

A discriminação social do trabalhador obeso frente ao direito fundamental ao trabalho digno

Aline Oliveira Mendes de Medeiros

Advogada. Graduada em Direito. Articulista assídua em diversas revistas jurídicas. Pesquisadora na área de Direito Militar, Segurança Pública e Ambiental. Autora do *blog* Direito em Estudo.

Resumo: O presente artigo teve por escopo tratar acerca da discriminação do trabalhador obeso, tendo como embasamento o direito fundamental ao trabalho digno pautado na dignidade da pessoa humana. Ademais, pretende-se abordar a temática no sentido protetivo ao labutador, como meio de promover sua inclusão social, de forma a analisar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, bem como acerca da aplicabilidade e efetividade do direito protetor do trabalhador. O método utilizado é o qualitativo, baseando-se em pesquisas bibliográficas de autores como Sarlet, Godinho etc. A conclusão obtida foi que o direito ao trabalho engloba todos os seres humanos, indiferentemente de suas peculiaridades, posto que o fato de uma pessoa ser obesa, não extrai desta a sua dignidade e a sua capacidade laboral.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Trabalhador. Discriminação ao trabalhador obeso. Direitos fundamentais.

Sumário: **1** Introdução – **2** Direito fundamental ao trabalho digno – **3** Direitos fundamentais à autodeterminação, identidade pessoal, intimidade, vida privada, honra e imagem – **4** Exclusão social pela discriminação estética *versus* dignidade da pessoa humana como fator de inclusão – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução

O respectivo artigo objetiva abordar a questão da exclusão social pela discriminação estética efetuada pelo empregador, com base no princípio da dignidade da pessoa humana como fator de inclusão deste obreiro ao ambiente de trabalho.

Para solucionar a questão foi utilizado o método qualitativo, com base nos mais renomados doutrinadores.

Inicialmente, o presente manuscrito versa acerca do direito fundamental ao trabalho digno, de maneira a estabelecer o conceito de direito, e sua aplicabilidade na casuística em espécie, pautando-se na dignidade da pessoa humana, como um princípio essencial para a não discriminação e o respeito do labutador, bem como na aplicabilidade das normas jurídicas para estabelecer as correções às injustiças sociais.

Por consequência, transcrever-se-á acerca dos direitos fundamentais protetivos ao laborioso, como o direito à autodeterminação, identidade pessoal, intimidade, vida privada, honra e imagem, tendo por base os preceitos constitucionais de maneira a transcrevê-los em suas mais vastas definições e amplitudes.

Apresentando acerca da necessidade de materializar esses direitos na sociedade, posto que tais garantias se encontram expressas pelo constituinte originário, porém, possuem pouca aplicabilidade, a ponto de serem definidas, como “da boca pra fora”, referindo-se ao fato de que sua efetividade ainda é pouco palpável e minimamente sentida pelo trabalhador obeso, que se encontra excluído, às margens da sociedade.

Assim sendo, se finda o recente documento com a teoria da inclusão desse operário por meio do princípio da dignidade humana, tornando, então, efetivos seus direitos e garantias. Ademais, findo o respectivo introito, se procederá à transcrição do artigo em comento, por meio do item a seguir expresso.

2 Direito fundamental ao trabalho digno

Inicialmente, convém salientar a definição de direito, que Alexy (2009, p. 18-19) define como possuidora de duas distinções, diferenciando-se pelo aspecto interno, que diz respeito ao fato de que “uma norma consiste na regularidade de sua observância e/ou na sanção de sua não observância”. Nessa direção Max Weber (*apud* ALEXY, 2011, p. 18), dispõe que:

Um ordenamento se chamará: [...] *Direito*, quando for garantido externamente pela possibilidade de *coação* (física ou psíquica) por meio de uma ação, dirigida para a obtenção forçada da observância ou para a punição da violação, de um *grupo* de pessoas *especialmente* preparado para tanto. (Grifos do original)

Já no que se refere ao aspecto interno, Alexy (2011, p. 19) define-o como o evento de que “uma norma consiste na motivação – independentemente de como ela é formada – de sua observância e/ou aplicação. O que importa são as posições psíquicas”. Assim, “direito no sentido jurídico, é, de modo geral, tudo que as pessoas que convivem em alguma comunidade reconhecem como norma e regra dessa convivência”.

Por conseguinte, Niklas Luhmann (*apud* ALEXY, 2011, p. 20), define o direito “como a estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas normativas de comportamento”.

Ademais, no decorrer de sua obra, o referido autor (ALEXY, 2011, p. 27-34) procura estabelecer a possibilidade de haver uma conexão entre o direito e a moral, baseado entre argumentos, por exemplo, da correção, cuja qual constitui o pilar

dos argumentos da injustiça e dos princípios, afirmando que “tanto as normas e decisões jurídicas individuais quanto o sistema jurídico como um todo formulam necessariamente a pretensão a correção”.

Nesse enfoque, “do ponto de vista jurídico, sistemas que formulam essa pretensão, mas não a satisfazem são defeituosos. Neste aspecto, a pretensão à correção tem uma relevância qualificadora”. Assim sendo, todo o ato de legislação precisa estar vinculado a uma aspiração à correção, que no caso jurídico, embasa-se em uma ambição por justiça, posto que, “um legislador constitucional incorre em uma contradição performativa quando o conteúdo de seu ato constitucional-legislativo, nega essa pretensão, não obstante ele a formule com sua execução”.

Nessa acepção, Radbruch (*apud* ALEXY, 2011, p. 55), enfatiza que “a inclusão de elementos morais no conceito de direito... tem por função ‘armar... [os juristas] contra o retorno de” um Estado injusto. Pois para o mesmo, “tanto os juristas quanto o povo [encontram-se] desarmados contra leis ainda tão arbitrárias, ainda tão cruéis, ainda tão criminosas”.

Destarte, percebe-se que a base legal implica corrigir as arbitrariedades e injustiças com alicerce na Constituição de cada Estado, utilizando-se de um direito baseado na moral da sociedade. Acerca disso enfatiza Goldschmidt (2009, p. 19), que “o homem e sua dignidade constituem temas fundamentais, em torno dos quais os ramos do saber [...] se desenvolvem e se relacionam”.

Para adiante disso, esse princípio enfatiza que a responsabilidade em harmonizar meios de existência digna ao ser humano recai não apenas sobre o Estado, mas também sobre a sociedade e o particular, principalmente quando este encontrar-se fragilizado e oprimido, descobrindo-se incapaz de promover sua subsistência.

Acerca do assunto, Pedra (2013, p. 282), enfatiza o papel que os direitos humanos possuem na sociedade (aqui incluída a dignidade da pessoa humana), no sentido de que, “em muitas situações, a atuação não é suficiente para assegurar os direitos fundamentais de uma pessoa, o que somente ocorrerá com a prestação de um dever por parte de outra pessoa”.

Assim, como ideia nuclear sobre a dignidade humana, compreende-se que o homem, como condição de ser humano, encontra-se impedido de desinteressar-se por seu semelhante. Nesse sentido Cícero (*apud* GOLDSCHMIDT, 2009, p. 25) determina sobre a existência de duas classes de injustiça, *in verbis*:

Uma que é ação dos que injuriam; outra que é omissão, quando podemos evitar não o fazemos. Atacar de maneira injusta seus semelhantes, por movimento de fúria ou outra qualquer paixão, é como levar a mão à cara do próximo; não impedir uma injustiça, quando tal se pode fazer, é como se abandona seus pais, seus amigos sua pátria.

Por meio de Cícero encontra-se a denominada ação positiva, que localiza fundamento em proteger e proporcionar dignidade ao indivíduo, garantindo o bem

comum, abduzindo qualquer injustiça que seja causada através da omissão de pessoas que, em possibilidade de fazer algo, permanecem inertes em benefício de seus semelhantes.

Por consequência, destaca Pedra (2013, p. 283), no sentido de que “todo o grupo social possui uma escala de valores, o que é importante para a caracterização das diversas sociedades no espaço e no tempo. A preferência por certos valores está relacionada ao reconhecimento da superioridade de um valor em relação ao outro”.

De tal modo, apesar de que no íntimo de cada indivíduo as preferências e hierarquias de direitos sejam diferentes, no espaço social deverá ser estabelecida uma hierarquia comum a todos os componentes para que o direito possa atuar e proteger cada valor conforme sua escala.

Nesse ínterim, todo o sujeito que seja possuidor de um direito, automaticamente se torna detentor de um dever, situação a qual justifica a reciprocidade de respeito aos direitos sociais, posto que o direito de cada um termina ao iniciar o de outrem, o que também justifica a solidariedade, pois ao se colocar em disposição dos excluídos, estar-se-á permitindo a efetividade dos direitos fundamentais, consolidando a coesão social e o fundamento do direito.

Por conseguinte, propõe-se, com este artigo, a concretização de “uma solidariedade que decorre do ordenamento jurídico e não necessariamente do altruísmo de cada um”. Como a Carta Magna expressa no art. 3, inc. I, de seu texto, o “objetivo fundamental da República” constitui na “construção de ‘uma sociedade livre, justa e solidária’”, em concordância com Pedra (2013, p. 285).

Desse modo, destaca Goldschmidt (2009, p. 26), que é “da racionalidade do homem” que “decorre a sua dignidade, na medida em que, por ser inteligente, é capaz de compreender os fenômenos que o cercam e de dirigir livremente sua conduta”. Assim, em virtude de sua razão, é que o indivíduo possui direito a ser respeitado de igual forma por todos, submetendo-se às mesmas leis que regulam a conduta de seus análogos, assentando-se em igualdade, constituindo um cidadão com direitos e deveres idênticos aos demais.

Destarte, sob o foco de que todo homem é igual em direitos e deveres, torna-se, não apenas equivocada, como incabível a ideia da construção de um estereótipo humano na relação empregatícia, no sentido de que um trabalhador obeso possui o mesmo discernimento intelectual e capacidade física que qualquer outro indivíduo, sendo assistido pelo direito de garantia de um mínimo existencial, qual seja, o direito de possuir um trabalho digno, como meio de garantir sua subsistência e o sustento de sua família.

Por mínimo existencial, Sarlet (2013, p. 307-308) conceitua o direito que o ser humano possui de ter assistência por parte do Estado e da sociedade, conservando relação com a ideia de reconhecer “um direito a prestações mínimas”.

Ademais, a junção do princípio da dignidade humana com a questão do mínimo existencial desencadeia a afirmativa do art. 170 da CF/88, de que “[...] a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Assim, no que se refere ao âmbito da ordem social e econômica, o mínimo existencial se resume em garantir a todos um ínfimo imprescindível para uma vida digna.

Nesse sentido, a Lei nº 9.029, de 13.4.1995, proíbe expressamente a exigência de atestados de gravidez, esterilização e qualquer outra prática discriminatória, para fins admissionais ou de conservação da relação jurídica de trabalho.

Por conseguinte, expressos do art. 6º ao 11 da Constituição Federal, localizam-se os direitos trabalhistas, como meio de proteger o trabalhador e equilibrar a relação com o patrão. Para Marmelstein (2013, p. 190), tais direitos constituem “normas que limitam o poder de direção do empregador com vistas a proporcionar condições mais dignas de trabalho”.

Nesse intuito, “o constituinte estabeleceu uma série de garantias mínimas a serem observadas na relação trabalhista, sem prejuízo de outras estabelecidas em leis, tratados internacionais ou até mesmo acordos entre patrões e empregados”. Assim sendo, conforme Pedra (2013, p. 283):

A Constituição brasileira de 1988 teve um cuidado especial em assegurar direitos fundamentais. E não poderia ser diferente, pois os direitos fundamentais são prerrogativas das pessoas necessárias para assegurar uma vida digna. Ademais, do ponto de vista formal, os direitos fundamentais constituem as matrizes de todos os demais, dando-lhes fundamento, e sem eles não se pode exercer muitos outros. Os direitos fundamentais devem estar garantidos pela Constituição, que origina e valida todas as demais leis que criam ou garantem os demais direitos.

Outrossim, transcrito amplamente acerca da garantia constitucional de um trabalho pautado na dignidade da pessoa humana, mister se faz efetuar uma abordagem dilatada acerca de direitos individuais do trabalhador, expressos pelo constituinte como direitos inalienáveis, irrenunciáveis e indisponíveis, ou seja, os direitos personalíssimos.

3 Direitos fundamentais à autodeterminação, identidade pessoal, intimidade, vida privada, honra e imagem

De acordo com Alexy (2013, p. 73), “os direitos humanos são abstratos”. Assim, “como direitos abstratos, os direitos humanos inevitavelmente colidem com outros direitos humanos e com interesses coletivos, como a proteção do meio ambiente e a segurança pública”. Por esse motivo tais direitos necessitam de balanceamento, que compreende a dimensão central da análise da proporcionalidade.

Assim, Goldschmidt (2003, p. 32), define tal princípio como sendo não apenas controlador da ação estatal, no que reporta “à legalidade das restrições aos direitos fundamentais, mas também é mecanismo voltado a concretizar os direitos constitucionais como um todo”, não somente o limitando, mas, ainda, controlando a função do “legislador e do aplicador do direito”. Ou seja, em suas palavras:

[...] o princípio da proporcionalidade, tomado no seu sentido amplo, traduz-se justamente nas ideias de equilíbrio e de harmonia entre dois ou mais direitos manifestados em face de um dado caso concreto. Em outras palavras, na busca da solução de um dado conflito de interesses, o aplicador do direito vai buscar nesses princípios, entre outros, luzes para harmonizar os direitos conflitantes e, assim, realizar com *justiça* a tarefa. (Grifos nossos)

Nessa direção, destaca Alexy (2009, p. 40): “Without justice, what are kingdoms but a great band of robbers? And what are a bunch of thieves but a small kingdom?”¹

Ademais, considera-se o retrato do direito feito por Alexy (2009, p. 151), como sendo:

[...] um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apóia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção.

Percebe-se a necessidade de que todo ordenamento jurídico conspire para que se aplique a correção a injustiças, assim também acontece no que tange às relações privadas. Dessa forma, os direitos fundamentais expressos na CF/88 têm por base três princípios elencados no art. 4º de seu âmago, qual sejam, autodeterminação, igualdade e não discriminação.

Destarte, Moraes (2013) preleciona que o direito à autodeterminação constitui prerequisite para que se possa usufruir plenamente dos direitos fundamentais, bem como, por meio do princípio da igualdade, percebe-se que todos os seres humanos possuem equidade entre si, inclusive sendo salientado através do art. 5º da Carta

¹ Tradução livre: “Sem a justiça, o que são os reinos senão um grande bando de salteadores? E o que são um bando de salteadores senão um pequeno reino?”.

Magna, no sentido de não haver distinções de qualquer natureza aos brasileiros e aos estrangeiros habitantes do país.

Por sua vez, o princípio da não discriminação consagrou que o completo exercício dos direitos e garantias fundamentais pertence a todos os seres humanos, indistintamente, independe de sua cor, estatura e condição física, ou seja, veda-se qualquer elemento diferenciador na sociedade, posto que as legislações atuais visam à proteção das minorias, de maneira a dirimir qualquer forma de discriminação no núcleo social e automaticamente materializar os preceitos fundamentais tão famosos nas escrituras positivadas.

Aliás, acerca da temática, Moraes (2013, p. 95) enfatiza:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a *igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico*. Dessa forma, o que se veda são as discriminações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato (apud MORAES, obra citada, pag. 95), que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal. (Grifos do original)

Por conseguinte, o princípio da igualdade age em dois planos, pois, frente ao legislador ou ao Executivo, através da edição de leis, atos normativos ou medidas provisórias, o mesmo incide de maneira a impedi-los de criar tratamentos discriminatórios para os indivíduos que se encontrem em similaridade. De outra forma, na aplicação das leis pelo intérprete, obriga-o a incidir de forma igualitária, de forma equânime.

Devendo o aplicador do direito agir sempre de maneira “justificativa objetiva e razoável, de acordo com os critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação a finalidade e efeitos da medida considerada”, assim então, “devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos”, de acordo com a explanação do autor (MORAES, 2013, p. 96).

Assim, se a própria Carta Maior, taxativamente expressa um direito à igualdade, que é incansavelmente perseguido pelos legisladores e, principalmente, pelos

aplicadores do direito, a discriminação por parte de um empregador, pela simples estética de trabalhador, encontra-se extremamente incompatível com os preceitos definidos pelo constituinte originário.

Nessa direção, enuncia Marmelstein (2013, p. 73), que “a expressão *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* enuncia um dever ético-jurídico de *respeito ao outro*”, baseado na dignidade da pessoa humana, se materializando “juridicamente através dos mandamentos constitucionais de não discriminação, de tolerância, de respeito às diferenças e de combate ao preconceito e ao racismo”.

Destarte, merece destaque a afirmativa de Marmelstein (2013, p. 42-43), sobre o que ele define como sendo uma “igualdade da boca pra fora”, no sentido de que:

[...] Apesar do espírito humanitário que inspirou as declarações liberais de direitos e do grande salto que foi dado na direção da limitação do poder estatal e da participação do povo nos negócios públicos, o certo é que essas declarações não protegiam a todos. Muitos setores da sociedade, sobretudo os mais carentes, ainda não estavam totalmente satisfeitos apenas com esta liberdade de “faz de conta”. Eles queriam mais. A igualdade meramente formal, da boca pra fora, que não saía do papel, era mesmo que nada. Por isso, eles pretendiam e reivindicavam um pouco mais de igualdade e inclusão social.

Trazendo esses dizeres para a contemporaneidade, percebe-se que a realidade não se modificou, posto que continuam os operadores jurídicos a buscar a efetivação de uma igualdade que apenas reside na lei, a procurar uma dignidade da pessoa humana, que apenas encontra-se no papel, devendo, então, o operador assumir uma postura de busca e concretização.

Posto que, para o respectivo autor (MARMELSTEIN, 2013, p. 74), o respeito ao próximo deve sempre estar em primazia, indiferentemente de quem seja o próximo, pois constitui uma obrigação constitucional, a qual vincula o Estado a considerar “todas as pessoas com como dotadas com o mesmo *status* moral e político e com a mesma consideração”.

Tal ideia foi descortinada por meio do mapeamento do genoma humano, que evidenciou, cientificamente, que não existem diferenciações substanciais entre as pessoas, de forma que todas são idênticas em essência química e biológica. Isso significa dizer que o conceito de igualdade tomado pela Ordem Maior é dinâmico e multifuncional, desdobrando-se em diversas obrigações, ensejando, então, dentro do tema proposto, dois tipos de discriminação, quais sejam:

a) A *discriminação negativa* é a discriminação para o mal, que desrespeita o outro, que prejudica por preconceito, que retira vantagens sem motivos plausíveis, que desconsidera o próximo pela simples vontade de menosprezar;

b) A *discriminação positiva*, por sua vez, é a discriminação para o bem, que procura ajudar o semelhante, tratando-o desigualmente para dar-lhe iguais oportunidades, pensando em melhorar as condições de vida daquele que precisa de auxílio. (MARMELSTEIN, 2013, p. 76)

Ademais, existe implicitamente no ordenamento jurídico o direito à autonomia de vontade, que o respectivo autor (MARMELSTEIN, 2013, p. 101) define como sendo:

[...] a faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências. Isso significa basicamente o reconhecimento do direito individual de fazer tudo aquilo que se tem vontade, desde que não prejudique os interesses de outras pessoas. Cada um deve ser senhor de si, agindo como um ser responsável por suas próprias escolhas pessoais, especialmente por aquelas que não interferem na liberdade alheia.

A proteção a autonomia de vontade tem como objetivo conferir ao indivíduo o direito de *autodeterminação*, ou seja, de determinar autonomamente o seu próprio destino, fazendo escolhas que digam respeito a sua vida e ao seu desenvolvimento humano.

De maneira concordante, assevera o art. 5º, inc. II da CF, que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Deixando claro, então, que tal disposição encontra-se presente em diversos dispositivos, principalmente nos que dizem respeito aos direitos relacionados à liberdade e à personalidade.

Ao comentar o respectivo dispositivo, Luís Roberto Barroso (*apud* MARMENLSTEIN, 2013, p. 103), dispõe que “se a lei não proíbe ou não impõe um dado comportamento, têm as pessoas a autodeterminação para adotá-lo ou não”. Pois, “a liberdade consiste em ninguém ter de submeter-se a qualquer vontade senão a da lei, e, mesmo assim, desde que ela seja formal e materialmente constitucional”.

No mesmo sentido, Jugen Schwab (*apud* MARMELSTEIN, 2013, p. 103) define que, “a autonomia da vontade somente pode ser limitada com base na ‘ordem jurídica constitucional’, aqui entendida como ‘totalidade de normas que se encontram formal e materialmente de acordo com a Constituição’”.

Para Marmelstein (2013, p. 104), “a ideia que inspira a proteção da autonomia privada é a de que o Estado deve tratar as pessoas sob seu domínio como agentes responsáveis e capazes de tomar por si próprios as decisões que lhe dizem respeito”. Portanto, o valor desse bem é inestimável, pois inúmeros direitos fundamentais decorrem basilamente desse princípio.

Por direitos da personalidade, o respectivo autor (MARMELSTEIN, 2013, p. 130) entende “uma série de direitos” que objetiva criar uma proteção à pessoa,

que nega “a intervenção de terceiros, permitindo com isso o livre desenvolvimento da individualidade física e espiritual do ser humano”. Em que se recusa a interferência estatal ou da sociedade na vida pessoal das pessoas, que ganhou proteção do art. 5º da CF, inc. V, o qual assegura o direito de “resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral, ou à imagem”.

O dano material é aquele que causa prejuízo financeiro ou patrimonial, inclusive os lucros cessantes, ou seja, aqueles valores que deixaram de ser recebidos por ocasião do dano causado. O dano moral, por sua vez, é aquele que, independentemente do aspecto patrimonial, causa sofrimento para o indivíduo ou algum impacto negativo sobre a sua reputação (honra objetiva) ou auto-estima (honra subjetiva). O dano à imagem, embora possa ser enquadrado como espécie de dano moral, foi considerado pelo constituinte como um dano *in re ipsa*, ou seja, que é indenizável por si próprio, mesmo que não haja qualquer violação a honra do retratado.

De modo geral, estes são alguns dos direitos abertamente dilacerados, sempre que um trabalhador é recusado para um trabalho em função de seu peso, de maneira a abandonar as normas constitucionais e esquecer completamente os princípios fundamentais da ordem jurídica vigente.

Nesse instante, se faz necessário banir a exclusão social efetuada pela discriminação estética, com base no argumento da dignidade humana como um fator de inclusão de trabalhadores, sadios e tão capazes civilmente como qualquer outro para exercerem seus afazeres de forma normal, com a mesma fluência e ânimo que os demais, tornando, então, materializadas as garantias de um Estado Democrático de Direito.

4 Exclusão social pela discriminação estética *versus* dignidade da pessoa humana como fator de inclusão

Destaca Silva (2010, p. 187-198), que “os direitos sociais [sob a ótica de direitos de defesa], traduzem mais que uma liberdade-autonomia – ‘perante o Estado’–, mas a liberdade ‘por intermédio’ do Estado” enfatiza-se, “mais do que uma liberdade a ser sustentada diante do Estado –, esta o é ‘graças ao Estado’; por isso, legitimada a exigir postura ativa do poder público”.

Ademais, como busca da concretização da justiça social, o Estado compromete-se com o desenvolvimento da pessoa humana, bem como com a licitude, utilizando como base o ordenamento jurídico, de maneira a concluir que o estado social se encontra submetido às preocupações éticas objetivadas à efetivação dos “direitos e prerrogativas humanas/fundamentais”.

Assim sendo, o Estado Social (*Welfare State*) apresenta uma dupla finalidade, qual seja, fiscalizar a economia e intervir sempre que preciso para reajustá-la, com vistas à materialização das metas sociais pretendidas; assim como, também, “assume a obrigação de provedor das prestações sociais básicas, assecuratórias da dignidade dos mais necessitados”.

Além disso, um aspecto especial para a efetivação dos direitos sociais consiste no fato de que mesmo o estado tendo a finalidade de garantir a concretização da justiça social e a elevação da dignidade da pessoa humana, sua atuação deve respeitar a ordem jurídica estatal, guiado pela ética e designado a assegurar os direitos humanos fundamentais e suas prerrogativas.

Objetiva-se, por tanto, construir uma sociedade melhor e mais justa. Aliás, Goldschmidt (2010, p. 206), aborda o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que majora a dignidade da pessoa humana ao nível jurídico, proclamando que “[...] todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

No que tange ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o respectivo autor enfatiza (Goldschmidt, 2010, p. 207), que não basta garantir um direito à vida, mister se faz garantir uma vida com dignidade.

Aqui, acrescenta-se o entendimento de Sarlet (*apud* GOLDSCHMIDT, 2010, p. 208), acerca da respectiva garantia que a Carta Máxima traz em seu art. 1º, inc. III, dando a esta enfoque de fundamento da República, assim sendo:

Num primeiro momento, convém frisá-lo, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui uma norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia.

No texto em comento, o autor retrata os possíveis danos à saúde mental do trabalhador em virtude de cobranças desmedidas por parte do patronal, bem como por discriminações sofridas pelo obreiro. Ocorre que tal dano à saúde mental pode decorrer não apenas em função de um contrato de trabalho, mas, também, em vistas da sequência de discriminações sofridas pelo trabalhador no decorrer de sua procura por uma oportunidade de trabalho, ocasionando lesões tão profundas a ponto de causar as mesmas mazelas que um assédio moral efetuado pelo superior hierárquico.

Em vista das constantes humilhações e desgastes produzidos pela busca de uma oferta de trabalho, a ponto de desenvolver transtornos psicológicos, dando consequência a uma exclusão social desse trabalhador que se encontra juridicamente e

fisicamente tão capaz quanto qualquer outra pessoa para desenvolver seu trabalho e promover seu sustento, Silva e Cavalheiro (2013, p. 364), destacam:

[...] imperioso se faz investigar dados contornos de outro fenômeno contratual-social – o Estado, em especial, se considerada a sua natureza de sociedade política, incumbida de atribuições variadas, voltadas ao atendimento de fins gerais, consolidados sob a égide do “bem comum”, do qual se pode derivar a necessária promoção da “igualdade” pela “inclusão”, melhor pontuado, pela “inclusão do outro” – assim entendendo aquele que não é igual, pelo exercício prioritário da função de “promoção” de oportunidades, mas não somente de natureza material, mais que isso, o Estado deve estimular também a sociedade, digo, os particulares, a se comprometerem com o ideal de inclusão “dos outros”.

De acordo com os citados autores (SILVA; CAVALHEIRO, 2013, p. 365-366), o Estado possui dupla finalidade, compreendendo a finalidade de alcançar o bem comum, “facilitando, ora em origem, ora em consequência, que cada um dos particulares também logre êxito individual na busca de seus objetivos pessoais”.

Ou seja, o bem como se coaduna com o somatório dos fins individuais, “colaborando para a consecução destes, sem a eles se subordinar, nem com eles se confundir, tratando-se em última análise, de uma postura proativa em processo interativo, do viés corporativo”.

Em citação a Bobbio (*apud* SILVA; CAVALHEIRO, 2013, p. 367-369), valendo-se da tese funcionalista do direito, “segundo a qual a ordem jurídica pode estimular, provocar e exigir daquele que se vê inerte, passivo e indiferente, que reconheça ao direito a função social de *direção* social”.

Em consequência da estrutura funcional proposta pelos supracitados autores:

Na ordem jurídica é possível identificar duas espécies predominantes, não exclusivas de finalidades que se caracterizam como funções: a um, a *protetivo – repressiva*, e, a dois, a *promocional* que se distinguem entre si, elementarmente, pelos fins que buscam: a primeira concentra-se, sobretudo, nos comportamentos socialmente desejados ou não, aplicando sanções quando da prática de uma conduta socialmente não desejada; a última, por sua vez, visa, quase que exclusivamente, aos comportamentos socialmente desejáveis, e seu objetivo consiste em estimular a adoção destes pelos cidadãos.

Destarte, salienta Habermas (*apud* SILVA; CAVALHEIRO, 2013, p. 374), que “a ética discursiva valida uma moral pelo ‘respeito de todos e pela responsabilidade solidária de cada um’, e que isso é obtido por meio da reconstrução racional dos conteúdos, ante a tradição moral abalada em seus valores de índole religiosa”. No mesmo sentido, citam os autores (SILVA; CAVALHEIRO, 2013, p. 376), *in verbis*:

A pretensão pelo reconhecimento da igualdade entre as pessoas deve prestigiar primeiro de tudo a noção de que elas sejam diferentes entre si e de todas as outras, em sua extensa individualidade. Somente assim se consegue enxergar a diferença como igualdade para em harmonia alcançar a necessária tolerância de aceitar viver a diferença.

[...] Em conclusão, tem-se que o consenso a ser buscado, necessariamente deve ser um consenso que prestigie a aceitação do outro em sua diferença e, portanto, verdadeiramente a “inclusão do outro”.

Outrossim, os respectivos autores enfatizam (SILVA; CAVALHEIRO, 2013, p. 378), *in verbis*:

Sendo o Estado uma sociedade política, e, portanto, uma sociedade de fins gerais, sua finalidade deve ser a busca pelo bem comum, mas, também, possibilitar a cada membro, ou cidadão, atingir seus fins particulares, quaisquer que sejam, condicionados, entretanto, à conformidade com a ordem jurídica posta, cuja expressão máxima é a Constituição.

O Estado se vale do direito para atingir seus objetivos, desse modo, é o direito um instrumento pelo qual se pode efetuar mudanças na sociedade, a partir da ideia de que pode condicionar e/ ou estimular comportamentos e, assim, exercer uma função de direito na sociedade.

Assim, a inclusão do outro é essencial como forma de dirimir os conflitos sociais, evitando, então, a marginalização ou a exclusão de membros da sociedade e, possibilitando, que cada qual, em suas diferenças, possa concretizar seus fins particulares.

Desse modo, o Estado pautado na dignidade da pessoa humana, através do direito promocional, pode efetivar as ações sociais baseadas na inclusão do outro, ou mesmo facilitar a concretização dessas ações, de maneira a facilitar esse meio, tornando-o simples e vantajoso, incentivando sua prática e materializando mudanças no núcleo social.

Apenas concretizado tais mudanças, necessárias para uma convivência sadia em sociedade, é que os direitos fundamentais proclamados na Constituição Federal possuiriam um caráter de efetividade e concretude, posto que, de nada adianta uma Carta cheia de direitos e garantias, se na simples convivência do dia a dia ela não se vê materializada e respeitada.

Salienta-se a palavra de Goldschmidt (2010, p. 2010) no sentido de que não basta o simples viver em sociedade, se faz absolutamente necessário que esse viver seja pautado na dignidade humana, de maneira a garantir um mínimo existencial ao indivíduo, promovendo sua inclusão no núcleo social.

5 Conclusão

Por corolário, enfatiza-se que a Constituição Federal de 1988 compreende uma das Cartas de maiores expressões no que tange a direitos e garantias do ser humano, visando à necessidade de materializar uma vivência digna a seus povos.

Entre essas garantias, compreende-se o direito de o indivíduo possuir sua liberdade de autoafirmação, identidade pessoal, bem como o direito à honra e à imagem, ou seja, o direito a possuir liberdade estética, a qual compreende o alvedrio de escolha de fatores como peso, por exemplo, entre outros direitos, sem que com isso seja discriminado no meio social, ou mesmo seja impedido de assumir um emprego em função de seu peso.

Ademais, conclui-se que a afirmativa da inclusão social desse ser humano discriminado e excluído por seu peso deve ser efetivada por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, que compreende um direito que toda pessoa possui de viver dignamente, de ser respeitada em suas decisões e, por consequência, de possuir um trabalho digno como meio de promover seu sustento. Posto que, como amplamente defendido, não basta ao ser humano um simples viver, necessário se faz viver com dignidade, nisso compreendidos seus direitos mais básicos, em consideração à sua liberdade de autodeterminação e à concretização dos direitos fundamentais do homem.

Discrimination social worker obese front of the fundamental right to decent work

Abstract: This article was scope treat about discrimination of obese worker, having as basis the fundamental right to decent work outlined in the dignity of the human person. In addition, we intend to address the issue in order to plodder protective as a means of promoting social inclusion, in order to analyze the doctrinal and jurisprudential position on the subject, and about the applicability and effectiveness of worker protection law. The method used is the qualitative based on literature searches of authors like Sarlet, Godinho etc. The conclusion obtained was that the right to work, encompasses all human beings, regardless of their peculiarities, since the fact that a person is overweight, does not draw the same to their dignity and their work capacity.

Keywords: Human dignity. Worker. Discrimination in obese worker. Fundamental rights.

Referências

- ALEXY, Robert. A existência dos direitos humanos. In: ALEXY, Robert *et al* (Orgs.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.
- ALEXY, Robert; GARZÓN VALDÉS, Ernesto *et al.* (Org.). *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. *Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência*. São Paulo: LTr, 2009.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *O princípio da proporcionalidade no direito educacional*. Passo Fundo: UPF, 2003.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Saúde mental do trabalhador: direito fundamental social, reparação civil e ações afirmativas da dignidade humana como forma de promoção. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZARROBA, Orides (Coords.). *Dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Conceito, 2010.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos. In: ALEXY, Robert *et al* (Orgs.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade humana, mínimo existencial e jurisdição constitucional. In: ALEXY, Robert *et al* (Orgs.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.

SILVA, Rogério Luiz Nery da. O Estado contemporâneo e a força subjetiva dos direitos sociais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZARROBA, Orides (Coords.). *Dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Conceito, 2010.

SILVA, Rogério Luiz Nery da.; CAVALHEIRO, Andressa Francaro. O Estado e o direito: as políticas públicas sociais de inclusão do outro na visão de Bobbio e Habermas. In: ALEXY, Robert *et al* (Orgs.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MEDEIROS, Aline Oliveira Mendes de. A discriminação social do trabalhador obeso frente ao direito fundamental ao trabalho digno. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 4, n. 19, p. 9-23, out./dez. 2015.
