000, p. 75.

²³⁶ NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; ALKIMIN, Maria Aparecida. **Limites Do Poder De Direção Do Empregador E A Discriminação Estética Na Relação De Emprego**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=da54dd5a0398011c>>. Acesso em: 25 ago. 2016, p. 7.

A sociedade brasileira atual adotou um novo conceito de beleza, que pode muito bem ser entendido como “padrão inatingível de beleza”, principalmente se for levada em consideração a origem miscigenada que é característica do brasileiro²³⁷, bem como o seu biótipo comum, que pode ser contemplado nas campanhas publicitárias, nas produções cinematográficas e na teledramaturgia. As pessoas que eventualmente não estiverem dentro dos padrões impostos, estarão excluídas do grupo, seja ele no âmbito social, seja ele no âmbito do emprego.

Vários são os fatores estéticos, que impõem padrões pré-determinados pela indústria da moda, que ocasionam a exclusão e a discriminação do indivíduo considerado dissonante, inclusive no ambiente de trabalho como, por exemplo o peso, a tatuagem, o *piercing*, cicatrizes, cortes de cabelo, uso de barba, altura e fatores decorrentes de doenças e deficiências.

4.2.2.1 Peso: obesidade, bulimia e anorexia

O excesso de peso²³⁸ é um dos fatores estéticos que mais frequentemente ocasionam discriminação no trabalho.

De acordo com a Pesquisa de Orçamento Familiar²³⁹ realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em todas as regiões do país, em todas as faixas etárias e de renda há um aumento contínuo e substancial do percentual de pessoas consideradas obesas ou com excesso de peso. Além disso, o sobrepeso atinge mais de 30% das crianças entre 5 e 9 anos, cerca de 20% da população entre

²³⁷ A população brasileira é bastante miscigenada. Isso ocorreu em razão da mistura de diversos grupos humanos que aconteceu no país. São inúmeras as raças que favoreceram a formação do povo brasileiro. Os principais grupos foram os povos indígenas, africanos, imigrantes europeus e asiáticos.

²³⁸ “Em relação ao tema, é importante destacar a distinção entre as expressões “sobrepeso” e “obesidade”. Considera-se “sobrepeso” o peso acima do recomendado pela OMS –Organização Mundial de Saúde (IMC - Índice de Massa Corporal superior a 25%), enquanto que a “obesidade” é o excesso de peso crônico (IMC – Índice de Massa Corporal superior a 30%). A obesidade pode ser ocasionada pela superalimentação (obesidade exógena) ou decorrente de distúrbios metabólicos ou endócrinos (obesidade endógena)”. SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 8.

²³⁹ SOARES, Lucila; RITTO, Cecília. Pesquisa do IBGE confirma que obesidade é epidemia no Brasil. 2010. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/saude/pesquisa-do-ibge-confirma-que-obesidade-e-epidemia-no-brasil/>. Acesso em 26 de setembro de 2016.

10 e 19 anos, e, 48% das mulheres e 50,1% dos homens acima de 20 anos, o que pode ser considerado como uma epidemia²⁴⁰.

Se o atual ritmo de crescimento das pessoas acima do peso se mantiver, em dez anos, o percentual será, aproximadamente, equivalente a 30% da população, padrão que pode ser considerado idêntico ao dos Estados Unidos, onde a obesidade é considerada um sério problema de saúde pública²⁴¹.

Entretanto, em contraponto ao crescimento intimidante de pessoas com sobrepeso ou obesas no país, há a ditadura da magreza que atinge, sobretudo, as mulheres, o que gera como consequências, o próprio contraponto da obesidade, que é a bulimia e a anorexia²⁴², ambas traduzindo estados patológicos e com riscos para a integridade corporal da pessoa²⁴³.

Neste sentido, cabe dizer que mesmo que o excesso de peso seja uma realidade constante e crescente na população, a moda, com todos os seus “privilégios de liberdade” ainda é negada a uma grande fatia do mercado.

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

Neste sentido, um caso excepcional que merece destaque foi o da professora Mariana Cristina Justilim, aprovada em concurso para lecionar na rede pública de ensino, mas que foi considerada “inapta” por conta do seu excesso de peso, mesmo que os seus exames médicos não indicassem efetivamente nenhum problema físico que pudesse justificar a sua inaptidão para o exercício da docência²⁴⁴.

²⁴⁰ A epidemia é um surto de agravação de uma doença endêmica, ou seja, de uma doença que existe com frequência, em determinado lugar e que rapidamente ataca um grande número de pessoas, virando uma epidemia.

²⁴¹ SOARES, Lucila; RITTO, Cecília. Pesquisa do IBGE confirma que obesidade é epidemia no Brasil. 2010. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/saude/pesquisa-do-ibge-confirma-que-obesidade-e-epidemia-no-brasil/>. Acesso em 26 de setembro de 2016.

²⁴² Na bulimia ocorre a ingestão de grande quantidade de alimentos seguida de vômito, provocando desnutrição, enquanto que a anorexia é caracterizada pela perda do apetite ou a recusa em se alimentar.

²⁴³ SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 13.

²⁴⁴ PROFESSORA é considerada 'não apta' em concurso por estar acima do peso. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2014/07/professora-e-considerada-nao-apta-em-concurso-por-estar-acima-do-peso.html>. Acesso em: 26 set. 2016.

Ainda, ressalta-se o estudo realizado pela Universidade de Michigan, nos Estados Unidos, coordenado por Mark Roehling, que pesquisou empresas da região de Michigan e constatou restrições na hora de contratar, promover ou dar aumentos salariais a empregados considerados gordos.

Roehling chegou à conclusão que a probabilidade de uma pessoa ser preterida na hora da contratação por estar muito acima do peso considerado como o ideal, pode ser maior que a de um negro e até de um ex-presidiário, dois segmentos historicamente colocados à margem da sociedade²⁴⁵, deixando clara a prática de “gordofobia” nas relações de emprego.

A Associação para o Avanço da Aceitação da Obesidade, uma organização não-governamental com sede em San Francisco (EUA), chegou a fazer cálculos sobre os prejuízos financeiros, constatando que os executivos em postos de alta gerência com até 20% de sobrepeso ganham até 4.000 dólares a menos por ano que os profissionais enquadrados como estando no peso ideal. Já no caso de mulheres acima do peso ou obesas, a diferença de salários pode chegar a até 24% para a ocupação de cargos equivalentes²⁴⁶.

No Brasil, em um levantamento feito pela empresa de consultoria Catho, foi apresentada a 1.400 (mil e quatrocentos) executivos uma lista de razões que eles consideram como barreiras a um candidato, pretendente a emprego. Nada menos do que 73% dos presidentes e diretores e 68% dos gerentes alegaram “ser gordo” como um dos motivos determinantes a exclusão de um candidato. O índice foi superior ao de outros tradicionais motivos de rejeição, como “estar desempregado há mais de seis meses”, “ser mulher com filhos pequenos” e “ter mais de 50 anos”. Desse estudo, depreende-se que o obeso é visto como alguém lento e não sadio, e que poderia vir a causar mais prejuízos do que contribuições na sua função.²⁴⁷

Exemplo do quanto exposto, foi o que ocorreu com um professor de educação física obeso, de uma escola de Maringá (PR)²⁴⁸. Ele foi indenizado em R\$ 10 mil (dez mil

²⁴⁵ OLIVEIRA, Maurício. **Pesquisa atesta preconceito contra obesos, que ganham menos e penam para arrumar emprego.** 2001. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/idade/educacao/pesquise/obesidade/1676.html>>. Acesso em: 04 out. 2016.

²⁴⁶ *Ibidem.*

²⁴⁷ *Ibidem.*

²⁴⁸ AGUIAR, Adriana. **Justiça condena empresas por discriminação estética: Juízes entendem que exigências ultrapassam o razoável.** 2011. Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br/impresso/legislacaotributos/106/424453/justica-condena-empresas-por-discriminacao-estetica?>>

reais), pelo fato de seu antigo empregador tê-lo acusado de ser gordo e incapaz de ser bom professor de educação física.

Em decisão unânime da 6ª Turma do TST, o relator, ministro Aloysio Corrêa da Veiga dispôs que a empresa deve cuidar para um ambiente de respeito com o trabalhador, não possibilitando posturas que evidenciem tratamento pejorativo, ainda mais em razão da condição física, o que traz sofrimento pessoal e íntimo ao empregado, pois além de ser gordo ainda tem colocado em dúvida a sua competência profissional²⁴⁹, como já foi tratado no tópico 2.3.2.1, sobre dano moral, bem como no tópico 4.2, destinado a falar sobre a estética.

O mesmo ocorreu com Daniela Aparecida Xavier, 21, que interessada em uma vaga para caixa no supermercado Carrefour, apresentou o currículo e duas semanas depois foi chamada para a entrevista. Na ocasião da entrevista, quando a viu pessoalmente, o encarregado pela seleção disse, na frente das outras candidatas, que ela não seria chamada por que “era gorda”, o que lhe causou grande constrangimento e sofrimento²⁵⁰.

O episódio chegou ao conhecimento do Ministério Público do Trabalho (MPT), que convocou o supermercado para prestar esclarecimentos. A Carrefour se justificou alegando que Daniela não poderia ser contratada porque “não caberia no caixa”, o que confirma a dispensa discriminatória com base na aparência da candidata. Ao final do processo, a rede varejista comprometeu-se a não repetir a atitude, sob pena de pagar multa diária de 5.000 reais²⁵¹.

Em determinadas circunstâncias, pode-se dizer que a discriminação estética dos candidatos ou até dos empregados com excesso de peso ou obesos, pode ser fundamentada em razões médicas, já que os obesos têm uma maior propensão a doenças e isso é uma grande preocupação para os empregadores e as empresas,

utm_source=newsletter&utm_medium=manha_10052011&utm_campaign=informativo>. Acesso em: 11 out. 2016.

²⁴⁹ AGUIAR, Adriana. **Justiça condena empresas por discriminação estética: Juízes entendem que exigências ultrapassam o razoável.** 2011. Disponível em: <[http://www.valoronline.com.br/impresso/legislacaotributos/106/424453/justica-condena-empresas-por-discriminacao-estetica?](http://www.valoronline.com.br/impresso/legislacaotributos/106/424453/justica-condena-empresas-por-discriminacao-estetica?utm_source=newsletter&utm_medium=manha_10052011&utm_campaign=informativo)>. Acesso em: 11 out. 2016.

²⁵⁰ OLIVEIRA, Maurício. **Pesquisa atesta preconceito contra obesos, que ganham menos e penam para arrumar emprego.** 2001. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/idade/educacao/pesquise/obesidade/1676.html>>. Acesso em: 04 out. 2016.

²⁵¹ *Ibidem*.

porque faz com que seja necessário aumentar os períodos de licença, o índice de faltas ao trabalho e as despesas com tratamentos médicos.

Percebe-se então, que as empresas valorizam cada vez mais profissionais adeptos de um estilo de vida saudável, enquanto que a obesidade sugere justamente o oposto.

4.2.2.2 Tatuagem e *piercing*

A tatuagem ou dermopigmentação é uma das formas de modificação corporal mais conhecidas e cultuadas do mundo, existindo registros históricos de sua presença datados desde 2160 a.C.²⁵².

Neste sentido,

A tatuagem ou dermopigmentação é um desenho realizado na pele, podendo ser conceituada como a arte de introduzir debaixo da epiderme substâncias corantes, vegetais ou minerais, para produzir desenhos indeléveis, como se pratica entre os povos selvagens e entre marinheiros, soldados e criminosos. Esta prática, hoje em dia, é comum entre as pessoas das mais variadas culturas e camadas sociais²⁵³.

É interessante observar que no próprio conceito de tatuagem trazido pelos dicionários, observa-se uma visão preconceituosa da sua utilização, o que, infelizmente, ainda persiste em algumas organizações.

O mesmo ocorre com o *piercing*, peça de metal que é introduzida em diversas partes do corpo, já que muitas empresas, deixam de contratar ou demitem o empregado em razão dele possuir tatuagens em lugares visíveis ou *piercings* em seu corpo.

Exemplo do quanto dito, foi um caso julgado pela 5ª Turma do TRT da 2ª Região, onde um funcionário do supermercado Atacadão, do grupo Carrefour, foi demitido por justa causa quando foi trabalhar fazendo uso de um *piercing* no lábio, e não o retirou, mesmo tendo sido repreendido pela direção²⁵⁴.

²⁵² BELLO, Paola. **Conheça a história da tatuagem**. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI132738-17770,00 CONHECA+A+HISTORIA+DA+TATUAGEM.html>>. Acesso em: 25 out. 2016.

²⁵³ Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa.

²⁵⁴ AGUIAR, Adriana. **Justiça condena empresas por discriminação estética**: Juízes entendem que exigências ultrapassam o razoável. 2011. Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br/impresso/legislacao/tributos/106/424453/justica-condena-empresas-por-discriminacao-estetica?>>

Os ministros entenderam que não seria abusiva a proibição do uso do *piercing* prevista pelo “manual de regras” do supermercado, e o relator Emmanoel Pereira afirmou que mesmo que uma parte da população veja o uso de *piercings* com normalidade, o mesmo não ocorre com a outra parte²⁵⁵.

Segundo a decisão, o supermercado, ao fixar normas, tenta não agredir nenhuma parcela dos seus consumidores e, por isso, tem o poder de estabelecer limitações para os seus funcionários²⁵⁶.

Cabe então a discussão para definir se o empregador, que tem poder diretivo e liberdade de contratar, teria o direito de impedir a realização dessas modificações corporais, de exigir que elas sejam retiradas, ou de promover uma eventual demissão por justa causa por conta delas.

Neste sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, na sessão da quarta-feira 17 de agosto de 2016, julgou inconstitucional a proibição de tatuagens a candidatos a cargo público estabelecida em leis e editais de concurso público. Foi dado provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 898450, com repercussão geral reconhecida, em que um candidato a soldado da Polícia Militar de São Paulo foi eliminado por ter tatuagem na perna. Na ocasião foi fixada a tese de repercussão geral no sentido de que editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais, em razão de conteúdo que viole valores constitucionais.

O relator do Recurso Extraordinário, ministro Luiz Fux, ressaltou que a criação de empecilhos arbitrários para impedir o acesso de candidatos a cargos públicos fere os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade. Em seu entendimento, qualquer obstáculo a acesso a cargo público deve estar relacionado unicamente ao exercício das funções como, por exemplo, idade ou altura que impossibilitem o exercício de funções específicas. Observou ainda que a jurisprudência do STF

utm_source=newsletter&utm_medium=manha_10052011&utm_campaign=informativo>. Acesso em: 11 out. 2016.

²⁵⁵ AGUIAR, Adriana. **Justiça condena empresas por discriminação estética**: Juízes entendem que exigências ultrapassam o razoável. 2011. Disponível em: <[http://www.valoronline.com.br/impreso/legislacaotributos/106/424453/justica-condena-empresas-por-discriminacao-estetica?](http://www.valoronline.com.br/impreso/legislacaotributos/106/424453/justica-condena-empresas-por-discriminacao-estetica?utm_source=newsletter&utm_medium=manha_10052011&utm_campaign=informativo)>. Acesso em: 11 out. 2016.

²⁵⁶ *Ibidem*.

prevê que o limite de idade previsto em lei é constitucional, desde que justificável em relação à natureza das atribuições do cargo a ser exercido.

O Ministro destacou que a tatuagem, por si só, não pode ser confundida como uma transgressão ou conduta atentatória aos bons costumes. Segundo ele, a tatuagem passou a representar uma autêntica forma de liberdade de manifestação do indivíduo, pela qual não pode ser punido, sob pena de flagrante violação dos princípios constitucionais. Para o ministro Fux, o respeito à democracia não se dá apenas na realização de eleições livres, mas também quando se permite aos cidadãos se manifestarem da forma que quiserem, desde que isso não represente ofensa direta a grupos ou princípios e valores éticos.

Em seu entendimento, o desejo de se expressar por meio de dermopigmentação definitiva não pode ser obstáculo a que um cidadão exerça cargo público. Afirmou também que “Um policial não se torna melhor ou pior em suas funções apenas por ter tatuagem”.

O relator destacou que o Estado não pode querer representar o papel de adversário da liberdade de expressão, impedindo que candidatos em concurso ostentem tatuagens ou marcas corporais que demonstrem simpatia por ideais que não sejam ofensivos aos preceitos e valores protegidos pela Constituição Federal. “A máxima de que cada um é feliz à sua maneira deve ser preservada pelo Estado”, ressaltou o ministro.

Em seu voto, o ministro Fux assinalou que tatuagens que prejudiquem a disciplina e a boa ordem, sejam extremistas, racistas, preconceituosas ou que atentem contra a instituição devem ser coibidas. Observou, por exemplo, que um policial não pode ostentar sinais corporais que signifiquem apologias ao crime ou exaltem organizações criminosas. Entretanto, não pode ter seu ingresso na corporação impedido apenas porque optou por manifestar-se por meio de pigmentação definitiva no corpo.

O relator explicou que as Forças Armadas vedam o ingresso de pessoas com tatuagens que transmitam mensagens relacionadas à violação da lei e da ordem, tais como as que discriminem grupos por sua cor, origem, credo, sexo, orientação sexual ou que incitem o consumo de drogas ou a prática de crimes, por entender que são incompatíveis com a função militar.

No caso dos autos, o candidato obteve, em primeira instância, decisão favorável em mandado de segurança impetrado contra sua exclusão do concurso público para o preenchimento de vagas de soldado de 2ª classe depois que, em exame médico, foi constatado que possui uma tatuagem em sua perna direita que estaria em desacordo com as normas do edital. O Estado de São Paulo recorreu alegando que o edital estabeleceu, de forma objetiva, parâmetros para admissão de tatuagens, mas que o candidato não se enquadrava nessas normas.

Em acórdão, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) destacou que o edital é a lei do concurso e a restrição em relação à tatuagem encontra-se expressamente prevista. Assim, ao se inscreverem no processo seletivo, os candidatos teriam aceitado as regras. O acórdão salienta que quem faz tatuagem tem ciência de que estará sujeito a esse tipo de limitação. Acrescenta que a disciplina militar engloba também o respeito às regras e o descumprimento da proibição a tatuagens não seria um bom início na carreira.

Por maioria de votos, o Plenário deu provimento ao RE 898450 para impedir que o candidato seja eliminado do certame por ter tatuagem.

Dessa forma, percebe-se que não é possível que o empregador exija a retirada ou impeça a colocação de *piercings*, ou ainda, impeça o acesso ou a manutenção do emprego de um indivíduo em razão de suas tatuagens sob pena de violação aos princípios constitucionais da democracia, liberdade e isonomia, como já visto nos capítulos anteriores, a menos que a conduta seja justificável em relação à natureza das atribuições do cargo a ser exercido, como será estudado mais detalhadamente nos tópicos seguintes.

4.2.2.3 Cicatrizes

As cicatrizes são marcas deixadas no corpo de uma pessoa, como consequência de acidentes, cirurgias ou queimaduras. Caso esteja em um lugar aparente, como o rosto, pode causar uma aparência antiestética, gerando incômodo entre as pessoas.

Tal fato pode servir como um desestímulo para que as empresas contratem ou mantenham o empregado no seu quadro de funcionários, especialmente se a área de atuação da empresa exigir um contato direto com os clientes ou consumidores.

Entretanto, a dispensa do funcionário que possui alguma cicatriz não pode se dar de maneira arbitrária, sob pena de ferir o princípio da igualdade, como já visto anteriormente.

4.2.2.4 Cabelo e barba

O corte e a cor dos cabelos, se estão soltos ou presos, se são lisos ou afro, a barba e o bigode, também são fatores estéticos que podem gerar discriminação nas relações de emprego.

O banco Bradesco, por exemplo, foi condenado em primeira instância, por proibir o uso de barba por seus funcionários, vedação que chegou a constar no manual de regras da empresa, conforme consta no processo²⁵⁷.

A decisão do juiz Guilherme Ludwig, da 7ª Vara do Trabalho de Salvador determinou o pagamento de R\$ 100 mil por dano moral ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), a publicação de retratação nos jornais de maior circulação na Bahia, durante dez dias seguidos, e em todas as redes de televisão aberta, em âmbito nacional, uma mensagem reconhecendo a ilicitude de seu comportamento, bem como a alteração do seu Manual de Pessoal, para incluir expressamente a possibilidade de que seus funcionários façam uso de barba. A decisão foi tomada em uma ação civil pública ajuizada em fevereiro de 2008, pelo Ministério Público do Trabalho (MPT). O magistrado entendeu que a regra era abusiva e violaria o artigo 3º, inciso IV, da

²⁵⁷ AGUIAR, Adriana. **Justiça condena empresas por discriminação estética**: Juízes entendem que exigências ultrapassam o razoável. 2011. Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br/impresso/legislacao/tributos/106/424453/justica-condena-empresas-por-discriminacao-estetica?>>

Constituição²⁵⁸, que proíbe preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação²⁵⁹.

O Bradesco alegou, em sua defesa, que uma pesquisa interna apontou que 81% dos entrevistados declararam que a barba "piora a aparência" e que seu uso pode atrapalhar o sucesso profissional. Segundo o juiz, a proibição constitui conduta patronal que viola inequivocamente o direito fundamental à liberdade de dispor e de construir a sua própria imagem em sua vida privada²⁶⁰.

Contudo, outro foi o entendimento do Tribunal Regional da 5ª Região/BA²⁶¹, ao considerar que não houve discriminação nem uma clara determinação para que funcionários tirassem a barba. A Relatora do processo, Maria das Graças Boness, afirmou que mesmo uma eventual norma que proibisse o uso de barba não seria abusiva, pois não estaria fora do "poder diretivo" do empregador.

Para o procurador Manoel Jorge e Silva Neto²⁶², a barba deve ser proibida só em casos que podem prejudicar a segurança do empregado, como a necessidade do uso de máscaras, por exemplo, cuja vedação fica comprometida, sendo preciso considerar no momento de promover exigências de caráter estético se isso efetivamente traz prejuízo à atividade econômica desenvolvida pelo empregador, como será tratado mais à frente neste capítulo.

Em uma outra ação contra o banco, um advogado que trabalhou no departamento jurídico da instituição também alegou discriminação estética pelo mesmo motivo.

²⁵⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁵⁹ AGUIAR, Adriana. **Justiça condena empresas por discriminação estética**: Juízes entendem que exigências ultrapassam o razoável. 2011. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br/impreso/legislacaotributos/106/424453/justica-condena-empresas-por-discriminacao-estetica?utm_source=newsletter&utm_medium=manha_10052011&utm_campaign=informativo>. Acesso em: 11 out. 2016.

²⁶⁰ DÉCIMO, Tiago. Bradesco é condenado em R\$ 100 mil por proibir barba. Estadão, São Paulo, 23/09/2010, caderno Economia. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,bradesco-e-condenado-emr-100-milpor-proibir-barba,36477,0.htm>. Acesso em: 11/10/2016.

²⁶¹ FONSECA, Pedro Leal; MAGENTA, Matheus. **Para tribunal, empresa pode vetar funcionário com barba**: TRT da Bahia derruba condenação que mandava Bradesco pagar indenização O empregador tem direito de zelar pela boa aparência, boa imagem e asseio de empregados, diz relatora do processo. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0707201101.htm>>. Acesso em: 11 out. 2016.

²⁶² *Ibidem*.

Segundo consta no processo, um de seus chefes falava, de forma reiterada, na frente de colegas, que "barbicha, não era coisa de homem"²⁶³.

A 6ª Turma do TST, porém, não concedeu a indenização apenas porque as testemunhas teriam entrado em contradição sobre quem seria o gerente responsável pela humilhação. Ainda assim, o ministro Augusto César Leite de Carvalho, relator do recurso, deixou claro em seu voto que a exigência imposta pela empresa de trabalhar sem cavanhaque ou sem barba pode afetar o direito à liberdade, à intimidade, à imagem, previstos na Constituição²⁶⁴, com já foi visto anteriormente no tópico 3.6 deste trabalho.

Ainda neste tema, importante citar o estudo feito pelas pesquisadoras Jennifer Berdahl e Natalya Alonso, da University of British Columbia, do Canadá, segundo o qual, entre as mulheres que comandam as maiores empresas do mundo, reunidas no índice S&P 500²⁶⁵, 48% são loiras. Além disso, mais de um terço das senadoras dos Estados Unidos, o que corresponde a 42% do total, também. O que demonstra uma clara contradição com a realidade social, já que essa representatividade está bem acima da ocorrência natural de cabelos claros em adultos, já que no mundo todo os loiros não passam de 2% e, nos Estados Unidos, de 5%²⁶⁶.

Para as pesquisadoras, essa disparidade não ocorre por acaso. Se as mulheres estão optando por descolorir seus cabelos, existe alguma tática nessa escolha. De acordo com o estudo conduzido pelas duas professoras, os motivos passam por quatro pontos, sendo que alguns deles podem ser considerados

²⁶³AGUIAR, Adriana. **Justiça condena empresas por discriminação estética**: Juízes entendem que exigências ultrapassam o razoável. 2011. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br/impresso/legislacaotributos/106/424453/justica-condena-empresas-por-discriminacao-estetica?utm_source=newsletter&utm_medium=manha_10052011&utm_campaign=informativo>. Acesso em: 11 out. 2016.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ S&P 500 abreviação de Standard & Poor's 500 e também conhecido por "o S&P" trata-se de um índice composto por quinhentos ativos (ações) cotados nas bolsas de NYSE ou NASDAQ, qualificados devido ao seu tamanho de mercado, sua liquidez e sua representação de grupo industrial. É (S&P 500) um índice ponderado de valor de mercado (valor do ativo multiplicado pelo número de ações em circulação) com o peso de cada ativo no índice proporcional ao seu preço de mercado. Propriamente dito, o S&P 500 não deve receber modificações, ou seja, deve-se manter a expressão original, pois trata-se das 500 ações mais importantes para o mercado, ações que medem mudanças, situações, cenários em que a economia está exposta.

²⁶⁶ MELO, Luísa. **Metade das maiores CEOs do mundo é loira**: e há um motivo. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/metade-das-maiores-ceos-do-mundo-e-loira-e-ha-um-motivo>>. Acesso em: 10 out. 2016.

bastante sexistas: questões raciais, de "atratividade", de "bondade" e de juventude²⁶⁷.

O primeiro ponto, é também o mais óbvio: cabelos loiros, bem como olhos azuis, são naturais de pessoas brancas, que notoriamente, costumam ter mais oportunidades e chegam ao topo com muito mais frequência que as demais. O segundo, explica Jeniffer, é que as mulheres loiras costumam ser vistas pelos homens, que via de regra, detêm o poder de decisão nas empresas, como mais atraentes e sexys do que outras mulheres e, por isso, podem ter mais chances de se tornarem líderes. O terceiro diz respeito ao que a pesquisadora chama de efeito "Glinda, a bondosa"²⁶⁸, que retrata o fato de que as mulheres de cabelos claros tendem a ser vistas como mais gentis que as demais. Já o quarto efeito se refere à idade, já que cabelos loiros, em especial os platinados, são mais comuns em crianças e, normalmente, vão escurecendo com a idade²⁶⁹. O que induz à ideia de que as mulheres loiras são mais jovens, e, portanto, mais ativas e dispostas.

As mulheres que se encaixam no ideal feminino da cultura norte-americana, de ser branca, loira, atraente, jovem e amável, têm muito mais probabilidade de atingir a liderança do que mulheres consideradas como "menos ideais", ainda que esse ideal em nada se relacione com a competência²⁷⁰, o que demonstra que a discriminação estética nas relações de emprego, com base nos padrões impostos à sociedade pela indústria da moda, perpetua o ciclo de desvalorização do profissional, o que traz prejuízos tanto para a própria empresa, como para a sociedade como um todo, como já foi tratado na introdução deste capítulo.

Ainda, de acordo com a pesquisa, o fato de se ter um alto índice de loiras entre as maiores executivas do mundo não vem para contradizer o estereótipo da "loira burra", mas sim se aproveitar dele, uma vez que se a aparência é feminina, não desafiadora e infantil, é possível que se consiga passar despercebido com um comportamento mais assertivo, independente e tido como 'masculino'. Os resultados preliminares do estudo sugerem ainda, que a alta incidência de loiras na chefia das empresas tem relação com o chamado "efeito ursinho de pelúcia" para homens

²⁶⁷ MELO, Luísa. **Metade das maiores CEOs do mundo é loira**: e há um motivo. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/metade-das-maiores-ceos-do-mundo-e-loira-e-ha-um-motivo>>. Acesso em: 10 out. 2016.

²⁶⁸ Efeito Glinda, a bondosa, em referência à bruxa boa, e loira, do clássico "O Mágico de Oz".

²⁶⁹ MELO, Luísa. *Op. cit.* Acesso em: 10 out. 2016.

²⁷⁰ *Ibidem*.

negros, que os faz serem vistos mais como mais acolhedores, inocentes e confiáveis²⁷¹.

Durante a pesquisa, estereótipos foram confirmados: os entrevistados classificaram tanto as mulheres loiras quanto as morenas como atraentes, mas as de cabelo claro foram citadas como menos competentes e independentes. Na sequência, os participantes observaram fotos da mesma mulher com cabelo claro e escuro. Quando questionados sobre qual das versões eles recomendariam para presidente de uma empresa ou para o Senado, a maioria deles escolheu morena, atribuindo a ela características como inteligente, profissional e séria. No último teste, os homens tiveram que avaliar mulheres com um estilo de liderança dominante, que diziam frases como "minha equipe sabe quem manda aqui". Quando a afirmação era atribuída a uma morena, ela era classificada como sendo muito rígida além de não ser considerada acolhedora ou atraente.²⁷² Em comparação, as loiras tiveram um desempenho bem melhor, demonstrando que, a "Barbie" pode ser CEO, desde que ela seja jovem e doce, e que o fato de ser loira permite que ela seja mais velha e forte do que conseguiria de outras maneiras.

Ainda, nesta mesma temática, cabe fazer referência à decisão da 5ª turma do TRT da 1ª região, que confirmou a condenação em primeira instância da BSW Comercial Modas Ltda. ao pagamento de indenização por danos morais a uma ex-vendedora que foi constrangida a alisar o cabelo quando foi contratada²⁷³.

Em decisão unânime, o desembargador relator Enoque Ribeiro dos Santos, considerou a exigência da empresa ofensiva à dignidade, à autoestima e à intimidade da trabalhadora.

De acordo com o que consta no processo, na ocasião da admissão, a vendedora teria sido forçada a alisar o cabelo para se adequar ao padrão imposto pela empresa, tendo em vista que a supervisora do estabelecimento não aceitava

²⁷¹ MELO, Luísa. **Metade das maiores CEOs do mundo é loira: e há um motivo.** 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/metade-das-maiores-ceos-do-mundo-e-loira-e-ha-um-motivo>>. Acesso em: 10 out. 2016.

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ **Loja deve indenizar por exigir que vendedora alisasse cabelo:** TRT considerou exigência da empresa ofensiva à dignidade, à autoestima e à intimidade da trabalhadora. 2016. Disponível em: <<http://m.migalhas.com.br/quentes/236890/lojadeveindenizarporexigirquevendedoraalisassecabelo>>. Acesso em: 11 out. 2016.

vendedoras com cabelos crespos, como é o caso da ofendida, que afirmou ter-se sentido constrangida e humilhada²⁷⁴.

A própria testemunha indicada pela empresa, negou que tenha havido coação, mas reconheceu que a empresa fazia sugestões quanto à aparência das vendedoras, para que seguissem as tendências da moda, além de confirmar que a loja não contava em seus quadros com vendedoras de cabelo crespo.

O relator destacou ainda que restava claro que o alisamento feito pela vendedora se deu em decorrência da exigência da ré para padronização da aparência pessoal de suas funcionárias, tendo ocorrido no momento em que a empregada estava mais suscetível ao seu arbítrio, para manter o novo emprego. Dessa forma, entendeu que tal "sugestão" dirigida a uma trabalhadora recém-contratada numa loja onde só há vendedoras com cabelos lisos demonstra que foi excedida a mera proposição²⁷⁵.

Avaliou ainda como sendo aceitável que uma empresa de moda apresente sugestões de como seus funcionários se apresentem ao serviço, e de como se vistam, de forma a seguir as tendências, já que a aparência, nesse caso, é diretamente ligada à atividade econômica. Entretanto, não é possível que sugira ou determine que o trabalhador altere uma característica natural de seu corpo²⁷⁶.

Neste sentido, conclui-se que traços muito pessoais dos empregados como o estilo dos cabelos e o uso de barba, vêm se tornando objeto de disposição por parte dos empregadores.

Dessa forma, cabe dizer que tal disposição não deve ser admitida se não possuir justificativa plausível para tanto, relacionada à própria capacidade de exercício das funções, uma vez que do contrário restará configurada a prática de discriminação estética, ferindo princípios constitucionais como a igualdade, liberdade e razoabilidade.

²⁷⁴ **Loja deve indenizar por exigir que vendedora alisasse cabelo:** TRT considerou exigência da empresa ofensiva à dignidade, à autoestima e à intimidade da trabalhadora. 2016. Disponível em: <<http://m.migalhas.com.br/quentes/236890/lojadeveindenizarporexigirquevendedoraalisassecabelo>>. Acesso em: 11 out. 2016.

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ *Ibidem*..

4.2.2.5 Fatores decorrentes de doenças e deficiências

Também são considerados fatores estéticos que ensejam discriminação estética as deficiências, sejam elas congênitas ou desenvolvidas ao longo da vida, e marcas nas partes expostas do corpo, como feridas e manchas, muitas vezes associadas aos portadores de algumas doenças.

Um exemplo de discriminação deste tipo é retratada no filme “Filadélfia”, em que o personagem interpretado por Tom Hanks é demitido do escritório em que trabalhava quando seus superiores, percebendo as feridas em seu rosto e corpo, descobriram ser ele portador do vírus HIV/AIDS.

O ideal é procurar não isolar um afetado ou um soropositivo, já que isso não impede que ele realize plenamente as suas atividades profissionais. Até mesmo em alguns setores administrativos na área de saúde é permitido o exercício de qualquer atividade administrativa sem necessidade de exigência do exame para verificar a existência do vírus²⁷⁷.

Todavia, para o candidato a uma vaga diretamente na área da saúde, o teste do HIV é legítimo, não sendo considerado como uma atitude discriminatória, tendo em vista que apenas tem intenção de proteger tanto o próprio trabalhador, que pode ser mais vulnerável a doenças infectocontagiosas, quanto os seus colegas e pacientes. Ou seja, é uma questão de saúde pública, e não de discriminação.

Desse modo, pode-se dizer que não há justificativa válida para a dispensa do empregado soropositivo enquanto o mesmo possuir condições de capacidade laborativa.

A jurisprudência brasileira têm reconhecido que a dispensa decorrente unicamente de o indivíduo ser portador de vírus HIV é discriminatória, e vêm determinando a reintegração do trabalhador ao seu posto, mesmo que não haja essa garantia no ordenamento jurídico²⁷⁸.

²⁷⁷ MARQUES, Christiani. **O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 131 *et. seq.*

²⁷⁸ *Ibidem, loc. cit.*

Neste sentido, a primeira turma do Tribunal Superior do Trabalho confirmou, por unanimidade, o direito à reintegração de um portador do vírus HIV, ao negar um recurso da AFL do Brasil Ltda., empresa do setor de autopeças.

A relator Perpétua Wanderley, confirmou que presume-se discriminatória a dispensa arbitrária do empregado portador de AIDS e que deve-se garantir a sua reintegração quando a empresa tem conhecimento sobre a doença, em face dos princípios constitucionais que proíbem práticas discriminatórias e asseguram a dignidade da pessoa humana, como já visto anteriormente no capítulo sobre o princípio da igualdade²⁷⁹.

Ainda, em 1988 a OIT e a OMS assinaram conjuntamente um texto elaborado pela reunião de Consulta sobre a AIDS no local de trabalho, no qual se afirmam que a infecção por HIV não representa motivo para o rompimento da relação empregatícia, e que pessoas infectadas devem ser capazes de trabalhar enquanto ainda tiverem, condições, em termos médicos, de desempenhar suas funções, bem como, devem receber proteção contra a estigmatização e eventuais condutas discriminatórias de colegas de trabalho, de sindicatos, de empregadores e clientes, e ainda, que fica vedada a realização de exames periódicos com o intuito de fazer um levantamento dos trabalhadores infectados²⁸⁰.

Ainda, em relação aos fatores estéticos decorrentes de deficiências físicas, cabe dizer que a própria deficiência já acarreta para o indivíduo significativos problemas de convívio social e atividades profissionais.

Muitos empregadores preterem candidatos que sejam portadores de deficiência por entenderem que eles não se adaptam bem em trabalho em grupo ou que serão rejeitados pelos colegas. Há ainda quem pense que tiram proveito de suas deficiências para conseguir benesses, que podem afastar clientes e que gerariam grandes problemas numa hora de incêndio ou outra emergência.

A concepção de enxergar os portadores de deficiência como pessoas infelizes, diferentes e doentes é presente e acarreta um movimento de exclusão²⁸¹.

²⁷⁹ **TST garante reintegração de empregado soropositivo.** Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/template/template_clipping.php?Id=8554>. Acesso em: 15 out. 2016.

²⁸⁰ MARQUES, Christiani. **O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética.** São Paulo: Ltr, 2002, p. 133

²⁸¹ MARQUES, Christiani. **O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética.** São Paulo: Ltr, 2002, p. 129.

A título informativo, na Áustria e na Alemanha, as regras para dispensa de portadores de deficiência são extremamente rígidas. Naquele o empregador deverá apresentar justificativa por escrito e fazer sua defesa perante a comissão encarregada de supervisionar a deficiência, a qual outorgara o seu consentimento para a o ato da dispensa²⁸².

Neste sentido, José Pastore afirma que é importante que os portadores de deficiência sejam capazes de aceitar suas peculiaridades, bem como, de demonstrar aos seus empregadores e colegas que eles podem ajudar aos outros e a si mesmos. Para os não portadores de deficiência a educação tem de disseminar entre eles a ideia de que a realização humana não se faz apenas com base na estatura, beleza ou forma física, mas, sobretudo, com fundamentos na inteligência, respeito, coragem e competência²⁸³.

Dessa forma, cabe reafirmar a necessidade e importância das ações afirmativas, como já tratado no tópico 3.7 deste trabalho, já que é através da educação que se molda comportamentos. Ter um chefe que entenda a importância da inclusão é um dos fatores mais importantes para a adaptação de um portador de deficiência ou do vírus do HIV/AIDS, que muitas vezes possuem plenas condições de continuar contribuindo para a sociedade, mas são vítimas de práticas discriminatórias que limitam ou obstam o acesso ou a manutenção ao emprego.

4.3 CARACTERIZAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE EMPREGO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL

Pelo quanto todo o exposto acima, fica claro que a conexão entre a estética e o contrato de trabalho vem se tornando frequente, já que esta tem sido amplamente utilizada como meio para o progresso profissional.

Dessa forma, pode-se dizer que um dos fatores ilegítimos que os empregadores costumam utilizar para justificar a extensão do tratamento discriminatório aos trabalhadores, principalmente na fase pré-contratual, ou de entrevistas, é a

²⁸² MARQUES, Christiani. **O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 131.

²⁸³ PASTORE, José. **Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência**. São Paulo: LTr, 2000, p. 15.

aparência do indivíduo, genericamente conhecida como discriminação visual. Nos Estados Unidos, inclusive, já há escritórios de advocacia especializados em causas similares.

Também conhecida como *lookism*²⁸⁴, é um termo amplo, que contempla tanto a discriminação estética, ou a *aschimofobia*²⁸⁵, como a discriminação etária, étnico-racial e cultural²⁸⁶.

Atualmente, trata-se como política e juridicamente incorretos, a prática de atos de machismo, homofobia, e racismo, mas as diversas formas de discriminação visual, em especial a discriminação estética, recorte utilizado no presente trabalho, são amplamente toleradas e tratadas como simples fato da vida²⁸⁷.

Diante disso, torna-se mister a importância e necessidade de se falar de forma mais detida sobre o que configura uma conduta do empregador como discriminação legítima ou como ilegítima, qual o limite entre elas e quais os critérios para identificar cada uma dessas condutas e como diferenciá-las.

4.3.1 Discriminação legítima e ilegítima

Dessa forma, com base nos critérios vistos no tópico 3.5.3 deste trabalho, pode-se dizer que a estética poderá interferir na pessoa do empregado e no seu meio ambiente de trabalho, porém, tal fator estético não justifica a ocorrência de discriminações sem qualquer critério lógico e razoável, com condutas eivadas de preconceito.

²⁸⁴ Expressão típica dos países anglófonos para descrever um tratamento discriminatório em relação às pessoas fisicamente pouco atraentes; principalmente no local de trabalho, mas também em ambientes sociais. Embora não seja classificada da mesma forma como a discriminação racial, cultural, sexual, "lookism" é generalizada e afeta o modo como as pessoas são percebidas, bem como a isso afeta as suas oportunidades em termos de relacionamentos, oportunidades de emprego, etc.

²⁸⁵ O termo *Aschimofobia* é um neologismo derivado de duas palavras gregas: *áschimos*, que significa "feio", e *fobos*, que significa "medo". Literalmente, significaria medo do feio. No Direito do Trabalho, trata-se de espécie de discriminação visual, equiparando-se à discriminação estética (sendo, na verdade, sinônimo desta) e garantindo à vítima direito à indenização por dano moral

²⁸⁶ RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. Discriminação visual e suas diversas dimensões: Aschimofobia, discriminação etária, discriminação étnico-racial e discriminação cultural. **Revista Ltr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 09, p.1118-1128, set. 2015, p. 1119.

²⁸⁷ *Ibidem*, loc. cit.

Como exemplo do quanto já disposto acima, destaca-se a ementa do acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho – 4ª Região, que ressalta que a discriminação com base na aparência física dos empregados, sem ser demonstrado pelo empregador que tal atributo seja essencial ao desempenho da atividade, configura conduta discriminatória, que enseja danos morais, devendo, portanto, ser passível de indenização.

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

Neste mesmo sentido é o entendimento da advogada trabalhista Sônia Mascaro²⁸⁸, do Amauri Mascaro Nascimento Advocacia Consultiva, que afirma que somente se pode preterir determinados profissionais para uma função se houver justificativa plausível, caso contrário caracteriza-se discriminação. Ela lembra que a Convenção nº 111, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1958, ratificada pelo Brasil, já trazia previsão relativa à discriminação. Segundo a convenção, é discriminação todo o ato, fato comportamento que tenha por objetivo dar preferência ou excluir alguém.

É preciso sempre manter a razoabilidade como mecanismo necessário de controle da discricionariedade, isto é: a) garantir uma adequação entre o fim perseguido e o meio empregado (racionalidade); b) tomar a medida como exigível ou necessária, se não houver alternativa para se chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; c) observar proporcionalidade, ou seja, o que se perde com a medida não poderá ter maior relevo do que aquilo que se ganha²⁸⁹.

Dessa forma, é possível que um candidato seja preterido em relação ao outro quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir, tal como se encontram excepcionadas as normas proibitivas de discriminação

²⁸⁸ AGUIAR, Adriana. **Justiça condena empresas por discriminação estética**: Juízes entendem que exigências ultrapassam o razoável. 2011. Disponível em: <[http://www.valoronline.com.br/impreso/legislacaotributos/106/424453/justica-condena-empresas-por-discriminacao-estetica?](http://www.valoronline.com.br/impreso/legislacaotributos/106/424453/justica-condena-empresas-por-discriminacao-estetica?utm_source=newsletter&utm_medium=manha_10052011&utm_campaign=informativo)>. Acesso em: 11 out. 2016.

²⁸⁹ COUTINHO, Aldacy. **Discriminação Estética no Trabalho**. In: Carta Forense, 2007. Disponível em: <<http://www.apesp.org.br/Imprensa/newlette01-10-07.htm>>. Acesso em 15 set. 2014.

inseridas no art. 373-A²⁹⁰, da CLT, ou ainda, quando em função da própria segurança do empregado, de forma que seja compatível com o quanto previsto na Constituição e com o princípio da igualdade.

4.3.2 Critérios para identificação

Um dos grandes problemas para o empregado ofendido e para o Ministério Público do Trabalho, é conseguir uma prova consistente, uma vez que a discriminação sempre vem disfarçada em outras alegações, além de se tratar de questão cultural, refletindo valores, preconceitos e estereótipos de uma sociedade, como já visto no tópico 3.5.1 deste trabalho.

O preconceito está presente em atos e situações no contrato de trabalho, os quais revelam uma conduta de normalidade, porém, na sua essência, nega a dignidade humana, a isonomia, a liberdade e a justiça.

Pode-se dizer então, que no tocante ao âmbito das relações trabalhistas, restará caracterizada a prática discriminatória que fere à dignidade e personalidade do trabalhador nas situações em que o empregador tratar de forma diferenciada seus empregados, estabelecendo desigualdades em matéria de manutenção de emprego ou de acesso ao emprego, sem justificção ou motivo razoável, que impeça o desenvolvimento das atividades trabalhistas em ambiente sadio e equilibrado.

Em outras palavras, correrá discriminação estética nos casos em que a estética seja uma qualificação ocupacional para a função ou para parte da função, em virtude da

²⁹⁰ 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.

forma física, mesmo que não haja justificativa plausível para tanto, ou seja, mesmo que não seja relacionada à própria capacidade de exercício das funções, ou em razão da própria segurança do empregado.

4.4 LIMITES À LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO DO EMPREGADOR

A liberdade de escolha também é elemento integrante do contrato de trabalho, e se por um lado, há, no contrato de trabalho, regras de ordem pública, em relação as quais não pode haver transigência, de outro lado, existem temas flexíveis nos quais trabalhador e empregador podem ajustar seus interesses.

Ainda, cabe ressaltar que ao indivíduo caberá decidir sobre a sua aparência corporal. De acordo com os estudos de Castilho e Martins, pode-se dizer que o corpo constrói definições que deixam perceber e refletir sentidos que traduzem uma criação de processos de identidade própria.²⁹¹

Infere-se, portanto, que é preciso mudar as regras, e não transformar os corpos, a título do que é valorizado pela sociedade, de modo que não abale o próprio sentido de estética do empregado. É preciso ser tolerante com as escolhas.

Ainda, como já foi visto anteriormente, segundo Aldacy Coutinho, 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 prestado²⁹².

A pertinência aqui tratada se refere ao caso, por exemplo, da proibição do uso de cabelos longos e soltos pela empregada que atua na indústria operando alguma máquina e esteja exposta ao risco de prender qualquer parte do corpo e causar acidente de trabalho. Neste caso, a proibição é uma condição de segurança e, portanto, não caracteriza preconceito ou violação à sua personalidade.

Conforme esclarece Amauri Mascaro Nascimento, para a discriminação devem concorrer o elemento subjetivo, ou seja, a intenção de discriminar e o elemento

²⁹¹ CASTILHO, Kathia & MARTINS, Marcelo M. **Discursos da Moda: semiótica, design e corpo**. São Paulo: Anhembi Morumbi, 2005.

²⁹² COUTINHO, Aldacy. **Discriminação Estética no Trabalho**. In: Carta Forense, 2007. Disponível em: <<http://www.apesp.org.br/Imprensa/newlette01-10-07.htm>>. Acesso em 15 set. 2014.

objetivo, ou seja, a preferência efetiva por alguém em detrimento de outro sem causa justificada²⁹³.

O empregador tem o direito de contratar o candidato que melhor servir aos interesses da empresa, contudo, a seleção deverá ser livre de qualquer ponderação referente à aparência ou à beleza do indivíduo. O que é fundamental é avaliar a capacidade e a sua competência profissional, sob risco de ferir o princípio da igualdade, como já visto anteriormente.

É inerente ao poder diretivo e a liberdade contratual e de organização do empregador a necessidade de determinadas informações e características pessoais acerca do candidato a determinada vaga de emprego, com o intuito de verificar aptidões pessoais e profissionais, bem como a qualificação necessária para aquela determinada função.

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

Deve-se ressaltar ainda que o dever de não-discriminar não retira do empregador seu pleno exercício da autonomia de vontade, da livre iniciativa e da liberdade contratual. Nesse caso, é importante atentar à técnica da ponderação e ao princípio da razoabilidade. É considerado razoável, portanto, que o empregador prefira determinada pessoa em relação a outra considerando certas características essenciais para os objetivos econômicos da empresa, como é o caso da contratação de uma modelo, que, necessariamente, deverá apresentar uma estética de beleza pré-definida.

Em relação a isso, cabe fazer uma ressalva em relação a lei aprovada na França que proíbe modelos excessivamente magras, já que tal lei quer regulamentar

²⁹³ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 732.

questões de saúde pública e não trabalhistas, tendo em vista que a França tem cerca de trinta a quarenta mil pessoas sofrendo com anorexia atualmente²⁹⁴.

Neste sentido foi a decisão proferida pelo TRT da 15ª Região²⁹⁵, que decretou a nulidade da justa causa e condenou a empresa reclamada ao pagamento de danos morais para uma funcionária que, conforme depoimento da própria reclamada, foi dispensada pela existência de mecha azul em seu cabelo. Conforme consta do processo, a autora foi dispensada por não se adequar ao Código de Ética da empresa, mesmo depois de reiteradas penalidades.

No entendimento da magistrada, apesar do empregador poder organizar a atividade de trabalho por conta do poder diretivo, esta prática não é absoluta, e deve harmonizar com a intimidade, privacidade e liberdade do empregado, uma vez que a subordinação inerente ao contrato de emprego é de natureza jurídica, de modo que a vinculação é relativa ao cumprimento do objeto do contrato de trabalho e, por isso, não se confunde com a subordinação pessoal capaz de invadir a vida particular do empregado.

Afirmou ainda que o Código de Ética da empresa reclamada apresentava regras quanto à vestimenta, cabelos, perfumes e acessórios pessoais, além de proibir a coloração nos cabelos, estabelecer parâmetros de cortes e proibir a utilização de cavanhaque e bigodes exorbitando o poder diretivo, uma vez que se tratam de disposições que ultrapassam os poderes do empregador, invadindo a órbita particular do empregado conforme prevê o art. 5º, X da CF²⁹⁶.

Entretanto, o mesmo Código de Ética estabelece a obrigação de seus empregados atenderem os clientes sem privilégios ou discriminação de qualquer ordem, configurando uma conduta contraditória, uma vez que a própria reclamada adota conduta discriminatória em relação a seus empregados, seja pela invasão à privacidade de seus empregados ao tecer normas acerca de sua apresentação

²⁹⁴ **Em luta contra anorexia, França proíbe modelos com magreza excessiva.** 2015. Disponível em: <<http://f5.folha.uol.com.br/voceviu/2015/04/1612175-em-luta-contr-a-anorexia-franca-proibe-modelos-com-magreza-excessiva.shtml>>. Acesso em: 20 out. 2016.

²⁹⁵ SÃO PAULO. Processo Rito Sumário nº0011547-19.2015.5.15.0018.

²⁹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...].

peçoal, seja pela prática de discriminação estética ou *aschimofobia*, já confessadamente praticada contra a reclamante.

Deste modo, a magistrada considerou flagrante a prática de discriminação estética contra a autora, implicando em exercício abusivo do poder disciplinar, de direito e regulamentar, conforme art. 187 do CC²⁹⁷, acolhendo a nulidade da justa causa rescisória, bem como arbitrando indenização por danos morais.

Diante do quanto exposto, conclui-se que o empregador é dotado de autonomia da vontade, e liberdade contratual, direitos garantidos a ele constitucionalmente. Entretanto, o empregado também tem direitos constitucionais garantidos, como o direito à igualdade e à não-discriminação, que funcionam como um limite à liberdade de contratação.

Dessa forma, deve-se recorrer à técnica da ponderação e ao princípio da razoabilidade conciliando os direitos de cada parte, sendo considerado razoável apenas que o empregador prefira determinada pessoa em relação a outra quando o fundamento for levar em consideração os objetivos econômicos da empresa, e as atribuições da função.

4.5 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA

Uma vez que seja constatada a prática de *aschimofobia*, ou, discriminação estética nas relações de emprego, em especial, no âmbito pré-contratual das tratativas, tal fato deverá ensejar a incidência de consequências jurídicas.

Deste modo, cabe analisar se há a existência ou não de dano, fundamento da responsabilidade contratual, como já visto no tópico 2.3.2 deste trabalho, bem como, fazer uma análise mais detida sobre a responsabilidade pré-contratual, e determinar se há ou não a sua incidência.

²⁹⁷ 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.

4.5.1 Existência de Dano

Como já foi visto, a prática de discriminação estética nas relações de emprego caracteriza abuso de direito por parte do empregador, que viola a intimidade, isonomia, liberdade e privacidade do candidato, o que enseja a existência de danos morais. Neste sentido:

Qualquer imposição de um padrão de beleza estereotipado para alicerçar a autoestima e o prazer diante da autoimagem produz um desastre no inconsciente, um grave adoecimento emocional. Autoestima é um estado de espírito, um oásis que deve ser procurado no território da emoção. Cada mulher, homem, adolescente e criança deveriam ter um caso de amor consigo mesmos, um romance com a própria vida, pois todos possuem uma beleza física e psíquica particular e única²⁹⁸.

Como já foi dito, a Constituição Federal, em seu art. 1º, III²⁹⁹, consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dando ao dano moral um novo aspecto e uma maior dimensão, já que a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais e a essência de todos os direitos personalíssimos, garantindo em seu art. 52, V e X³⁰⁰, a plena reparação do dano moral.

Neste sentido:

Qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável. Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. Ofensa a tais postulados exige compensação indenizatória³⁰¹.

Dessa forma, quando da prática da discriminação estética, sem dúvida, se gera um profundo sofrimento e dor psíquica na vítima, uma vez que nem sempre a discriminação é percebida e acabam os discriminados sentindo-se culpados por imaginarem que o ato discriminatório em verdade teria sido resultado de uma “opção” por outro candidato mais “capacitado”.

²⁹⁸ CURY, Augusto Jorge. **A ditadura da beleza e a revolução das mulheres**. Rio de Janeiro: Sextante, 2005, p. 3

²⁹⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]

³⁰⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

³⁰¹ SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação Cível 589643 1988.058964-3. Relator Desembargador Xavier Vieira. 19.10.1993.

Entretanto há casos em que a discriminação estética é escancarada pelo empregador, de forma que surge o desconforto, a inquietude emocional e uma cobrança íntima de suprimi-las, com uma conseqüente perda da autoestima gera abatimento, a auto comiserção, o ressentimento, a inversão, a timidez, o medo, a inveja e a revolta.

Dessa forma, conclui-se que a discriminação estética, como uma das possibilidades de discriminação nas relações de emprego, constitui violação à dignidade da pessoa humana, aos direitos da personalidade do trabalhador e à igualdade, gerando dano à pessoa, de forma que, de acordo com a ordem jurídica constitucional estabelecida no art. 5º., V, X e XLI³⁰².

A discriminação estética, portanto, viola o dever moral e jurídico de respeito e consideração ao próximo, bem como o princípio da igualdade, e caracteriza violação às normas de tutela à personalidade, gerando dano de natureza civil ao ofendido, sujeitando-se o autor do ato discriminatório à responsabilização por dano moral e material, como visto no tópico 2.3.2 deste trabalho

Ainda, cabe ressaltar que a jurisprudência, neste sentido, têm entendido que o dano moral sofrido, prescinde da demonstração do dano, podendo ser provado pela dimensão dos próprios fatos, quando não for possível demonstrar a ofensa sofrida, como já visto no tópico 2.3.2.2 deste trabalho.

4.5.2 Existência de Responsabilidade Pré-Contratual

Como já foi visto no tópico 2.5.3 deste trabalho a relação jurídica pré-contratual impõe, segundo padrões de honestidade, sigilo, informação, cuidado, lealdade e confiança, regras de comportamento a serem seguidas pelas partes.

Ainda, pode-se dizer que a boa-fé objetiva é uma regra de conduta cuja esfera de atuação abrange desde as tratativas que precedem a formação do contrato a até

³⁰² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

mesmo depois do seu término, fiscalizando o comportamento das partes durante todo o processo obrigacional, instituindo-lhes direitos e deveres.

Em se tratando de responsabilidade civil pré-contratual, portanto, uma vez iniciadas as negociações para a formação de um contrato, as partes se encontram unidas por uma relação jurídica que as obriga a manterem relações recíprocas de boa-fé, e o dever de indenizar deverá reger-se por normas contratuais³⁰³.

Neste sentido, a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo

DANO MORAL E MATERIAL. LESÃO PRÉ-CONTRATUAL. PROMESSA DE CONTRATAÇÃO NÃO HONRADA. DIREITO À INDENIZAÇÃO. As negociações para o preenchimento de um posto de trabalho que ultrapassam a fase de seleção geram para o trabalhador a esperança, senão a certeza, da contratação, caracterizando a formação de um pré-contrato de trabalho, que envolve obrigações recíprocas, bem como o respeito aos princípios da lealdade e da boa-fé (art. 422 do Código Civil). Evidencia-se a constatação do prejuízo na hipótese do Reclamante pedir demissão do emprego anterior, ficando desprovido de meios para sua subsistência e satisfação de seus compromissos financeiros. Devida a indenização por danos morais e materiais fixada na origem, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil. (TRT - 2ª Região – RO – 01231-2008-067-02-00-3; Ac. 2010/0470429 – 11ª Turma – Relatora: Maria Aparecida Duenhas – DEJT – 01.06.2010)

Dessa forma, por mais que a indústria da moda tenha grande influência na sociedade, ditando padrões estéticos e tendências que movem o mercado de consumo, não se deve olvidar que a boa-fé objetiva e todas as regras de comportamento que dela derivam também se aplicam às tratativas das relações de emprego, impedindo que tais padrões sejam utilizados indiscriminadamente, sob pena de se configurar numa conduta discriminatória, como já visto anteriormente, causando inúmeros danos, tanto ao empregado, como já visto no tópico 4.5.1, quanto a própria sociedade, que perde por não ter um empregado muitas vezes mais qualificado exercendo a função, pelo fato da sua estética não se adequar ao quanto determinado pela indústria da moda.

Imprescindível observar que a promessa de emprego também pode dar ensejo a responsabilidade civil pela perda de uma chance, uma vez que tem como fundamento o princípio da boa-fé objetiva, envolvendo a formação de um pré-contrato entre as partes, perante a falsa expectativa de contratação que é dada ao trabalhador pelo empregador. Entretanto, o recorte do presente trabalho não tem como objetivo adentrar a seara da teoria da perda de uma chance.

³⁰³ CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997, p. 107.

Como bem observa Luciano Coelho, cada fase de seleção para uma vaga de emprego, desde o simples envio de curriculum e espera pela resposta, testes, participação em dinâmicas de grupo e entrevistas, gera expectativas de que a vaga existe e que será preenchida, bem como, que a empresa pretende preenchê-la com o melhor candidato do ponto de vista objetivo. Uma eventual dispensa por fatores não legítimos é danosa, seja do ponto de vista psíquico, seja do ponto de vista patrimonial³⁰⁴, além de ferir o princípio constitucional da igualdade, como já foi visto anteriormente.

Se uma das partes em uma negociação preliminar age de forma desleal, violando deveres impostos pelo princípio da boa-fé objetiva, que impõem, inclusive, a não-interrupção injustificada desta negociação, bem como a lealdade das informações, o sigilo quanto as informações recebidas e a não indução da outra parte em erro, essa violação impede, muitas vezes que o negócio final se concretize, ou, que justifique a sua invalidação. Desta forma, tanto em um caso quanto em outro, quando a parte lesada tiver realizado despesas com o intuito de se preparar para cumprir o negócio avançado, ou, tiver deixado de contratar com outras pessoas ou de realizar outros negócios, ela deverá sim ser indenizada, mesmo que o contrato não tenha se aperfeiçoado³⁰⁵.

A indenização decorrente da responsabilidade pré-contratual da quebra das taxativas então, deverá ser integral, porém, não estará atendendo ao interesse de um contrato, mas sim, atendendo aos interesses negativos, quais sejam, as despesas e prejuízos decorrentes da frustração de formação do contrato³⁰⁶.

Importante, também, ressaltar a distinção feita acerca do interesse contratual positivo e negativo, no sentido de que, quem pede a indenização de um interesse contratual positivo não está desistindo do negócio jurídico válido requerendo, apenas, a sua execução, mesmo que em vez do cumprimento efetivo, que se tornou

³⁰⁴ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Responsabilidade civil pré-contratual em Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p.87.

³⁰⁵ NORONHA, Fernando. **O direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. Volume 1**. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 46.

³⁰⁶ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil No Direito Do Trabalho: Dano Moral E Material, Acidente E Doença Do Trabalho, Dano Pré E Pós-Contratual, Responsabilidade Subjetiva E Objetiva, Dano Causado Pelo Empregado, Assédio Moral E Sexual**. São Paulo, LTR, 2005, p. 87.

impossível ou perdeu o objeto, exija uma satisfação alternativa, subsidiária da principal, tendo como base um contrato ou negócio jurídico válido e perfeito³⁰⁷.

Já por interesse contratual negativo se pode entender que aquele que requer uma indenização, confiou na validade de um negócio jurídico, que no fim, veio a ser nulo, seja em consequência de um vício original, seja por causas posteriores³⁰⁸.

Pode-se dizer, portanto, que um interesse contratual positivo, abarca todas as consequências da ineficácia de um contrato supostamente válido, e, por outro lado, por interesse contratual negativo deve-se entender o dano que foi gerado por eventuais despesas, pela perda de uma chance, e pela frustração pela quebra ou vício do contrato, injustificadamente, por uma das partes.

Isto posto, na decisão³⁰⁹ proferida pelo Desembargador Anemar Pereira Amaral, a 6ª Turma do TST de Minas Gerais defendeu que a ausência de efetivação do vínculo jurídico não pode omitir a evidência de que a decisão da empresa causou-lhes danos morais, pela violação ao princípio da boa-fé e à própria responsabilidade pré-contratual, devendo haver reparação civil advinda da culpa *in contrahendo*, com base nos arts. 186 e 927 do CC³¹⁰, como já foi visto no tópico 2.2 deste capítulo.

Ainda conforme Coelho, a responsabilidade civil decorrente da violação, da quebra de um dever específico da condição de pré-contratantes se enquadra na responsabilidade contratual, pois há uma fase negocial na qual uma eventual recusa ilegítima em contratar dará origem à execução específica do contrato. No contrato de trabalho, isso vai significar a possibilidade de uma tutela de exceção, mas específica, qual seja, a obrigatoriedade em contratar.³¹¹

Com um intuito elucidativo, registre-se que o Código Civil de Portugal, em seu art. 227, adotou de forma clara a possibilidade da culpa *in contrahendo*, ao dispor que

³⁰⁷ FISCHER, Hans Albrecht *apud* DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil No Direito Do Trabalho**. São Paulo, LTR, 2014, p. 137.

³⁰⁸ *Ibidem, loc. cit.*

³⁰⁹ MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho. RO 00458-2011-089-03-00-9. Relator: Desembargador Anemar Pereira Amaral, 6ª Turma, DEJT, Minas Gerais, Belo Horizonte, 28.05.2013.

³¹⁰ 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; e Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

³¹¹ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Responsabilidade civil pré-contratual em Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p.120.

“quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo às regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”

Isto posto, surge o seguinte questionamento: uma eventual indenização decorrente da responsabilidade civil seria um direito absoluto ou relativo?

Dallegre Neto³¹², explica que o dever absoluto e geral de não lesar que, via de regra surge do ordenamento jurídico que é imposto a todos, geralmente vai corresponder a um direito real ou a um direito da personalidade, e que uma lesão a tal dever ensejaria uma responsabilidade civil extracontratual. Ao contrário, quando o dever de não lesar é relativo, surge de uma relação obrigacional, ou até mesmo, de tratativas negociais, o dano causado pelo desrespeito a tal dever deverá ensejar uma responsabilidade por violação ao princípio da boa-fé.

Essa boa-fé objetiva que foi violada é aquela inerente ao contrato, tanto em sua fase de tratativa, quanto na sua execução, ou até mesmo, no terreno da pós-eficácia da obrigação, tratando-se então de um direito relativo aos sujeitos envolvidos, em relação à negociação específica. Neste sentido, em relação a seara trabalhista, o que parece ser o mais acertado, que durante uma negociação que objetiva a celebração de um contrato de trabalho, as partes envolvidas são consideradas pré-contratantes, e, portanto, qualquer dano que decorra destas tratativas ensejará responsabilidade civil por violação ao princípio da boa-fé, não mais como um direito geral e absoluto, mas sim, como um direito relativo aos pré-contratantes³¹³.

Neste mesmo sentido, é possível dizer que, se no curso de tratativas negociais, uma conduta por parte de um pré-contratante gera qualquer tipo de dano, sendo que deveria estar seguindo os princípios da boa-fé objetiva e da probidade, previstos pelo Código Civil, ela vai ensejar o dever de reparar ou compensar os eventuais prejuízos causados ao outro pré-contratante, inclusive, aqueles decorrentes de danos morais, sendo possível o uso da equidade e da observação das peculiaridades do

³¹² DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil No Direito Do Trabalho: Dano Moral E Material, Acidente E Doença Do Trabalho, Dano Pré E Pós-Contratual, Responsabilidade Subjetiva E Objetiva, Dano Causado Pelo Empregado, Assédio Moral E Sexual**. São Paulo, LTR, 2005, p. 89.

³¹³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil No Direito Do Trabalho: Dano Moral E Material, Acidente E Doença Do Trabalho, Dano Pré E Pós-Contratual, Responsabilidade Subjetiva E Objetiva, Dano Causado Pelo Empregado, Assédio Moral E Sexual**. São Paulo, LTR, 2005, p. 89/91.

caso concreto, tendo em vista que nenhum pré-contraente deve sofrer os resultados causados pelo descompromisso ou pela culpa da outra parte³¹⁴.

Corroborando este pensamento, Ana Prata diz que tanto no pré-contrato como na sua execução, já existe uma relação jurídica, o que significa que uma eventual indenização vai se referir a um direito relativo e não a um direito absoluto e geral de não lesar. A relação entre aqueles que negociam com vista à conclusão de um contrato, ou o celebram, em nada se assemelha com uma eventual relação ocasional que se estabelece entre sujeitos não ligados por uma relação jurídica, antes se aproximando da relação contratual³¹⁵.

Parte da doutrina, entretanto, discorda desta tese, entendendo que no momento das tratativas as partes não estão ligadas por qualquer tipo de relação jurídica e, portanto, não haveria obrigação com força vinculante, mas meramente um dever geral de boa-fé.

Entretanto, os deveres pré-contratuais constituem imperativos de conduta destinados a satisfazer o interesse de sujeitos determinados, ou determináveis, o que, pode-se dizer, é o elemento que permite caracterizar distintamente as obrigações dos deveres jurídicos. Inclusive, os deveres pré-contratuais não se caracterizam, como geralmente acontece com os deveres cuja violação constitui ilícito extra obrigacional, por um conteúdo negativo, antes tendendo para a promoção e satisfação do interesse de um determinado sujeito³¹⁶.

No que se refere ao âmbito das tratativas que objetivam a constituição de um contrato de trabalho, tal inferência se comprova, pois as partes, no momento da entrevista se comportam conforme a condição de pré-contratantes. Logo, entende-se que um eventual dano decorrente desse momento envolverá agente e vítima na condição jurídica de trabalhador e empregador, o que viola o princípio da boa-fé não como direito geral e absoluto, mas como um direito relativo aos pré-contratantes.

³¹⁴ RUSSO JÚNIOR, Rômulo. **Responsabilidade Pré-Contratual**. Salvador, JusPODIVM, 2006, p. 44.

³¹⁵ PRATA, Ana. **Notas sobre a responsabilidade pré-contratual**. Coimbra, EDIÇÕES ALMEDINA, 2005. pag. 212

³¹⁶ *Ibidem*, *loc.cit.*

Mesmo porque, já se sabe de antemão que, segundo Coelho³¹⁷ a autonomia negocial no contrato de trabalho é extremamente mitigada, e tal fenômeno se amplia na fase pré-contratual ante a natureza do contrato de trabalho como contrato de adesão.

Dessa forma, pelo tudo quanto exposto, conclui-se que é possível que o empregador utilize critérios estéticos para a escolha do candidato à vaga de emprego quando a própria estética for elemento intrínseco da função, dos objetivos econômicos da empresa, ou ainda, quando estiver relacionada à questões da própria segurança do empregado.

Do contrário, se no curso das tratativas das relações de emprego, a estética for utilizada como critério de seleção, sem em que nada influencie na capacidade do empregado de exercer aquela determinada função, ou ainda, for em virtude de mero capricho do empregador, influenciado pelos padrões impostos à sociedade pela indústria da moda, de forma a reforçar a ditadura da beleza e da intolerância que vige na sociedade atualmente, restará caracterizada a discriminação estética.

Haverá então violação aos direitos da personalidade, igualdade e liberdade do candidato, que caracteriza violação ao dever de boa-fé que deve nortear não só as relações contratuais, mas também as pré-contratuais, ensejando responsabilidade civil pré-contratual e conseqüente dever de indenizar o dano moral provocado pela conduta discriminatória.

³¹⁷ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Responsabilidade civil pré-contratual em Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 154.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, pôde ser visto que, atualmente, a indústria da moda vem moldando o comportamento humano e social por meio da imposição de tendências e padrões estéticos, amplamente divulgados pela mídia, influenciando no comportamento das pessoas, bem como em seus julgamentos que, muitas das vezes, se tornam preconceituosos e discriminatórios.

Esses padrões estéticos impostos a sociedade, ensejam que a aparência tida por “agradável” seja um fator relevante nos relacionamentos pessoais, acabando por refletir em todos os âmbitos da sociedade, inclusive, nas relações de trabalho, causando uma valorização exacerbada da beleza em detrimento da qualificação, uma vez que, na sociedade atual, a beleza é indicativo de realização e sucesso pessoal, fazendo com que sujeitos em harmonia com o padrão estético atraiam tanto consumidor quanto empregador.

Entretanto, a discriminação no âmbito trabalhista, em qualquer de suas formas, é contrária ao Estado Democrático de Direito e a ordem jurídica constitucional, bem como a busca de uma sociedade solidária, fraterna, e que tem como um dos objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos, da igualdade de oportunidades e a erradicação da discriminação.

Ademais, viola direitos e garantias fundamentais do cidadão, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e o acesso ao emprego, além de ser contrária ao valor social do trabalho e ao princípio da boa-fé contratual, que deve conduzir as relações de trabalho em todas as suas fases.

Na seara trabalhista, a discriminação estética, ou *aschimofobia*, é uma das modalidades mais frequentes de discriminação, especialmente no momento prévio à contratação, das tratativas, no intuito de obstar o acesso ao emprego pelo indivíduo que não se adequa ao quanto imposto pela indústria da moda.

A discriminação estética, então, fere direitos inerentes ao homem, consagrados na Constituição Federal de 1988, como os direitos de personalidade atinentes à imagem, autodeterminação, identidade e até a intimidade e vida privada do indivíduo que, para ter acesso ao trabalho e a um meio de subsistência digno, precise transformar sua aparência, restando então, violada a dignidade e individualidade tendo em vista que todos devem ser respeitados.

Neste sentido, sem dúvidas, a discriminação estética caracteriza infração ao dever jurídico preexistente de respeito e consideração ao próximo, inerentes à boa-fé objetiva, que deve ser observada em todas as fases do contrato, inclusive, desde as suas tratativas, e, como consequência, se tornando ato lesivo que afeta a moral do indivíduo, culminando no dever de reparação pelos danos morais causados.

Dessa forma, cabe dizer que o limite da liberdade contratual do empregador resta justamente nos princípios da igualdade e da não-discriminação.

Vale ressaltar que, ainda que certas atitudes não demonstrem, em uma primeira análise, irregularidades, deve-se verificar se as consequências da conduta geram discriminação. Isso porque é comum a ocorrência da discriminação indireta, aquela maquiada por outras razões que não a prática ilícita.

Ainda, cabe dizer que isso não vai significar que o ambiente de trabalho é fechado ao conceito de beleza, mas o que não se admite é a discriminação pautada em critérios subjetivos preconceituosos, devendo-se recorrer à técnica da ponderação e ao princípio da razoabilidade conciliando os direitos de cada parte, sendo considerado razoável apenas que o empregador prefira determinada pessoa em relação a outra quando o fundamento levar em consideração os objetivos econômicos da empresa, as atribuições da função e a segurança do empregado.

O Estado deve ser garantidor dos direitos fundamentais do homem, de forma que cabe ao Direito o estabelecimento de políticas públicas e ações afirmativas que tenham por objetivo o estabelecimento de medidas preventivas e de erradicação da discriminação, coibindo sua prática, mesmo em suas formas mais veladas, concretizando a real igualdade preconizada constitucionalmente.

Ademais, as empresas privadas devem ser garantidoras de tais direitos, por meio da boa-fé contratual, da garantia de um ambiente laboral sadio em todos os seus aspectos, bem como pelo respeito ao empregado que, para que ele possa construir-se e realizar-se em sua própria identidade, sendo avaliado unicamente pela sua capacidade de exercer as suas funções e sua competência profissional.

Não é aceitável que o trabalhador mude a sua própria identidade e seu modo de se expressar, mas sim que a sociedade amadureça conceitos e ideais, mudando o paradigma de beleza vigente, e que passe a reconhecer e aceitar a diversidade.

Dessa forma, pelo presente trabalho, conclui-se que é possível que o empregador utilize critérios estéticos para a escolha do candidato à vaga de emprego quando a própria estética for elemento intrínseco da função, dos objetivos econômicos da empresa, ou ainda, quando estiver relacionada à questão da própria segurança do empregado.

Do contrário, se no curso das tratativas das relações de emprego, a estética for utilizada como critério de seleção, sem em que nada influencie na capacidade do empregado de exercer aquela determinada função ou, ainda, for em virtude de mero capricho do empregador, influenciado pelos padrões impostos à sociedade pela indústria da moda, de forma a reforçar a ditadura da beleza e da intolerância que vige na sociedade atualmente, restará caracterizada a discriminação estética.

Conclui-se, assim, que a violação aos direitos da personalidade, igualdade e liberdade do candidato, caracteriza desrespeito ao dever de boa-fé - que deve nortear não só as relações contratuais, mas também as pré-contratuais-, de modo que deve haver a incidência de responsabilidade civil pré-contratual e consequente dever de indenizar o dano moral provocado pela conduta discriminatória praticada pelo empregador, em virtude dos padrões estéticos impostos pela indústria da moda.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 10. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997

AGUIAR, Adriana. **Justiça condena empresas por discriminação estética**: Juízes entendem que exigências ultrapassam o razoável. 2011. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br/impreso/legislacaotributos/106/424453/justica-condena-empresas-por-discriminacao-estetica?utm_source=newsletter&utm_medium=manha_10052011&utm_campaign=informativ>. Acesso em: 11 out. 2016.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Os Direitos da Personalidade e a Obrigação Contratual de Fornecer Trabalho ao Empregado. **Revista Ltr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 78, n. 04, p.413-419, abr. 2014.

ANDERSON, Kelly. Retirado do documentário "O Preço da Beleza".

ARANTES, Priscilla Lacerda Junqueira de. **O Princípio da Igualdade Substancial na Teoria Contratual Contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 215, p.151-179, jan/mar.1999.

AVELAR, Juarez Moraes. **Cirurgia Plástica: Obrigação de meio e não obrigação de fim ou resultado**. São Paulo: Hipócrates, 2000.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do Empregado**. São Paulo: Ltr, 1997.

_____. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1995, p. 175.

BARTHES, Roland. **Sistema da Moda**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; SILVA, Ives Gandra da. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. vol. 2.

BELLO, Paola. **Conheça a história da tatuagem**. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI132738-17770,00,CONHECA+A+HISTORIA+DA+TATUAGEM.html>>. Acesso em: 25 out. 2016.

BORGES, José Souto Maior. Princípio da isonomia e sua significação na Constituição de 1988. In **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 93: 4-40, janeiro a março de 1990.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406>. Acesso em 19 de maio de 2016.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>. Acesso em: 19 de maio de 2016.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452>. Acesso em 19 de maio de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilad>. Acesso em: 19 de maio de 2016.

BRASIL. ONU. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 24 de maio de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTILHO, Kathia & MARTINS, Marcelo M. **Discursos da Moda: semiótica, design e corpo**. São Paulo: Anhembi Morumbi, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Responsabilidade civil pré-contratual em Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

COUTINHO, Aldacy. **Discriminação Estética no Trabalho**. In: Carta Forense, 2007. Disponível em: <<http://www.apesp.org.br/Imprensa/newlette01-10-07.htm>>. Acesso em 15 set. 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Políciais, Juizes e Igualdade de Direitos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/discrim/preconceito/policiais.html>>. Acesso em: 10 out. 2016.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil No Direito Do Trabalho: Dano Moral E Material, Acidente E Doença Do Trabalho, Dano Pré E Pós-Contratual, Responsabilidade Subjetiva E Objetiva, Dano Causado Pelo Empregado, Assédio Moral E Sexual**. São Paulo, LTR, 2005.

_____. **Responsabilidade Civil No Direito Do Trabalho**. São Paulo, LTR, 2014.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DÉCIMO, Tiago. **Bradesco é condenado em R\$ 100 mil por proibir barba. Estadão, São Paulo**, 23/09/2010, caderno Economia. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,bradesco-e-condenado-emr-100-milpor-proibir-barba,36477,0.htm>. Acesso em: 11/10/2016.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípio da dignidade humana, da proporcionalidade e/ou razoabilidade e da boa-fé no direito do trabalho – diálogo do ramo juslaborativo com o universo jurídico geral, **In: Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, n. 102, p. 95.

_____. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. 7

_____. **Dicionário Jurídico Universitário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 4 v.

DONNINI, Rogério José Ferraz. Prevenção de danos e a extensão do princípio neminem laedere. **In Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. Coord. Rosa Maria de Andrade Nery e Rogério Donnini. São Paulo: RT, 2009

Em luta contra anorexia, França proíbe modelos com magreza excessiva. 2015. Disponível em: <<http://f5.folha.uol.com.br/voceviu/2015/04/1612175-em-luta-contranorexia-franca-proibe-modelos-com-magreza-excessiva.shtml>>. Acesso em: 20 out. 2016

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso De Direito Civil: Responsabilidade Civil, Volume 3**/ Cristiano Chaves De Farias, Nelson Rosenvald; Felipe Peixoto Braga Netto. 2.ed. ver. ampl. e atual. São Paulo, Atlas, 2015.

FONSECA, Pedro Leal; MAGENTA, Matheus. **Para tribunal, empresa pode vetar funcionário com barba: TRT da Bahia derruba condenação que mandava Bradesco pagar indenização** O empregador tem direito de zelar pela boa aparência,

boa imagem e asseio de empregados, diz relatora do processo. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0707201101.htm>>. Acesso em: 11 out. 2016

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOLIK, Vera. **Corpo de mulher: o prazer de conhecer**. São Paulo: Terra Virgem, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Leandro Krebs. A Discriminação por Orientação Sexual nas Relações de Trabalho. **Revista Ltr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 78, n. 01, p.37-42, jan. 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos Antidiscriminatórios nas Relações de**

LIMA, Francisco Gérson Marques de. Igualdade de Tratamento nas Relações de Trabalho. São Paulo: Malheiros, 1997.

LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas**. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

Loja deve indenizar por exigir que vendedora alisasse cabelo: TRT considerou exigência da empresa ofensiva à dignidade, à autoestima e à intimidade da trabalhadora. 2016. Disponível em: <<http://m.migalhas.com.br/quentes/236890/lojadeveindenizarporexigirquevendedoraalisassecabelo>>. Acesso em: 11 out. 2016.

LOPES, Otávio Brito. **A Questão da Discriminação no Trabalho**. Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 25, n. 307, p.9-21, jan. 2015

LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo. Quartier Latin, 2010.

MAGANO, Octavio Bueno e MALLET, Estêvão. **O direito do trabalho na Constituição**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 1993.

MARQUES, Christiani. **O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética**. São Paulo: Ltr, 2002.

MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Luísa. **Metade das maiores CEOs do mundo é loira: e há um motivo**. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/metade-das-maiores-ceos-do-mundo-e-loira-e-ha-um-motivo>>. Acesso em: 10 out. 2016

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho. RO 00458-2011-089-03-00-9. Relator: Desembargador Anemar Pereira Amaral, 6ª Turma, DEJT, Minas Gerais, Belo Horizonte, 28.05.2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. II.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria geral do direito do trabalho**. LTr. São Paulo. 1998.

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; ALKIMIN, Maria Aparecida. **Limites Do Poder De Direção Do Empregador E A Discriminação Estética Na Relação De Emprego**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=da54dd5a0398011c>>. Acesso em: 25 ago. 2016

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; NUNES, Renata Cristina da Silva. **A Discriminação Estética na Relação de Emprego Decorrente do Uso de Vestimentas Religiosas e os Limites ao Poder de Direção do Empregador**. 2016. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=da54dd5a0398011c>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

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

NETTO, Felipe P. Braga. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008

NORONHA, Fernando. **O direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. Volume 1**. São Paulo, Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Maurício. **Pesquisa atesta preconceito contra obesos, que ganham menos e penam para arrumar emprego**. 2001. Disponível em:

<<http://veja.abril.com.br/idade/educacao/pesquisa/obesidade/1676.html>>. Acesso em: 04 out. 2016

PASSOS, J.J. Calmon de. O princípio da não-discriminação. **In: Curso de Direito Constitucional do Trabalho**. Coord. Arion Sayão Romita. São Paulo. LTr. 1991.

PASTORE, José. **Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência**. São Paulo: LTr, 2000.

PENAFIEL, Fernando. Evolução histórica e pressupostos da responsabilidade civil. **In: Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13110>. Acesso em out 2016.

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

PRATA, Ana. **Notas sobre a responsabilidade pré-contratual**. Coimbra, EDIÇÕES ALMEDINA, 2005.

PROFESSORA é considerada 'não apta' em concurso por estar acima do peso. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2014/07/professora-e-considerada-nao-apta-em-concurso-por-estar-acima-do-peso.html>>. Acesso em: 26 set. 2016

RESP 1.025.665/RJ, 3ª T., rel. Ministra Nancy Andrighi.

RIBAR, Georgia. Mudanças Contemporâneas e os Impactos nas Vedações à Discriminação do Trabalhador. **Revista Ltr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 70, n. 01, p.72-79, jan. 2006.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio Constitucional de Igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

_____. Sobre o Estado Brasileiro e as Reformas Propostas. **In: Constituição e Trabalho**. Coord. Manoel Jorge e Silva Neto. São Paulo: LTr, 1998.

RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. Discriminação visual e suas diversas dimensões: Aschimofobia, discriminação etária, discriminação étnico-racial e discriminação cultural. **Revista Ltr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 09, p.1118-1128, set. 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 4.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: A reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

RUSSO JÚNIOR, Rômulo. **Responsabilidade Pré-Contratual**. Salvador, JusPODIVM, 2006.

SÃO PAULO. Processo Rito Sumário Nº. 0011547-19.2015.5.15.0018.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação Cível 589643 1988.058964-3. Relator Desembargador Xavier Vieira. 19.10.1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006.

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

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo, Saraiva, 1996.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio Constitucional da Igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, Roberta Pappen da. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5962>. Acesso em 18 ago 2016.

SILVA, Thais Borges da. **A responsabilidade civil pré-contratual**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7927>. Acesso em 18 out 2016.

SOARES, Lucila; RITTO, Cecília. **Pesquisa do IBGE confirma que obesidade é epidemia no Brasil**. 2010. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/saude/pesquisa-do-ibge-confirma-que-obesidade-e-epidemia-no-brasil/>. Acesso em 26 de setembro de 2016.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. **A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato**. São Paulo: LTr, 2008, p. 91.

STOCO, Rui. **Tratado De Responsabilidade Civil: Doutrina E Jurisprudência, Tomo I**. 9. ed. ver. atual. e reformulada com comentários ao código civil. São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2013.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro. Renovar. 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4a ed., São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004. **Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

TST garante reintegração de empregado soropositivo. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/template/template_clipping.php?Id=8554>. Acesso em: 15 out. 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Vol. IV.