Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

Marcela Nogueira Silva Pestana

Discriminação por obesidade na contratação de trabalhadores:

Porque critérios baseados na aparência são incompatíveis com a integridade do direito

Brasília

2015

Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

Marcela Nogueira Silva Pestana

Discriminação por obesidade na contratação de trabalhadores:

Porque critérios baseados na aparência são incompatíveis com a integridade do direito

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira

Brasília

2015

TERMO DE APROVAÇÃO

Marcela Nogueira Silva Pestana

Discriminação por obesidade na contratação de trabalhadores:

Porque critérios baseados na aparência são incompatíveis com a integridade do direito

Trabalho de conclusão de curso aprovado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pela seguinte banca examinadora:

_____

Paulo Henrique Blair de Oliveira

Professor Doutor e Orientador

_____

Gabriela Neves Delgado

Professora Doutora e Examinadora

_____

Lara Parreira de Faria Borges

Professora Mestre e Examinadora

_____

Mamede Said Maia Filho

Professor Doutor e Examinador

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer aos meus pais, Júnior e Gilda, e ao meu querido irmão Vítor, por todo o apoio durante a realização deste trabalho e pelo amor durante toda a vida.

À minha família e amigos, por estarem sempre comigo e por me tornarem uma pessoa melhor.

Ao meu noivo, João, por todo o incentivo quando eu precisei.

Ao meu orientador, Paulo Blair, pela oportunidade de desenvolver esse trabalho.

A todos os professores da Faculdade de Direito, pelo enorme crescimento que me proporcionaram.

Por fim, agradeço a Deus e a Nossa Senhora pela vida e por tudo que tenho.

RESUMO

Diante do surgimento de novas formas de discriminação, é preciso que se expanda o debate jurídico, de modo a tratar mais extensamente cada uma dessas formas de discriminação que causam tantos danos à nossa sociedade. O presente trabalho pretende analisar a discriminação que ocorre no momento pré-contratual, quando se utilizam critérios que se baseiam na aparência física dos trabalhadores, prejudicando diretamente as pessoas obesas. Busca-se demonstrar que a discriminação contra os indivíduos obesos não é compatível com nosso ordenamento jurídico, representando uma afronta ao princípio da igualdade e ao direito de acesso ao mercado de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Discriminação; Obesidade; Contratação de trabalhadores; Princípio da igualdade; Integridade.

SUMÁRIO

1Introdução.....6

2A discriminação por obesidade.....8

2.1 Processo 0088900-52.2005.5.10.0010.....15

3O silêncio da doutrina e da jurisprudência.....17

4A incompatibilidade de critérios baseados na aparência com a integridade do direito.....24

5Conclusão.....38

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....40

APÊNDICE A.....42

APÊNDICE B.....47

1Introdução

A discriminação no mundo do trabalho é tema de grande relevância, sobretudo em uma época em que as relações de trabalho estão mudando rapidamente e novas formas de discriminação têm surgido. O direito tem de se voltar preferencialmente para o estudo e regulamentação desses casos, uma vez que envolvem um direito fundamental do ser humano na construção da sua subjetividade, o direito ao trabalho.

Discriminar significa não permitir que o indivíduo tenha direito ao emprego, à uma fonte de subsistência, em igualdade de condições. Significa criar entraves para a plena realização de uma pessoa no trabalho.

Segundo classificação da Organização Internacional do Trabalho (OIT)[1], pode-se dividir a discriminação em formas tradicionais, novas e emergentes. As formas tradicionais são aquelas já reconhecidas há tempos, como as discriminações fundadas na raça, no gênero, na origem social e na religião. As novas formas de discriminação foram surgindo com o desenvolvimento da sistemática do trabalho e até já foram reconhecidas pela lei em muitos países, sendo elas as discriminações contra trabalhadores jovens, idosos, portadores do vírus HIV ou com base na deficiência e na orientação sexual.

Por fim, o último grupo da classificação da OIT corresponde às formas emergentes de discriminação, que têm surgido no mundo do trabalho nos últimos anos. Incluem-se nesse grupo a discriminação genética, contra pessoas com predisposição genética para desenvolver certas doenças, e as discriminações contra pessoas que levam estilos de vida considerados pouco saudáveis, como obesos e fumantes.

No presente trabalho trataremos de uma dessas formas emergentes, que é aquela que se funda na obesidade, e nos propomos a descobrir se essa característica física pode ser utilizada pelo empregadorcomo um critério admissional,

---

[1] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Relatório global sobre discriminação. Genebra, 2007. Disponível em: http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/igualdade_07.pdf. Acesso em 15/06/2015.

dentro da sua esfera de liberdade de contratar, ou se essa utilização configura uma discriminação.

A escolha do tema se deu diante da contemporaneidade dessa forma emergentede discriminação e do ainda escasso debate sobre o tema, que precisa ser mais analisado.

No primeiro capítulocomeçaremos apresentando o problema, mostrando que a população brasileira com excesso de peso tem aumentado e que já existem casos nos quais a negativa de contratação de um trabalhador se baseou em sua obesidade.

Prosseguiremos discutindo a omissão da doutrina sobre esse novo critério utilizado para impedir o acesso ao trabalho e, em seguida, analisaremos a possibilidade ou não de utilização desse tipo de critério, concluindo se o direito deve ou não admitir essa prática.

O presente trabalho objetiva, por meio da análise da discriminação, dar a conhecer às pessoas com excesso de peso do seu direito de igual tratamento e, consequentemente, de iguais possibilidades de contratação no mundo do trabalho.

2 A discriminação por obesidade

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo-lhes garantidos todos os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico. Não se trata somente de uma igualdade formal, na qual se estabelece o igual tratamento entre os indivíduos em âmbito normativo, mas de uma igualdade material.

Nesse viés material, a igualdade significa colocar em prática os direitos previstos, garantindo a todos as mesmas oportunidades e as mesmas condições de vida e de participação.

Com esse intuito, então, as ações afirmativas, aquelas ações que buscam promover a igualdade, não somente são permitidas como são exigência de um Estado Democrático de Direito. Elas criam condições para que a igualdade formalmente instituída obtenha eficácia, criando tratamentos distintos para que os grupos considerados mais vulneráveis não sejam prejudicados.

Infelizmente observamos que nem sempre essa igualdade é observada. Há muitos casos de discriminação, que acabam ferindo a igualdade ao não permitir o acesso de alguns ao mercado de trabalho.

No entanto, é preciso estabelecer a diferença entre as discriminações que promovem a igualdade, consubstanciadas em ações afirmativas, e as discriminações que não se justificam, caracterizando atos discriminatórios. Para Souto Maior[2], as primeiras representam um caráter positivo, enquanto as segundas são negativas.

Neste trabalho trataremos da discriminação em seu sentido negativo, que de acordo comRenault e Rios, significa “estabelecer distinções sem fundamento, semrazão que não seja a razão da diferenciação, da segregação, da diminuição e da humilhação da pessoa humana”.[3]Analisaremosespecificamente a discriminação por

---

[2]MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Direito do Trabalho e as diversas formas de discriminação*. In: Revista TST, volume 68, nº 2. Brasília, 2002.

[3] RENAULT, Luiz Otávio Linhares, RIOS, Maria Isabel Franco. *Discriminação: desdém da pessoa humana em branco e preto*. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (coord.). Discriminação. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2010.

obesidade na contratação de trabalhadores, e como este fator relacionado à aparência tem sido injustificadamente utilizado por empregadores no momento do preenchimento das vagas de trabalho.

Segundo Godinho Delgado[4], "discriminação é a conduta pela qual nega-se à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada". Prossegue o autor explicando que:

> A causa da discriminação reside, muitas vezes, no cru preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de sua característica, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, raça, sexo, nacionalidade, riqueza, etc).

Ainda, nos termos do artigo 1º da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, 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 oportunidade 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[5].

Partindo-se desses conceitos, que caracterizam a discriminação como todo tipo de ato que atenta contra a dignidade do trabalhador e que falta com o respeito devido a cada indivíduo, é necessário ainda explicitar que ela pode ser praticada em diversos momentos da relação de emprego.

No tocante ao momento da prática do ato discriminatório, a discriminação pode serpré-contratual, quando o empregador impede o acesso de um candidato a uma vaga de emprego com base em critérios injustamente desqualificantes. Pode ocorrer durante o contrato de trabalho, quando verificada a prática de atos que de qualquer formademonstrem um tratamento preconceituoso para com o

---

[4] DELGADO, Mauricio Godinho. *Proteções contra discriminação na relação de emprego.* In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (coord). Op. cit. p. 108.

[5] Convenção nº 111 da OIT, ratificada pelo Brasil em 26/11/65 e promulgada mediante o Decreto 62.150/68.

indivíduo.Exemplo disso é quando empregados são impedidos de ascender na carreira devido a discriminação. Por fim, pode ser também pós-contratual, quando o empregador denigre a imagem do trabalhador no mercado ou o difama. As chamadas “listas sujas” são demonstrativas de como o empregador pode continuar a interferir na vida do empregado mesmo após o término do contrato.

Confirmando que a discriminação não está presente somente no curso do contrato de trabalho, mas também no momento pré-contratual, Viana e Pimenta ressaltam que “o legislador prevê casos de responsabilidade pré-contratual e contratual, tratando com o mesmo rigor aquele que não contrata e aquele que resile o contrato, sempre que um ou outro ato se revela discriminatório”.[6]

Independentemente do momento de sua prática, a discriminação pode ser fundada em diferentes aspectos, tais como raça e gênero. Algumas dessas formas, talvez por abrangerem um contingente maior de pessoas, já foram expressamente reconhecidas pela nossa legislação e há muito vem sendo combatidas. Essas, tais comoas citadas discriminações por raça ou por gênero, além de serem explicitamente vedadas, são consideradas crime.

A Lei 9.029/95, em seu artigo 1º, prevê que “fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade”. No mesmo sentido, a Lei 7.716/89 preceitua que serão punidosos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Em seu artigo 4º, estabelece que é crime negar ou obstar emprego em empresa privada em razão desses preconceitos.

Nessas hipóteses de discriminação, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais reconhecem e atuam no seu combate, mas sabemos que estas não são as únicas formas de discriminação existentes. Diversos outros fatores são utilizados para discriminar alguém no mercado de trabalho. Mas enquanto nos casos de raça e gênero já há um amplo movimento de conscientização, outras formas ainda não são tão debatidas no meio jurídico, como é o caso da discriminação por obesidade.

---

[6] VIANA, Márcio Túlio, PIMENTA, Raquel Betty de Castro. *A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (Análise da Lei n. 9.029/95)*. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (coord). Op. cit. p. 135.

Porém, não ser ainda muito discutida não significa que a discriminação por obesidade não esteja presente em nossa sociedade. Na verdade, ela é facilmente encontrada. Observa-se que pessoas com sobrepeso são discriminadas na escola, no meio social, e consequentemente no trabalho.

É uma discriminação que se manifesta já na infância, desde a não inclusão da criança por parte dos colegas à ausência de programas de tratamento e de diminuição da obesidade nas escolas e na própria rede de saúde pública. Apesar de já existirem iniciativas neste sentido, o tratamento da obesidade, por meio de programas de prevenção e educação, ainda não atingiu a amplitude que se exigiria. E a discriminação que se inicia na infância perpetua-se chegando até o momento da inserção no mercado de trabalho.

O Procurador-Chefe da 10ª Procuradoria Regional do Trabalho, Alessandro Santos de Miranda, afirma não ter conhecimento de uma campanha específicacontra a discriminação por obesidade. Por outro lado, ele salienta que“existem diversas políticas públicas com relação a negros, a indígenas, a mulheres, a discriminação de gênero, enfim, existem vários órgãos da sociedade civil organizados pra tentar implantar essas políticas públicas”.[7]

Outro aspecto que denota a importância do tema é o aumento dosobrepeso e da obesidade na população brasileira. Pesquisa da Vigilância de Fatores de Risco e Proteção para Doenças Crônicas por Inquérito Telefônico – VIGITEL, do Ministério da Saúde, realizada em 2014 com pessoas maiores de 18 anos, mostra queo excesso de peso já atinge 52,5% da população adulta do país. Essa taxa, nove anos atrás, era de 43% - o que representa um crescimento de 23% no período. Também preocupa a proporção de pessoas com obesidade, 17,9%, embora este percentual não tenha sofrido alteração nos últimos três anos.[8]

Assim, verificando-se que a população com excesso de peso tem aumentado, já atingindo um percentual elevado, é necessário que o tema de igual tratamento para com essas pessoas seja discutido de forma mais intensa, de modo que o índice

---

[7]MIRANDA, Alessandro Santos de. Brasília: Entrevista concedida em 22/04/15.
[8]BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em: portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2015/abril/15/PPT-Vigitel-2014-.pdf. Acesso em 07/06/2015.

de discriminação caminhe em sentido inverso ao do crescimento do sobrepeso na população.

Como prova de que essa discriminação tem chegado até a inserção no mercado de trabalho, temos acompanhado casos noticiados pela mídia em que a negativa de contratação de indivíduos se baseia apenas na característica corporal dos candidatos.

Em 2014, uma professora de 28 anos aprovada em segundo lugar em concurso público da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo foi impedida de assumir o cargo por ser considerada obesa mórbida pelo médico perito que a avaliou e, por esse motivo, inapta para exercer o cargo público[9].

A professora afirma que não haveria motivos para que ela não assumisse o cargo, pois já dava aulas na rede pública há sete anos e nunca havia tido que pedir qualquer licença por problema de saúde relacionado à obesidade. Além disso, ela afirma que no concurso não havia nenhuma restrição sobre o peso da pessoa para assumir o cargo.

Um caso semelhante ocorreu também em São Paulo, no qual outra professora aprovada em concurso público da rede estadual de ensino foi considerada inapta em função da obesidade. Segundo a notícia veiculada na *internet*, o Departamento de Perícias Médicas do Estado baseou-se no índice de massa corporal (IMC), reconhecido pela Organização Mundial da Saúde, para reprovar a professora[10].

Estes dois exemplos demonstram como duas pessoas aprovadas em concurso público, perfeitamente competentes para o trabalho, acabaram sendo impedidas de assumir as funções de professoras somente com base na característica da obesidade. Verifica-se, assim, que inclusive no serviço público existe um certo preconceito para com estas pessoas, pois não havia nos casos qualquer justificativa médica e antecedentes pessoais que permitissem concluir que

---

[9]BRASIL. Disponível em: http://g1.globo.com/sao-paulo/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/2014/03/professora-e-considerada-obesa-e-fica-impedida-de-lecionar-no-estado.html. Acesso em 05/06/2015.

[10]BRASIL. Disponível em: http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/07/barrada-por-obesidade-professora-aprovada-em-concurso-protesta.html. Acesso em 05/06/2015.

as professoras teriam problemas de saúde que impossibilitassem o exercício da atividade.

Ademais, não é uma característica física apenas que vai incapacitar o trabalhador para o cargo. Conforme lembra o Procurador Alessandro de Miranda:

> a Convenção 161 da OIT diz no artigo 16 que o meio ambiente de trabalho tem que ser adaptado para o trabalhador, e não o contrário. Então o fato da pessoa, o trabalhador, ser gordo, ser alto, ter alguma deficiência física, isso não o incapacita totalmente pra qualquer atividade (informação verbal).[11]

Além disso, alguns empregadores entendem que as pessoas que vão representar a empresa precisam possuir a chamada “boa aparência”, precisam se encaixar no padrão atual de beleza e pessoas obesas muitas vezes deixam de ser contratadas para estas funções por não se adequarem a este requisito discriminatório.

Sabe-se que o critério da estéticaé utilizado na hora de realizar uma contratação, de forma que as pessoas que não se enquadram no padrão da “boa aparência”, que além de tudo pode variar de empregador para empregador, deixam de ser contratadas em função de outras que supostamente não se desviam tanto do padrão, ainda que este não seja um requisito essencial para o cargo almejado. Tal tipo de atitude é largamente identificável em lojas de grandes marcas nos *shopping centers*, onde a grande maioria dos atendentes é formada por pessoas brancas e magras.

Ainda segundo Alessandro de Miranda[12], a aparência tem sido utilizada como um critério na hora da contratação e o Ministério Público do Trabalho no Distrito Federal, assim como todo o Ministério Público Brasileiro, tem combatido ações discriminatórias, que não têm uma definição objetiva de contratação, como os anúncios que dizem “procuramos candidatos com boa aparência”.

E não há que se dizer que desqualificar uma pessoa por sua aparência não chegaria a se enquadrar como uma discriminação ou um preconceito. Não ser contratado em função da obesidade é realmente um caso de discriminação, porque essas pessoas são preteridas em função de uma característica física, que não tem

---

[11] MIRANDA, Alessandro Santos de. Brasília: Entrevista concedida em 22/04/15.
[12]MIRANDA, Alessandro Santos de. Brasília: Entrevista concedida em 22/04/15.

relevância ou que não interfere na capacidade de realizar bem o trabalho.No dizer de Souto Maior, o empregador não pode estipular critérios para contratação baseados em fatores que não são pertinentes às qualificações necessárias ao cargo.[13]

De acordo com a Procuradora do Trabalho Renata Coelho,

> as pessoas obesas são sim discriminadas, têm menor chance de emprego, às vezes mesmo quando elas têm uma qualificação maior do que os outros candidatos. O empregador às vezes prefere investir em um candidato menos qualificado, mas que ele acha que vai poder desempenhar todas as tarefas, do que um obeso mais qualificado, que ele pense que talvez não vá desempenhar o serviço a contento (informação verbal).[14]

No entanto, apesar de ser uma discriminação que ocorre com frequência na sociedade, segundo Renata Coelho[15] ainda não se vê tantas demandas de pessoas obesas que são discriminadas porque elas não se veem como um grupo, como um coletivo que deve se unir para buscar a sua proteção, união esta que já se verifica, por exemplo, nos movimentos negros.

Além disso, cumpre ressaltar a dificuldade de se provar que houve a discriminação pela aparência e que esta foi a causa para o funcionário não ser contratado. Como em qualquer outro tipo de discriminação, normalmente a empresa não justifica formalmente que a obesidade do candidato foi o motivo determinante para a não contratação. E não é fácil para o empregado, somente com a sua palavra contra a do empregador, fazer prevalecer a sua versão dos reais motivos do ocorrido.

Dentro deste panorama, vamos tratar de um caso que ilustra a ocorrência de discriminação contra uma pessoa pelo motivo da sua obesidade, e no qual essa discriminação conseguiu ser demonstrada e combatida. Importante fazer a ressalva de que ainda não são facilmente encontrados casos na Justiça do Trabalho que tratem da discriminação por obesidade, por isso vamos expor detalhadamenteapenas um, que representa a existência da discriminação no momento da contratação.

---

[13]MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. cit.
[14]COELHO, Renata Vieira. Brasília: Entrevista concedida em 07/05/15.
[15] COELHO, Renata Vieira. Brasília: Entrevista concedida em 07/05/15.

2.1 Processo 0088900-52.2005.5.10.0010

O caso em apreço trata de uma Ação Civil Pública de abrangência nacional proposta pelo Ministério Público do Trabalho em face de Supermercado Carrefour Comércio e Indústria LTDA./Champion Supermercados.

Trata-se de um caso no qual o Supermercado Carrefour não admitiu uma jovem candidata ao emprego de operadora de caixa pelo fato de a mesma “ser gorda”. A psicóloga da empresa afirmou que a concorrente foi reprovada no processo seletivo por “estar com sobrepeso” e possuir “os seios grandes”.

A notícia gerou tal repercussão que foi veiculada em reportagens dos jornais Correio Braziliense e Jornal do Brasil, entre 16/06/05 e 18/06/05.

Diante das reportagens, e com o intuito de apurar o ocorrido, o Ministério Público do Trabalho instaurou procedimento preparatório e realizou as diligências necessárias, tais como inspeção *in loco*, e audiências com a candidata discriminada, com a psicóloga que aplicou o teste seletivo e com representantes da empresa.

Constatou-se, inclusive, que uma candidata loira, magra e com o segundo grau incompleto foi aprovada no mesmo processo seletivo, muito embora a concorrente preterida possuísse segundo grau completo. Somando-se à declaração da psicóloga, que confessou o ato discriminatório, restou claro que havia ocorrido uma discriminação em razão das características físicas da jovem.

Verificou-se, além disso, que já havia sido ajuizada outra Ação Civil Pública (nº 000988-2000-096-7335/2000-04), pelo Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região, em face da mesma empregadora, versando sobre idêntica denúncia de que uma pretendente a operadora de caixa “não foi admitida porque o espaço do caixa é pequeno demais para o tamanho dela”.

Foi então proposta a Ação Civil Pública com pedido de antecipação de tutela, sendo distribuída ao Juízo da 10ª Vara do Trabalho de Brasília/DF.

O pedido de liminar foi parcialmente deferido, determinando que as requeridas se abstivessem de fazer qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência em razão de origem, raça, sexo, peso, cor, altura, estado civil, orientação sexual, situação familiar, quantidade e idade dos filhos, estado de saúde, ajuizamento de ações na justiça, aparência física, ou qualquer outra forma de discriminação, de trabalhador potencialmente candidato ao preenchimento de vagas ofertadas pelas

Rés, exigindo apenas as informações estritamente relacionadas às atividades profissionais, exceto quando a natureza da atividade a ser exercida assim o exigisse.

A decisão liminar determinou ainda que as requeridas não poderiam incluir exigências discriminatórias nos anúncios de vagas na empresa nem colher informações sobre a esferada vida privada do candidato a emprego.

Foi realizada audiência em 06/12/05, na qual foi homologado o Termo de Conciliação Judicial firmado entre as partes. Nele, as empresas rés comprometeram-se a não mais adotar posturas discriminatórias, nos termos do determinado na decisão liminar, além de terem que incluir o tema da discriminação nas palestras, cursos de formação, revistas e publicações da empresa.

3 O silêncio da doutrina e da jurisprudência

Como acabamos de ver, há processos nos quais se traz a tese da discriminação por obesidade e a resposta do Judiciário é positiva. Por meio da decisão proferida, consegue-se determinar que a empresa não pratique mais condutas discriminatórias e que promova a integração do candidato obeso, que é capaz para o trabalho. Além do caso citado no capítulo anterior, no qual o Ministério Público do Trabalho ingressou com uma ação civil pública contra a empresa Carrefour, vale citar também um precedente do Tribunal Superior do Trabalho no qual igualmente se reconheceu a discriminação.

Neste precedente, a recorrente se candidatou a uma vaga no setor de produção de uma empresa agroindustrial e não foi admitida em função de seu IMC (Índice de Massa Corporal). A candidata relatou que ao questionar o médico sobre o motivo da sua não contratação, ele lhe disse que ela era considerada gorda para os padrões da empresa. Confira-se a ementa do julgado:

> DANO MORAL. FASE PRÉ-ADMISSIONAL. OBESIDADE. DISCRIMINAÇÃO. A empresa não é obrigada a admitir candidato que se apresenta para submeter-se a teste seletivo. Entretanto, excluí-lo do procedimento pré-admissional fundado na sua condição física (obesidade) pratica ato discriminatório que justifica a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.
> Recurso de revista de que não se conhece.
> (RR 0410300-79.2008.5.09.0654, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 15/06/2011, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/06/2011).

No entanto, apesar desses passos em direção a um avanço, os debates sobre o tema ainda são muito esparsos. Pesquisando na jurisprudência, poucos precedentes são encontrados especificamente sobre essa forma de discriminação. Porém, o fato de existirem alguns, mesmo que sejam poucos, revela que essa é uma situação que está presente no mundo do trabalho e que, portanto, deve ser mais estudada.

Ao analisar a legislação existente em nosso ordenamento jurídico pátrio que versa sobre a discriminação, observa-se que certos tipos de preconceitos são explicitamente repudiados.

A Lei 7.716/89, que define os crimes resultantes de raça ou decor, estabelece em seu artigo 1º que “serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

A Lei 9.029/95, que já trata mais especificamente da discriminação em relações de emprego, prevê no artigo 1º que “fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade”.

A própria Consolidação das Leis do Trabalho, no capítulo em que trata da proteção do trabalho da mulher, estabelece vedações de algumas práticas de cunho discriminatório, tais como considerar o sexo, a idade, a cor, a situação familiar ou o estado de gravidez como variante determinável para fins de contratação, promoção, dispensa ou remuneração. Além disso, proíbe a exigência de atestado ou exame para fins de comprovação de esterilidade ou gravidez e a realização de revistas íntimas nas empregadas.

Para além das nossas leis, também as convenções da Organização Internacional do Trabalho ainda não trazem a proteção explícita contra a discriminação por obesidade. A Convenção nº 111 da OIT, instrumento mais exaustivo sobre o tema, trata precisamente da discriminação fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social. Contudo, apesar de não mencionar abertamente, essa Convenção, diferentemente das leis mencionadas,já avança no sentido de que não limita a discriminação a esses fatores, mas afirma que se inclui no conceito de discriminação qualquer outra distinção que tenha por efeito destruir a igualdade de oportunidades em matéria de emprego.

Desta forma, analisando a legislação pertinente ao tema, é de se perceber que em nenhum momento se combate diretamente o preconceito baseado na aparência física, em características corporais.

De maneira alguma se está a dizer que as discriminações fundadas na raça ou no gênero são pouco importantes. Pelo contrário, são discriminações que afetam uma enorme quantidade de pessoas no trabalho e que merecem ser rechaçadas.

Mas não somente elas, como também todas as outras formas de discriminações devem ser cada vez mais discutidas e repudiadas, de modo que possamos evitar as suas ocorrências.

Assim como a Convenção nº 111 da OIT busca uma definição abrangente de discriminação, nossa legislação precisa avançar no sentido de incentivar que toda e qualquer modalidade de discriminação seja combatida, não se restringindo apenas às formas tradicionais já vedadas por nossas leis.

Daí a importância de se condenar a discriminação fundada na obesidade, que pode ser considerada uma nova forma de discriminação, na qual se impede que pessoas tenham acesso a um trabalho levando em consideração um fator puramente estético, como se observa, como exemplo, nas lojas de grifes dos *shopping centers*.

É certo que há um padrão de beleza e de estética muito difundido pela mídia que infelizmente ainda não preconiza a diversidade como um valor, da maneira como seria exigido pelo princípio da igualdade.Sabemos que o sobrepeso é uma característica que foge a esse padrão comum. É preciso que haja um esforço para que esse fator, que é um fator meramente externo e que não se relaciona com a aptidão para o trabalho, não seja levado em conta pelos empregadores na hora da contratação.

Para isso, seria necessário que se falasse expressamente nesta discriminação baseada em fatores estéticos que está presente na sociedade, de modo que a reflexão sobre o combate à discriminação chegasse até os empregadores e também aos trabalhadores, para que tenham consciência de que esses fatores não justificam uma negativa de contratação.

No entanto, o que se percebe é que evitar a discriminação não tem sido um tema tratado nos principais cursos de direito do trabalho. E este é um tema importante, muitas vezes negligenciado nas disciplinas universitárias. É tão central quanto as normas que protegem a jornada de trabalho, por exemplo, às quais é dado um grande enfoque, ao contrário da discriminação.

Consultando renomados autores, é possível perceber que ao elencar os princípios do direito do trabalho, fala-se nos princípios da norma mais favorável, da

indisponibilidade dos direitos trabalhistas e da continuidade da relação de emprego, mas não se menciona o princípio da não-discriminação. O tema da discriminação e do preconceito vem sendo abordado em muitos artigos e publicações, mas não nos cursos básicos de direito do trabalho, onde todos os estudantes teriam contato com o assunto e onde se poderia despertar o interesse pela matéria.

A exclusão da não discriminação em suas formas tradicionais nas bases de estudo do direito de trabalho e nos debates acadêmicos revela-se uma falha, bem como a falta de problematização das novas e emergentes formas de discriminação, como é o caso da fundada na obesidade.

Assim, não somente a lei deixa de tratar outras formas de discriminação como relevantes, como também a academia, ambiente onde deveriam ser discutidos temas dos mais variados, não tem se pronunciado a respeito da discriminação a trabalhadores obesos, que tem se mostrado relevante e cada vez mais recorrente, em razão do crescente percentual de sobrepeso na população brasileira.

É importante lembrar que o mundo do trabalho sofreu mutações no último século, saindo de uma classe operária basicamente industrial para uma classe marcada pela heterogeneidade e pela fragmentação. Como bem exposto por Antunes e Alves, a reestruturação produtiva do capital deu lugar a “formas mais desregulamentadas de trabalho, reduzindo fortemente o conjunto de trabalhadores estáveis que se estruturavam por meio de empregos formais”.[16]

Verifica-se a expansão das modalidades de trabalho precarizado, entre elas a terceirização e a subcontratação. Dentro deste contexto de trabalho mais desregulamentado, torna-se mais difícil a fiscalização da efetividade dos direitos trabalhistas assegurados pela nossa Constituição. Mostra-se também mais complicado o controle dos critérios utilizados na contratação de trabalhadores, de maneira que cresce o risco de que discriminações ocorram e permaneçam ocultas, deixando os trabalhadores desamparados.

Tem crescido o debate sobre o assédio moral, ou seja, a discriminação ou constrangimento no curso do contrato de trabalho, mas pouco se fala sobre a

---

[16] ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovanni. *As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital*. Educ. Soc., vol. 25, n. 87, p. 335,351. Campinas: 2004.

discriminação pré-contratual. É preciso falar também deste momento da relação de emprego, pois conforme evidenciado no capítulo anterior, ocorre discriminação já na concorrência ao posto de trabalho, e a discriminação tem que ser vedada em qualquer momento. Ela sempre será incompatível com a integridade do direito.

Assim, necessário é que o direito do trabalho evolua e se renove, buscando cada vez mais a eficácia do princípio da proteção, que é um dos seus princípios basilares. Combater a discriminação é uma forma de se proteger o trabalhador, assim como o é aprimorar o debate doutrinário sobre critérios que sejam discriminatórios.

A liberdade de contratação que o empregador possui não pode ser ilimitada a ponto de permitir o estabelecimento de critérios para a contratação que sejam preconceituosos. Como forma de impedir esse tipo de prática, é preciso que a doutrina jurídica trate mais enfaticamente sobre as novas formas de discriminação e sobre o modo de prevenir que elas ocorram.

Conforme Dutra:

> fica evidenciado que o Direito criado a partir do conflito vigente nas formulações iniciais do capitalismo ofereceu à questão do trabalho respostas compatíveis com esses modelos. Contudo, já é posto em xeque em face de novas perguntas que são colocadas em tempos de reestruturação produtiva.[17]

Ampliando-se a discussão doutrinária acerca dos critérios de contratação que discriminam pessoas obesas, o número de ações propostas ao Judiciário de indivíduos buscando a proteção de seus direitos tende a aumentar, gerando a possibilidade de maior solução de conflitos.

Vários fatores podem contribuir para que não hajaatualmente muitos casos que chegam ao Poder Judiciário. Um delesé o fato de que as pessoas discriminadas não querem assumir que o preconceito ocorreu “porque algumas vezes a pessoa se

---

[17] DUTRA, Renata Queiroz. *Direitos fundamentais à proteção da subjetividade no trabalho e emancipação coletiva*. In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto (coord.). Trabalho, Constituição e Cidadania. São Paulo: LTr, 2014.p. 225.

sente abalada psicologicamente, outras vezes sente vergonha de levar esse caso a público”[18].

Outro fator que desencoraja a propositura de uma ação é a lentidão do sistema, no qual o processe pode “se arrastar por anos discutindo prova, até essa pessoa ter realmente uma indenização”[19]. Além disso, há o temor, por parte do trabalhador, de não conseguir mais trabalho em nenhuma outra empresa em decorrência da reivindicação de seus direitos, pois sabemos que existe a prática das chamadas “listas sujas”, que marcam aqueles trabalhadores que entram com ação trabalhista.

A dificuldade proporcionada pela nossa sistemática de produção de prova na demonstração da discriminação, fator primordial, também refreia o ingresso de demandas contra as práticas discriminatórias.

Segundo a Procuradora Renata Coelho, “para ir ainda a questões além, como as questões de aparência e de obesidade, o Judiciário precisa, e o Direito como um todo, evoluir ainda muito mais”. Para ela:

> o nosso sistema de prova, do nosso processo civil e processo do trabalho é muito falho ainda para essas questões de discriminação. A teoria de que quem alega tem que provar, você provar que foi discriminado, é em algumas situações impossível. Eu não tenho testemunhas, eu não tenho elementos concretos, eu não tenho os dados de quem foi contratado na minha vaga, por exemplo, para fazer uma comparação de currículo. [...] Então existem teorias de inversão de ônus da prova, de aptidão da prova, do ônus razoável, de que a empresa possui esses documentos e ela então tem que provar que ela não discriminou. Mas aí vem toda uma corrente de como a empresa faria prova negativa, de dizer que não discriminou (informação verbal).[20]

Ainda conforme Coelho:

> esse debate da prova, de como nós conseguimos pegar os nossos códigos de processo e a nossa CLT hoje para salvaguardar o acesso à justiça dessas pessoas que são discriminadas, acho que isso hoje é um grande fator de desestímulo. [...] será que é possível a prova robusta de discriminação? Acho que só se o empregador botar uma plaquinha na porta "não aceito obesos", aí você pode dizer que essa prova é robusta. Fora isso, é uma matéria muito difícil, então *a gente precisa de uma evolução ainda doutrinária e legal muito grande para que essas pessoas então se sintam protegidas* a ponto de "eu vou denunciar e eu vou ingressar com a

[18]MIRANDA, Alessandro Santos de. Brasília: Entrevista concedida em 22/04/15.
[19]COELHO, Renata Vieira. Brasília: Entrevista concedida em 07/05/15.
[20]COELHO, Renata Vieira. Brasília: Entrevista concedida em 07/05/15.

> minha ação porque eu tenho chance de que essa conduta seja reprimida" (informação verbal).[21]

Condicionar a tutela do direito à exibição de provas que o reclamante não é efetivamente capaz de produzir, em virtude de dificuldades circunstanciais ou materiais, consoante explica Mallet[22], representa dificultar excessivamente ou até mesmo impedir o acesso à justiça, privando o direito de tutela.

Mas não é por essas dificuldades de acesso à justiça que a doutrina vai deixar de construir um arcabouço teórico. A partir de tal desenvolvimento, as pessoas discriminadas terão maior possibilidade de encontrar a solução institucional do conflito, na medida em que passariam a ter maior confiança de que seus direitos seriam garantidos.Havendo essa base maior para que as questões sejam resolvidas, talvez as pessoas que sofrem essa discriminação procurassem mais a resolução institucional do conflito, pois teriam uma maior confiança de que seu direito seria garantido.

Não somente o avanço no campo do direito material é necessário, com o intuitode se condenar expressamente a discriminação contra trabalhadores obesos, mas é preciso também que o direito processual atenda melhor aos objetivos da justiça, por meio de uma mudança concreta das regras que se referem ao ônus da prova.

Conforme anteriormente exposto, o percentual de pessoas com sobrepeso tem aumentado em nosso país, atingindo 52.5% da população, de modo que é importante que se faça um extensivo trabalho de confirmação da igualdade entre os trabalhadores e de afirmação de que os candidatos devem ser escolhidos de acordo com as aptidões exigidas para cada cargo e não segundo a sua aparência.

É preciso evidenciar, então, a razão pela qual a discriminação por obesidade na contratação deve ser combatida, apesar de ainda não ser amplamente discutida no mundo jurídico. Mostrar como este critério de contratação que se baseia exclusivamente na característica da obesidade é incompatível com as exigências do direito.

---

[21]COELHO, Renata Vieira. Brasília: Entrevista concedida em 07/05/15, grifos nossos.

[22] MALLET, Estevão. *Discriminação e processo do trabalho*. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (coord.). Op. cit.

4A incompatibilidade de critérios baseados na aparência com a integridade do direito

Para concluir-se que critérios de contratação baseados na aparência física são incompatíveis com a integridade do direito, é preciso, primeiramente, esclarecer o que é o direito como integridade.

Uma concepção de direito deve proporcionar uma explicação das circunstâncias nas quais as afirmações jurídicas devem ser tidas como verdadeiras, ou seja, deve descrever os fundamentos do direito.

A integridade afirma que o direito é uma prática interpretativa. Essa concepção declara que "os fundamentos do direito estão na integridade, na melhor interpretação construtiva das decisões jurídicas do passado, e que o direito é, portanto, sensível à justiça"[23].

Muitas vezes, mais de uma interpretação pode se mostrar adequada ao conjunto de práticas e decisões da comunidade. No entanto, é importante identificar qual interpretação é a melhor do ponto de vista da moral política substantiva.O princípio da integridade busca identificar direitos e deveres a partir do pressuposto de que todos os precedentes foram criados por um único agente, que é a comunidade personificada, "expressando uma concepção coerente de justiça e equidade"[24].

A principal característica do direito como integridade é que ele exige coerência de princípio. Recomenda que as pessoas sejam governadas sempre por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal,mas que não sejamgovernadas por objetivos políticos coletivos que se sobreponham a direitos individuais.

A integridade afirma que objetivos de política não podem impedir a concretização de direitos fundamentais e que o direito não pode impor uma moralidade privada aos cidadãos, devendo o direito pautar-se pela moralidade constitucional.

---

[23] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 312.
[24]DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 272.

Portanto, uma interpretação que não enuncia nenhum princípio de justiça não atende às exigências da integridade, pois estabelece distinções que se mostram arbitrárias. É preciso que busquemos, por meio das práticas desenvolvidas na sociedade, alcançar a coerência de igualdade e de justiça.

A integridade é uma virtude política atraente porque "protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial"[25]. De acordo com Dworkin:

> Aceitamos a integridade como um ideal político porque queremos tratar nossa comunidade política como uma comunidade de princípios, e os cidadãos de uma comunidade de princípios não têm por único objetivo princípios comuns, como se a uniformidade fosse tudo que desejassem, mas os melhores princípios comuns que a política seja capaz de encontrar[26]

É importante destacar que a integridade não busca a igualdade como um desejo impossível de ser observado, como uma igualdade total. A integridade admite diferenças que sejam constitucionalmente justificáveis, como, por exemplo, uma seleção para um emprego que exija bom preparo físico, como o de segurança armado, na qual se exclua os candidatos sem esse preparo físico.Cumpre lembrarque é ônus do autor da seleção demonstrar com argumentos razoáveis a necessidade da exigência.

Não fere a integridade esse tipo de distinção, de modo que a igualdade exigida pelo direito é uma virtude política concreta, indispensável ao direito, que leva em consideração as diferenças de tratamento justificáveis, bem como as situações nas quais o igual tratamento é essencial.

Assim, o direito requer que a igualdade e a justiça sejam definidas e praticadas da melhor maneira possível, visando à melhor realização dos direitos dos indivíduos.

Nossas instituições de justiça pressupõem não somente que as pessoas possuem direitos, mas que um entre esses direitos é fundamental e axiomático, que é o direito a igualdade, que Dworkincaracteriza como igual preocupação e respeito. Segundo ele:

---

[25] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 228.
[26]DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 314.

> Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política, sem ela o governo não passaria de tirania[27].

O princípio da igualdade como um direito engloba dois aspectos. O de igual tratamento e o de tratamento como igual. De acordo com Dworkin[28], o igual tratamento significa a mesma distribuição de algum encargo, benefício ou oportunidade, enquanto o tratamento como igual é o direito de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa. A partir dessa diferenciação, ele conclui que o direito a ser tratado como igual é fundamental e que o direito a igual tratamento é derivado.

Assim, o direito a ser tratado como igual deve pautar todas as relações estabelecidas em nossa sociedade, visando à máxima efetividade dos direitos dele decorrentes e à proteção de todas as pessoas enquanto indivíduos.

De acordo com Appiah, considerar a igualdade como um ideal social é uma questão de não levar em conta distinções irrelevantes[29]. Ou seja, tratamentos diferenciados que não apresentam justificação para a distinção não expressam a igualdade como um ideal.

É certo que“como as leis nada mais fazem senão discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras – sendo esta mesma sua característica funcional – é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis”[30]. Mas não podemos nos restringir ao âmbito legislativo, pois há discriminações que não são toleráveis em nenhuma situação.

Além disso, cumpre ressaltar que os princípios constitucionais regem as ações não somente dos legisladores, mas de qualquer aplicador do direito. Kelsen esclarece que qualquer pessoa pode ser um aplicador do direito. Até mesmo um guarda de trânsito aplicando uma multa, por exemplo, está aplicando o direito.

---

[27] DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX.
[28]DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 350.
[29] APPIAH, K. Anthony. *Stereothypes and the shaping of identity*.California Law Review, vol. 88. 2000. p. 43, tradução nossa. Disponível em: scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1526&context=californialawreview. Acesso em 10/06/2015.
[30]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984. p. 16.

> Impõe-se notar que a função jurídica, ou seja, a criação e aplicação de normas da ordem jurídica estadual não é somente realizada por órgãos centrais mas também tem lugar num processo descentralizado. Tal sucede com a criação de normas jurídicas gerais através do costume e de normas jurídicas individuais e gerais através do negócio jurídico[31].

Deste modo, também os empregadores são incluídos como aplicadores do direito e, portanto, devem aplicar não suas próprias convicções morais e políticas, mas sim a moralidade constitucional exigida pela comunidade. Não podem basear-se em seus próprios conceitos estéticos, discriminando determinadas pessoas. No contexto da contratação, devem agir em conformidade com os princípios constitucionais, respeitando a dignidade da pessoa humana.

É importante reafirmar que existem discriminações que promovem a igualdade, consubstanciadas em ações afirmativas, e discriminações que não se justificam, caracterizando atos discriminatórios.

Como exposto por Mello, “entre as pessoas há diferenças óbvias, perceptíveis a olhos vistos, as quais, todavia, não poderiam ser, em quaisquer casos, erigidas, validamente, em critérios distintivos justificadores de tratamentos jurídicos díspares”[32].

Bandeira de Mello nos aponta critérios para identificar se há desrespeito à isonomia. Primeiro, verificar aquilo que é adotado como critério para a discriminação; segundo, se há justificativa racional para a escolha daquele critério; e terceiro, se esse fundamento racional abstratamente está “afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional”.[33]

O critério de contratação baseado em característica física não sobrevive nem ao segundo nem ao terceiro passo. Não só carece de justificativa racional, como não se mostra compatível com os princípios do nosso ordenamento jurídico.

> Exemplificando para aclarar: suponha-se hipotética lei que permitisse aos funcionários gordos afastamento remunerado para assistir a congresso religioso e o vedasse aos magros. No caricatural exemplo aventado, a gordura ou esbeltez é o elemento tomado como critério distintivo. Em exame perfunctório parecerá que o vício de tal lei, perante a igualdade constitucional, reside no elemento fático (compleição corporal) adotado

---

[31] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.p. 183.
[32]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 14.
[33]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 28.

> como critério. Contudo, este não é, em si mesmo, fator insuscetível de ser tomado como fato deflagrador de efeitos jurídicos específicos. O que tornaria inadmissível a hipotética lei seria a ausência de correlação entre o elemento de discrímen e os efeitos jurídicos atribuídos a ela. Não faz sentido algum facultar aos obesos faltarem ao serviço para congresso religioso porque entre uma coisa e outra não há qualquer nexo plausível.[34]

Assim também ocorre em nosso exemplo principal do caso Carrefour. Entre a característica de a candidata apresentar excesso de peso e a atividade de caixa de supermercado não há qualquer nexo razoável que justifique a negativa de contratação.

Se a distinção não decorre diretamente de lei, não faz sentido adotar-se uma interpretação que desfavoreça o princípio da igualdade. Desse modo, se não há qualquer distinção entre pessoas magras e obesas para o acesso ao trabalho, se não há qualquer discriminação legal para a exclusão dos obesos, não se deve interpretar nesse sentido. De acordo com a integridade do direito, deve-se interpretar de modo a incluí-los, garantindo o acesso e a igualdade.

Segundo Appiah, invocar a igualdade precisa significar que os direitos em questão não devem ser negados a ninguém em virtude de um aspecto moralmente irrelevante no contexto[35].

Para ele, um tratamento preconceituoso não se caracteriza pelo resultado diferente alcançado em relação a duas pessoas, como por exemplo a contratação de um candidato e de outro não. Caracteriza-se, sim, pela intenção do autor de produzir um resultado que prejudique uma das duas pessoas em virtude de sua identidade[36]. Desta forma, qualquer critério de seleção de empregados que se baseie em características físicas e que, portanto, prejudique um candidato obeso em razão da sua aparência, pode ser considerado como um critério preconceituoso.

Appiah apresenta uma crítica aos critérios baseados na aparência afirmando que uma característica é irrelevante quando não fornece indicação da capacidade da pessoa para realizar o trabalho ou não determina se essa pessoa vai ser ou não um bom funcionário.

---

[34] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 48/49.
[35] APPIAH, K. Anthony. Op. cit. p. 45, tradução nossa.
[36] APPIAH, K. Anthony. Op. cit. p. 44, tradução nossa.

Nesse sentido, a Corte de Justiça da União Europeia decidiu que a obesidade por si só não constitui uma deficiência e não resulta, necessariamente, em limitação para o trabalho[37].

Destarte, não sendo a obesidade uma característica que por si só influencia na capacidade de realizar o trabalho, é de se concluir que a sua utilização configura um critério injusto para a seleção de trabalhadores. E critérios de contratação discriminatórios não são permitidos pelo direito a igualdade.

As pessoas possuem direitos fundamentais, que são direitos que estão acima dos direitos criados pela legislação explícita. Assim, não é necessário que um direito esteja expressamente previsto em alguma lei para que seja reconhecido. Não é porque as leis que tratam de discriminação não abordam a obesidade como fator discriminatório relevante que ela não deve ser combatida. As pessoas obesas têm direito ao tratamento como igual, não podendo, deste modo, ser discriminadas.

Reforçando a ideia de que não é preciso que haja uma norma específica que proíba a discriminação a candidatos obesos, Dworkin[38] critica o entendimento de que há direitos enumerados e não enumerados. As pessoas às vezes dizem que certos direitos não são mencionados pela Constituição, e por isso seriam direitos não enumerados. Para ele, essa é uma distinção ilógica, pois todos os direitos estão contidos nos princípios fundamentais da Constituição.

Os direitos supostamente não enumerados, como o direito das pessoas obesas de não serem discriminadas em razão desta característica, já existem no ordenamento jurídico, apesar de não mencionados, pois decorrem da melhor interpretação de um direito fundamental mais geral que é mencionado[39]. No caso, a igualdade, tomada em sua melhor interpretação de acordo com a integridade,

---

[37]A decisão foi proferida no caso do dinamarquês Karsten Kaltoft, assistente de creche que pesava 160 quilos. Karsten entrou com uma ação contra a autoridade local de Billund, onde trabalhava, alegando que teria sido demitido em razão de seu excesso de peso. A corte europeia decidiu que a obesidade em si não é uma deficiência, mas que pode ser considerada como tal se o grau de obesidade impedir a participação plena e efetiva do trabalhador, caso em que esse trabalhador estaria protegido pela legislação para deficientes.
CORTE DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160935&doclang=EN. Acesso em 10/06/2015.

[38]DWORKIN, Ronald. *Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled*. University of Chicago Law Review 59, 1992.

[39]DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 389.

mostra esse direito de não discriminação como um direito decorrente dela e presente no ideal da Constituição.

Segundo Dworkin, os indivíduos possuem direitos quando, por algum motivo, um objetivo coletivo não é aceitável como fundamento para negar-lhes aquilo que querem ou "quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano"[40].

É certo que "nem todos os direitos jurídicos, ou mesmo os direitos constitucionais, representam direitos morais contra o governo"[41]. Esses direitos que não são morais podem ser modificados pelo governo para favorecer o interesse geral. Os direitos morais, ou fundamentais, pelo contrário, são direitos de proteção especial do indivíduo contra o Estado, de forma que não podem ser alterados ou restringidos com base em uma razão de pouca importância.

A característica da obesidade é uma dessas diferenças que se revela como uma razão de pouca importância. A ordem jurídica, por meio do princípio da igualdade, busca firmar a "impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas"[42] como esta.

Cada um tem liberdades individuais, pouco importando se isso beneficia ou não a maioria. O direito não é um meio termo, um sopesamento de objetivos. Existem princípios morais que agem como constrangimentos sobre o direito, de forma que um direito individual não pode ser sopesado juntamente com um objetivo coletivo. Os indivíduos possuem liberdades, entre elas a de ter a aparência que quiserem, não precisando se adequar a padrões de estética. Amoldar-se a esses padrões da maioria não pode ser uma condição para a obtenção de um emprego.

É injusto e fere a igualdade negar a alguém um direito com base em um juízo acerca de uma classe. Considerar que uma pessoa obesa supostamente não vai exercer o trabalho de maneira satisfatória significa não tomar por base a sua individualidade, as suas habilidades e conhecimentos. Desta forma se está negando-lhe o direito, enquanto indivíduo, de ser tratada como igual.

---

[40] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. XV.
[41]DWORKIN, Ronald. Op.cit. p. 293.
[42]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 25.

Esse juízo de classe representa o que Appiah chama de um falso estereótipo, que ocorre quando alguém faz algo baseado em uma crença de que uma pessoa possui uma característica, pois todos os membros daquele grupo possuiriam esta característica. Porém, este é um falso estereótipo tendo em vista que, na realidade, o grupo não apresenta esse traço que lhe é atribuído[43]. No nosso caso, o fundamento comumente utilizado para a negativa de contratação de candidatos obesos pode ser considerado como um falso estereótipo, no sentido do que tem proposto a Corte de Justiça da União Europeia, de que a obesidade não representa uma incapacidade. É, portanto, um fundamento que não se apresenta como uma boa razão para a diferenciação dessas pessoas.

O direito não diz simplesmente o que as pessoas devem ou não fazer, ele "não aconselha meramente os juízes e outras autoridades sobre as decisões que devem tomar; determina que eles têm um dever de reconhecer e fazer vigorar certos padrões"[44]. Desta forma, os juízes têm o dever de não permitir que práticas discriminatórias ocorram.

O Poder Judiciário tem a responsabilidade de reprimir esse tipo de conduta que se mostra discriminatória contra as pessoas obesas. Apesar de ainda serem poucos os casos que se apresentam ao Judiciário, é necessário que os juízes entendam a relevância que o tema da discriminação possui e os efeitos que ela causa na vida das pessoas que são discriminadas, de modo a aplicarem os princípios da igualdade e da liberdade em defesa dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais abstratos, tais como a igualdade, fornecem argumentos em favor dos direitos concretos. Assim, a igualdade é uma justificativa forte para que um indivíduo não tenha sua possibilidade de obtenção de emprego reduzida em função de uma característica física.

> No nosso mundo, permitir que cada um de nós tenha iguais chances de desenvolver uma existência autônoma e digna, na qual possamos buscar uma vida governada por objetivos e por uma identidade que nos apropriamos por meio de reflexão, requer que tenhamos acesso a emprego e ao espaço público, bem como aos direitos e privilégios de cidadão (tradução nossa)[45].

---

[43]APPIAH, K. Anthony. Op. cit. p. 48.
[44]DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 78.
[45] APPIAH, K. Anthony. Op. cit. p. 45.

Desta maneira, negar uma oportunidade de emprego a uma pessoa por ela apresentar excesso de peso representa privá-la de uma chance de vida autônoma e digna. Diminuir as chances de emprego, de inserção no mercado de trabalho, significa denegar um direito fundamental a esse indivíduo.

Dworkin defende a concepção de igualdade que a entende como uma igualdade de recursos, ou seja, os recursos dedicados à vida de cada pessoa devem ser iguais. Nessa concepção, e para que esse ideal de igualdade seja alcançado, é requisito essencial que "as pessoas entrem no mercado em igualdade de condições"[46].

A discriminação a pessoas obesas não permite a efetivação da igualdade na medida em que representa uma desigualdade de condições de acesso ao mercado. A utilização do critério estético na hora da contratação não dá às pessoas com sobrepeso a igual chance de obtenção da vaga de emprego, pois é criada uma barreira que as desqualifica.

Aceitando a teoria da igualdade de recursos de Dworkin, é importante mencionar que essa concepção "oferece uma definição da igualdade distributiva imediata e obviamente sensível ao caráter especial e à importância da liberdade"[47]. Assim, em nome da igualdade, diversos direitos a certas liberdades precisam ser reconhecidos, entre eles o da liberdade de cada um viver de acordo com seu próprio estilo de vida, seja ele saudável ou não. Este é um aspecto que deve estar fora da ingerência do empregador, pois faz parte da vida privada do candidato, não tendo relação necessária com a qualificação exigida para o cargo. O empregador, à vista disso, deve pautar a sua seleção apenas nos critérios pertinentes ao desempenho da função requerida.

Como podemos ver, há direitos a liberdades que garantem a igualdade, de maneira que ambos se complementam. Desta forma, "se aceitarmos a igualdade de recursos como a melhor concepção de igualdade distributiva, a liberdade se torna um aspecto da igualdade, em vez de um ideal político independente possivelmente em conflito com ela"[48].

---

[46]DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 87.
[47] DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 160.
[48] DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 158.

Para Dworkin, essa é a melhor concepção de liberdade e de igualdade, pois "o liberalismo baseado na igualdade [...] assenta sobre um compromisso positivo com uma moralidade igualitária e constitui, nessa moralidade, um firme contraste com a economia do privilégio"[49].

O princípio da liberdade de contratar foi consagrado como importante para o desenvolvimento da sociedade empresarial, fundado no direito de propriedade. No entanto, esse poder do empregador encontra limites na função social do contrato, como previsto no artigo 421 do Código Civil.

Segundo Dworkin é possível demonstrar "por argumentos históricos ou pela menção a uma percepção geral da comunidade jurídica, que um determinado princípio, embora já tenha tido no passado atrativo suficiente"[50], tem agora bem menos força, de modo que é improvável que influencie a tomada de decisões jurídicas em seu favor.Assim, o princípio de total liberdade de contratar não deixa de existir em nosso ordenamento, mas hoje já não apresenta a mesma força, vendo-se restringindo por outros princípios, como, por exemplo, o da não discriminação.

O direito que o trabalhador tem de cuidar da sua aparência não pode estar na área de interferência do empregador, não podendo este limitar essa liberdade do indivíduo de viver segundo suas escolhas.

Para Dworkin, "decisões a respeito dos direitos contra a maioria não são questões que devam, por razões de equidade, ser deixadas a cargo da maioria". Por isso, não é possível que se deixem os empregadores livres para definir quais parâmetros são discriminatórios ou não, é preciso que se sigam os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, pois somente assim os direitos individuais serão plenamente respeitados.

No próprio conceito de constitucionalismo está implícito que os poderes da maioria devem ser limitados para que se protejam os direitos individuais.Cumprindo esse entendimento, a Constituição Federal preceitua em seu artigo 3º, parágrafo IV, que é objetivo fundamental do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

---

[49]DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 306.
[50]DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 191.

Não podemos classificar os trabalhadores como uma minoria, no sentido de serem um grupo pequeno e sem representação, mas podemos e devemos reconhecer que eles se encontram em uma posição inferior na relação de trabalho, de maneira que necessitam de uma proteção especial face aos poderes do empregador.

Um homem tem um direito fundamental contra o governo "se esse direito for necessário para proteger sua dignidade ou sua posição enquanto detentor da mesma consideração e do mesmo respeito"[51]. Reconhecer direitos fundamentais, portanto, quer dizer reconhecer duas ideias: a da dignidade humana e a da igualdade política.

O direito a ter iguais chances de conseguir uma vaga de emprego faz parte do conceito de dignidade, visto que o trabalho possui uma função central na vida de um indivíduo e na construção da sua subjetividade.

De acordo com Dutra, o trabalho ainda se mostra extremamente relevante na sociedade moderna, possuindo papel central na "construção das experiências individuais de cada um dos trabalhadores e na atribuição de sentido à sua existência"[52]. Para ela, "a crise atual do trabalho decorre mais da falta de sentido do trabalho alienado e precarizado em uma sociedade de consumo do que da perda de relevância ou centralidade desse elemento na vida da classe trabalhadora"[53].

Sendo o trabalho um elemento central na vida de um indivíduo, é necessário que sejam garantidas as condições de acesso ao trabalho, como condição para a plena realização da subjetividade de cada um. Permitir as condições de acesso quer dizer assegurar que os critérios para a contratação sejam justos e pertinentes à função, de modo que as pessoas sejam escolhidas de acordo com a sua real qualificação para a vaga.

O que acontece quando se estabelecem critérios estéticos, que pretendem selecionar apenas os candidatos com "boa aparência", é que se está injustamente dificultando a contratação das pessoas que não se enquadram no padrão estético

---

[51]DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 305.

[52]DUTRA, Renata Queiroz.*Direitos fundamentais à proteção da subjetividade no trabalho e emancipação coletiva*. In: DELGADO, Gabriela Neves, PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto (coord.). Op. cit. p. 213.

[53]DUTRA, Renata Queiroz. Op. cit. p. 213.

majoritariamente aceito e, desta forma, impossibilitando que essas pessoas tenham as iguais chances de competição com base em um critério que não é pertinente ao cargo.

De acordo com Dworkin, “tratar as pessoas como iguais exige que cada uma tenha a permissão de usar, nos projetos aos quais dedica sua vida, não mais que uma parcela igual dos recursos disponíveis para todos”[54]. A igualdade requer, portanto, “um sistema econômico no qual nenhum cidadão tenha menos que uma parcela igual dos recursos da comunidade apenas para que outros possam ter mais daquilo que lhe falta”[55].

Para que isso seja alcançado, a sociedade “não deve impor sacrifícios nem restrições a nenhum cidadão com base em algum argumento que o cidadão não poderia aceitar sem abandonar seu senso de igual valor”[56]. Estabelecer distinções baseadas no peso e na aparência significa impor restrições de acesso ao mercado de trabalho, distinções essas que tornam as pessoas discriminadas menos importantes.

Ser rotulado como menos capaz para o trabalho tendo como base somente a característica da obesidade representa para o indivíduo uma desvalorização, e uma desvalorização que não é justificada, pois conforme anteriormente exposto, a obesidade não é uma limitação. O preconceito existente contra essas pessoas, que se funda basicamente no padrão de estética, impõe a elas sacrifícios inaceitáveis por uma sociedade que proclama ser igualitária.

Mello ressalta que certas distinções não são permitidas pelo princípio da igualdade. O que o autor sugere claramente é que:

> as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida[57].

E quando se desclassifica um candidato somente por ser “gordo para os padrões da empresa”, está-se utilizando um parâmetro que não guarda correlação

---

[54] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 307.
[55] DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 306.
[56] DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 306.
[57] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 24.

lógica com a desigualdade de tratamento estabelecida. Se o peso e a aparência não interferem na capacidade de exercer uma atividade, estes não podem ser critérios para desqualificar uma pessoa.

Há um argumento utilitarista atualmente difundido de que devemos “reduzir os benefícios agora para obter prosperidade geral mais tarde”[58]. Esse argumento apela à ideia de que “cada cidadão é membro de uma comunidade, e de que ele pode encontrar, no destino da comunidade, uma razão para fardos especiais que ele pode aceitar com honra e não com degradação”[59].

De acordo com esse argumento, podemos supor que uma pessoa com sobrepeso pode ser encorajada pela mídia a se sentir pior do que os outros para a realização de determinadas atividades, e pode viver bem com essa ideia porque pensaria que a sociedade como um todo teria melhores trabalhadores e produziria mais. Contudo, esse exemplo demonstra uma visão utilitarista, que não é condizente com a integridade do direito, pois não respeita a dignidade e o igual valor de cada indivíduo.

Tomando o princípio da igualdade como um direito fundamental e axiomático nas nossas instituições de justiça, percebemos que não devemos aceitar qualquer forma de discriminação, por mais que uma grande parte da sociedade capitalista ainda relute em praticar o valor da igualdade.

Uma regra normativa, tal como o dever de não discriminar, nem sempre está baseada em uma regra social correspondente. Ou seja, não precisa ser uma prática seguida por todos para que haja um dever de respeito, e é exatamente o fato de nem todas as pessoas a estarem seguindo que essa norma vem criticar.

A luta contra a discriminação é justamente buscar defender os indivíduos de práticas muitas vezes aceitas pela maioria. Não é porque é uma conduta aceita que ela é correta. Ademais, cumpre ressaltar que essa regra normativa que não está sendo seguida não consiste em um apelo para que as instituições se modifiquem e venham a reconhecer esse direito, mas argumenta que esse direito já existe.

---

[58]DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 312.
[59]DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 314.

O direito de não ser discriminado e de ter acesso ao mercado de trabalho já está contido nos princípios da nossa ordem jurídica, não é um direito novo. Apesar de os tribunais ainda não se posicionarem firmemente contra a discriminação por obesidade, podemos utilizar o princípio amplo da não discriminação para combater essas práticas que desqualificam o indivíduo. Dworkin argumenta que se pode apelar a um princípio que não resulta de nenhuma prática judicial estabelecida e isso não quer dizer que o princípio seja inválido, pois princípios não retiram sua validade do costume judicial[60].

Isto posto, por mais que a doutrina trabalhista e os tribunais ainda não discutam amplamente o tema, verificamos que a utilização de critérios baseados na aparência na contratação de trabalhadores se mostra uma prática discriminatória, incompatível com o princípio da igualdade e portanto, com a integridade do direito.

Nosso esforço deve ser agora o de tornar público o problema, buscando combater a discriminação contra trabalhadores obesos, no intuito de tornar o mercado de trabalho cada vez mais inclusivo e igualitário.

[60]DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

5Conclusão

O princípio da igualdade é central no direito, devendo ser sempre buscado pelo nosso ordenamento. Assim, o direito a ser tratado como igual deve guiar todas as relações que se estabelecem na sociedade.

O acesso ao trabalho é um direito, e por ser o trabalho realizador da identidade do indivíduo, deve ser garantido a todos, sob pena de não se observar o princípio da igualdade.

Em vista disso, discriminações no momento pré-contratual impedem as condições igualitárias de concorrência a uma vaga de emprego. Na hora da contratação, o empregador só pode utilizar critérios para a seleção que se mostrem pertinentes às qualificações exigidas para o cargo.

Critérios baseados na aparência ou no peso do candidato são parâmetros que não determinam a capacidade da pessoa para realizar o trabalho, não indicam se o candidato vai ou não ser um bom funcionário. Estabelecer a obesidade como parâmetro se configura, portanto, como um critério injusto para a seleção de trabalhadores.

Por não ser um critério pertinente e justo, a negativa de contratação baseada na obesidade representa uma discriminação, praticada por empregadores quando selecionam os novos empregados tomando como base seus juízos estéticos e juízos sobre o estilo de vida que as pessoas devem levar.

Esse tipo de discriminação não só fere a igualdade, como também fere a liberdade do indivíduo de viver de acordo com suas próprias escolhas. Assim, o direito do trabalho deve servir como instrumento de proteção aos trabalhadores, para que o empregador não imponha suas próprias convicções sobre a esfera de liberdade individual das pessoas.

O acesso ao trabalho deve ser garantido a todos os indivíduos, tenham eles excesso de peso ou não, pois é por meio do trabalho que se alcança a plena realização pessoal, e só assim garantiremos uma sociedade que respeita o direito à igualdade.

Importante lembrar que existem critérios de contratação que são compatíveis com a integridade do direito, nos casos em que o requisito advém das exigências do cargo, não ferindo assim a igualdade. Exemplo disso éa necessidade de preparo físico para a função de salva-vidas. O que é vedado pelo princípio da igualdade são diferenciações injustificadas, como mostramos ser o caso dos critérios que se baseiam no peso e na aparência.

Assim sendo, ao constatar o surgimento desse novo tipo de discriminação que precisa ser combatida e resolvida, vemos que o direito não pode se abster de estar atento a esses novos problemas que surgem no ambiente do trabalho. É necessário, portanto, um efetivo debate jurídico sobre a discriminação por obesidade, para que possamos proteger os indivíduos de práticas que desrespeitem seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo, ALVES, Giovanni. *As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital*. Educ. Soc., vol. 25, n. 87, p. 335,351. Campinas: 2004.

APPIAH, K. Anthony. *Stereothypes and the shaping of identity*.California Law Review, vol. 88. 2000.Disponívelem: scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1526&context=californialawreview. Acesso em 10/06/2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em: portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2015/abril/15/PPT-Vigitel-2014-.pdf. Acesso em 07/06/2015.

BRASIL. Disponível em: http://g1.globo.com/sao-paulo/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/2014/03/professora-e-considerada-obesa-e-fica-impedida-de-lecionar-no-estado.html. Acesso em 05/06/2015.

BRASIL. Disponível em: http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/07/barrada-por-obesidade-professora-aprovada-em-concurso-protesta.html. Acesso em 05/06/2015.

CORTE DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160935&doclang=EN. Acesso em 10/06/2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Proteções contra discriminação na relação de emprego.* In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (coord). Discriminação. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2010.

DUTRA, Renata Queiroz. *Direitos fundamentais à proteção da subjetividade no trabalho e emancipação coletiva*. In: DELGADO, Gabriela Neves, PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto (coord.). Trabalho, Constituição e Cidadania. São Paulo: LTr, 2014.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma questão de princípio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled*. University of Chicago Law Review 59, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoriapura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Direito do Trabalho e as diversas formas de discriminação*. In: Revista TST, volume 68, nº 2. Brasília, 2002.

MALLET, Estevão. *Discriminação e processo do trabalho*. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (coord.). Discriminação. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 111, ratificada pelo Brasil em 26/11/65 e promulgada mediante o Decreto 62.150/68.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Relatório global sobre discriminação. Genebra, 2007. Disponível em: http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/igualdade_07.pdf. Acesso em 15/06/2015.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares, RIOS, Maria Isabel Franco. *Discriminação: desdém da pessoa humana em branco e preto*. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (coord.). Discriminação. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2010.

VIANA, Márcio Túlio, PIMENTA, Raquel Betty de Castro. *A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (Análise da Lei n. 9.029/95)*. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (coord). Discriminação. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2010.

APÊNDICE A – Entrevista com a Procuradora do Trabalho Dra. Renata Coelho

Entrevistada: Meu nome é Renata Coelho, sou Procuradora do Ministério Público do Trabalho há 14 anos, sou a responsável pela representação da Coordenação Nacional de Promoção da Igualdade e sou coordenadora da Escola Superior do Ministério Público da União.

Marcela: Muito prazer Renata. Este trabalho que eu estou fazendo fala sobre a discriminação dos trabalhadores na hora da contratação por questões de obesidade e aparência. Há um entendimento na sociedade de que as pessoas obesas não se encaixam no padrão atual de beleza. Eu queria saber se esse critério da obesidade é utilizado na hora da contratação por empresas, se realmente há essa discriminação na relação de emprego.

Entrevistada: Há essa discriminação sem dúvida, e não posso dizer que em todas as empresas, a gente não deve generalizar, mas a visão do empresário quando contrata, a visão do empregador, passa por duas análises. Uma subjetiva, que é se eu vou ou não com a cara daquela pessoa, se eu gostei do jeito dela ou não, os preconceitos que ele tem, a formação cultural, o nível de escolaridade de quem está empregando, de quem está concedendo aquela vaga de emprego, faz parte dessa análise subjetiva que é feita de um candidato à vaga. E então ele vai verificar a religião às vezes da pessoa, a opção sexual, a conduta política, tudo às vezes pode interferir no momento da contratação, e a obesidade é sim um fator levado em consideração, porque como você disse foge ao padrão de estética que a nossa sociedade considera o belo, o perfeito, o capaz, o mais capaz de realizar as coisas. E a outra análise que o empregador faz é a análise objetiva de custo-benefício. O empregador a cada vaga de emprego, até antes de abrir a vaga de emprego, ele faz uma análise do que ele vai ganhar e do que ele vai perder com aquela contratação. E quando ele se depara com uma pessoa obesa, e em geral a obesidade pode estar vinculada a outros fatores, como necessidade de um tratamento em alguns dias da semana, medicação que é tomada, um controle alimentar, talvez mais pausas para descanso, pra ingestão de líquidos ou de algum medicamento que a pessoa precise. Tudo isso passa, naquele momento da contratação, na cabeça de quem está

concedendo aquela vaga de emprego. Então, se é um empregado que para ele vai precisar de mais intervalos, talvez tenha mais chances de faltar, de trazer um atestado médico, pra ele é um empregado que vai dar prejuízo. Esse fator objetivo também pesa muito. O obeso, então, acaba sofrendo com os dois, seja na análise subjetiva, seja na objetiva, porque o empregador vai querer o que a gente costuma chamar de operário padrão. O sistema capitalista hoje ele exige o quê? Ele exige ritmo de trabalho, ele cobra o desempenho, as análises de desempenho, ele cobra metas. Então quando o empregador vê uma pessoa obesa, ele já acende o alarme e pensa "Será que a equipe dele vai aceitar trabalhar com ele? Será que ele vai conseguir desenvolver as horas extras que eu preciso que ele faça? Será que ele vai encontrar o transporte pra nunca chegar atrasado aqui? Será que ele consegue se locomover com seu próprio carro?". Então dependendo do tipo de obesidade, tudo isso nesse momento conta para o empregador. Então as pessoas obesas são sim discriminadas, têm menor chance de emprego, às vezes mesmo quando elas têm uma qualificação maior do que os outros candidatos. O empregador às vezes prefere investir em um candidato menos qualificado, mas que ele acha que vai poder desempenhar todas as tarefas, do que um obeso mais qualificado, que ele pense que talvez não vá desempenhar o serviço a contento.

Marcela: E você sabe dizer se essas pessoas que sofrem essa discriminação têm procurado o Poder Judiciário ou o Ministério Público?

Entrevistada: Olha, as demandas já existem, mas são muito poucas, porque elas nos chegam de forma individualizada. Diferente das demandas que vêm de grupos de pessoas com deficiência, de associações de mulheres, de negros. O grupo de pessoas com obesidade, com problemas ligados à obesidade ainda não é um grupo que se reúne em associações para que as demandas sejam coletivas. Então em geral é a pessoa 'x' não foi contratada e vem então dizer que não foi contratada e suspeita que seja porque é obesa. Então isso chega sim nas Procuradorias, isso já chegou ao Judiciário, só que como as demandas ainda são individualizadas, a prova se torna muito mais difícil, porque eu provar uma situação, um caso isolado, é muito mais difícil do que se eu provar que aquela empresa tem aquela conduta reiterada, se eu provar que é um grupo de pessoas que já foi prejudicado com aquela conduta. Então ainda não é um número expressivo, a gente pode dizer assim, de denúncias

que chegam aqui ou de ações que são ajuizadas.

Marcela: E não somente em ações, mas aqui na Coordenadoria de Promoção de Igualdade e Inclusão, há alguma atuação nesse sentido?

Entrevistada: Sim, nós já tivemos casos de trabalhadores, como nós conversamos até aqui, de trabalhadores de caixa do Carrefour, para adaptação do posto de trabalho. Já tivemos casos se não me engano no Paraná de também adaptação de posto para motorista e cobrador de ônibus, que impedia o acesso de pessoas com obesidade a essas duas funções. Já tivemos casos de trabalhadores obesos dentro de empresa que precisavam de adaptações de acessibilidade: da sua cadeira, do seu computador, da sua mesa, dentro da empresa para se manter no emprego. Tivemos outros casos relacionados a aparência como um todo, como empresa que não contratava e pedia que os trabalhadores não usassem barba ou que proibia cabelo comprido. Não bastava prender, ele não podia ter cabelo comprido. Isso já aconteceu com companhias aéreas, por exemplo, e com indústria de alimentos. Então nós temos sim, já atuações nestas questões de boa aparência e de obesidade e que a gente consiga acessar para te fornecer os números depois.

Marcela: Qual tem sido a resposta do Judiciário a essas demandas, até individuais?

Entrevistada: Com relação a essas demandas, como eu te disse, o número que chega não é expressivo e é isolado. E na outra ponta, que é a saída, é a condenação, a gente vai ter mais redução ainda da efetividade da medida que é pleiteada, porque, como eu te falei, o Judiciário faz toda essa análise de meio de prova, então as questões de discriminação como um todo ainda não encontram no Judiciário a resposta que o Ministério Público por exemplo considera adequada. Então veja, nós ainda estamos vivendo em uma situação em que o negro não consegue comprovar que não foi contratado porque era negro. A mulher não consegue. Todo mundo sabe os dados do IBGE que mostram que a mulher ganha menos que o homem, e até hoje a gente não conseguiu resolver isso. Para ir ainda a questões além, como as questões de aparência e de obesidade, o Judiciário precisa, e o Direito como um todo, evoluir ainda muito mais. Então, o nosso sistema de prova, do nosso processo civil e processo do trabalho é muito falho ainda para essas

questões de discriminação. A teoria de que quem alega tem que provar, você provar que foi discriminado, é em algumas situações impossível. Eu não tenho testemunhas, eu não tenho elementos concretos, eu não tenho os dados de quem foi contratado na minha vaga, por exemplo, para fazer uma comparação de currículo. Quem tem poder dessas informações todas? A empresa. Então existem teorias de inversão de ônus da prova, de aptidão da prova, do ônus razoável, de que a empresa possui esses documentos e ela então tem que provar que ela não discriminou. Mas aí vem toda uma corrente de como a empresa faria prova negativa, de dizer que não discriminou. Então esse debate, e o tema da tua monografia também é muito pertinente por isso, porque esse debate da prova, de como nós conseguimos pegar os nossos códigos de processo e a nossa CLT hoje para salvaguardar o acesso à justiça dessas pessoas que são discriminadas, acho que isso hoje é um grande fator de desestímulo: "não, eu não vou ajuizar uma demanda primeiro porque eu não vou conseguir mais emprego em lugar nenhum, porque uma vez que isso se torna público...

Marcela: é uma outra discriminação que surge

...as pessoas não vão mais nem me chamar para entrevista, e depois porque não vai dar em nada", o processo vai se arrastar por anos discutindo prova, até essa pessoa ter realmente uma indenização. Então assim, já existe, existe, mas são casos assim que a gente pode contar nos dedos. Nós temos também casos, por exemplo, de portador de HIV que foi reintegrado, de pessoas com algumas outras morbidades que já foram reintegradas, mas são casos muito pontuais, em que a prova o Judiciário considerou que então naquele caso era mais robusta, essa a expressão que o Judiciário costuma usar. Agora, será que é possível a prova robusta de discriminação? Acho que só se o empregador botar uma plaquinha na porta "não aceito obesos", aí você pode dizer que essa prova é robusta. Fora isso, é uma matéria muito difícil, então a gente precisa de uma evolução ainda doutrinária e legal muito grande para que essas pessoas então se sintam protegidas a ponto de "eu vou denunciar e eu vou ingressar com a minha ação porque eu tenho chance de que essa conduta seja reprimida".

Marcela: E também assim, políticas públicas de inclusão dessas pessoas obesas, que poderiam se encaixar como deficientes, já estão começando a existir?

Entrevistada: Sim. Com mudanças em convenções da ONU relacionadas a direitos humanos e principalmente com a convenção da ONU que trata de pessoas com deficiência, nós percebemos uma movimentação já, em grupos de pessoas com doenças graves e também de obesos, no sentido de que elas possuem sim um obstáculo físico e social, que é o que essas Convenções exigem, para a vaga de emprego. Então essas pessoas hoje têm demandado por acessibilidade em lazer, em transporte, em educação, em serviços de saúde, e também têm demandado um tratamento prioritário ou uma percentagem na contratação, de vagas para as empresas. Então já há esse movimento, isso já chega para o Ministério Público, já é debatido em audiências públicas.

APÊNDICE B – Entrevista com o Procurador-Chefe da 10ª Procuradoria Regional do Trabalho Dr. Alessandro Santos de Miranda

Marcela: Estou escrevendo minha monografia e o tema é discriminação que ocorre especificamente na hora da contratação por pessoas que não têm boa aparência, sobretudo obesas e porque esse tratamento discriminatório não é compatível com a nossa Constituição e nosso ordenamento. A primeira pergunta é uma pergunta mais geral, que há um entendimento que as pessoas obesas não se encaixam no padrão atual de beleza. O senhor acha que realmente existe essa discriminação na sociedade?

Entrevistado: Com certeza, infelizmente existe, todo tipo de discriminação, aliás nossa cultura é uma cultura discriminatória, todo mundo sempre solta uma brincadeira discriminatória, então isso te mostra isso, só que quando se trata de relação de trabalho, nós não podemos admitir a discriminação. Primeiro que a Constituição proíbe toda forma de discriminação ao dizer no artigo 5º que todos somos iguais perante a lei. O artigo 6º, que é o que trata dos direitos sociais fundamentais, estabelece diversos direitos de todos os cidadãos brasileiros, inclusive ao lazer, ao trabalho honesto, e também os fundamentos da república que estão previstos no artigo 1º, que são a livre iniciativa, a busca do pleno emprego, isso tudo justifica o combate, em especial pelo Ministério Público do Trabalho da discriminação nas relações trabalhistas. Infelizmente, verificamos também essa questão da discriminação antes de se firmar o contrato de trabalho, ou seja, a teoria da relação trabalhista pré-contratual, mas também já há atuação, nesses termos, e lembrando sempre que a Convenção 161 da OIT diz no artigo 16 que o meio ambiente de trabalho tem que ser adaptado para o trabalhador, e não o contrário. Então o fato de a pessoa, o trabalhador, ser gordo, ser alto, ter alguma deficiência física, isso não o incapacita totalmente pra qualquer atividade. Por exemplo, num supermercado, se você for contratar alguém para repor as mercadorias nas prateleiras e a pessoa é baixa, a empresa tem que fornecer os meios para que esse trabalhador possa fazer sua tarefa, ou seja, ela vai ter que adquirir uma escada, vai ter que adquirir aqueles caminhões que sobem e descem mercadoria, ou seja, implementar essa questão da adaptação do meio ambiente de trabalho ao

trabalhador e não o contrário, então só daí, extraída de uma norma internacional da OIT, que é válida a todos os seus estados-membros, você pode ver que é proibido qualquer tipo de discriminação. A partir do momento em que o meio ambiente tem que ser adaptado, não podemos admitir qualquer forma de discriminação, a quem quer que seja.

Marcela: E realmente ocorrem essas discriminações, assim, a aparência é utilizada como um critério na hora da contratação?

Entrevistado: Sim, nós verificamos, nós temos uma atuação aqui na Procuradoria do Distrito Federal, mas em todo o Brasil, no caso, de combater os anúncios discriminatórios, que dizem “procuramos candidatos com boa aparência”. O que é boa aparência? É a pessoa ser limpa? É a pessoa ser bem vestida? Isso não tem uma definição objetiva, é muito subjetivo. Boa aparência vai muito da subjetividade do avaliador, isso nós não podemos admitir. Então temos atuação, isso ocorre bastante, basta ler jornais que toda hora, infelizmente, você vai ver, apesar de que aqui no Distrito Federal, esse tipo de denúncia diminuiu, porque nós tivemos uma atuação entre 2000 e 2005, combatendo, chamando os jornais com divulgações desses anúncios à responsabilidade, para que eles impedissem esse tipo de anúncio, não pode conter nada discriminatório. Por volta de 2003/2004, teve um caso emblemático do Ministério Público do Trabalho, que foi um dos casos, ou o caso que gerou essa teoria da relação trabalhista pré-contratual. Foi uma candidata a um posto de caixa de supermercado do Carrefour. Ela passou em todas as fases da avaliação, e quando foi a última fase, que era a entrevista com a psicóloga, a psicóloga falou: “olha, você é gorda, tem os seios grandes, e nossos caixas não são adaptados ergonomicamente e você vai ter problemas de saúde, problemas de coluna, enfim, não vou te contratar”. Ela foi reprovada na última fase, mesmo tendo sido aprovada em primeira colocação em todas as etapas anteriores. Pois bem, essa denúncia chegou ao Ministério Público, ela foi divulgada pela imprensa, um caso bem famoso aqui no Distrito Federal, caiu comigo, fui fazer uma inspeção *in loco*, no Carrefour, no setor de seleção de futuros trabalhadores, e a psicóloga confirmou tudo isso que eu te falei agora. Chamei a empresa aqui, com seu advogado, e o advogado disse exatamente isso: “Doutor, eu vou contratar uma loira para trabalhar no caixa?! Vou contratar uma baixinha para repor mercadoria?!”. Enfim, outros exemplos horríveis. Eu tive que explicar para ele que tudo é possível, dependendo

da sua boa vontade, enfim, que as empresas não querem é gastar, porque adaptar o meio ambiente de trabalho significa gastar, só que elas não veem que elas podem ter melhores trabalhadores prestando serviço, enfim, é um gasto que se justifica que muitas vezes até traz um retorno positivo. Não restou outra alternativa, já que o advogado da empresa, a empresa se negou a firmar o termo de ajuste de conduta de não mais discriminar no processo seletivo. Não restou outra alternativa a não ser entrar com uma Ação Civil Pública, de âmbito nacional, porque quando eu fiz uma pesquisa, havia em outra unidade do Carrefour aqui no DF uma discriminação pelo fato de o trabalhador ser gay. Ele apanhou do gerente e do vigilante. Em Campinas, teve uma discriminação com relação a uma grávida, ou seja, qualquer tipo de discriminação de acesso ao trabalho, ou da continuação da relação trabalhista não pode ser aceita. A juíza felizmente entendeu a nobreza dessa causa, até porque era de âmbito nacional, e em liminar ela já proibiu o Carrefour de fazer qualquer discriminação na seleção, então estamos falando da relação pré-contratual, nem contrato de trabalho esses candidatos têm ainda. E essa ação foi exitosa, nós firmamos um ajuste de âmbito nacional, um acordo judicial em que o Carrefour se comprometeu a não discriminar, enfim, seja pela altura, cor, peso, orientação sexual, pela orientação religiosa, o Carrefour não poderia perpetrar qualquer tipo de discriminação, sob pena de pagamento de uma multa pesada. Então foi uma ação exitosa, existem outros casos no Ministério Público do Trabalho não só do Distrito Federal, mas do Brasil, mas infelizmente é uma realidade que a gente tenta combater.

Marcela: O senhor saberia dizer se muitas pessoas que sofrem essas discriminações procuram o Judiciário ou o Ministério Público para resolver esse tipo de problema?

Entrevistado: Olha, algumas vezes sim, algumas vezes não, porque algumas vezes a pessoa se sente abalada psicologicamente, outras vezes sente vergonha de levar esse caso a público. Mas é importante que as pessoas saibam que é possível fazer uma denúncia anônima, sigilosa, que é possível apurar os fatos sem revelar a autoria, sem revelar o nome da testemunha. O importante é que essas informações cheguem não só ao Ministério Público do Trabalho, mas aos órgãos fiscalizadores, às superintendências regionais do trabalho e emprego de cada cidade, enfim, esses casos precisam chegar para que nós possamos apurar. Nós recebemos muitas

denúncias de assédio moral, inclusive assédio moral coletivo ou organizacional, ou seja, já é da cultura da empresa assediar os trabalhadores, seja pela fixação de metas cada vez mais difíceis de serem adquiridas, seja impedindo que as pessoas usem os sanitários porque elas têm que cumprir as metas, seja impondo prendas pra aqueles trabalhadores que não atingirem a meta ou que tiverem o menor desempenho naquele mês, naquele período, então a gente vê muitos trabalhadores, por exemplo, no dia das crianças, trabalhando com um nariz de palhaço. Você perguntou para o trabalhador se ele quer usar um nariz de palhaço? Se ele se sente bem? É dia da criança, que bonitinho, mas perguntou? Disse para ele usar um chapéu caipira, tudo isso são formas que podem até ter uma questão positiva se for combinado com os trabalhadores, se for um acordo, mas geralmente essas questões são impostas e essa discriminação de, por exemplo, isolar um trabalhador do convívio dos demais, colocá-lo numa sala separada, são todas práticas que nós combatemos no Ministério Público do Trabalho.

Marcela: Qual tem sido a resposta do Judiciário a essas demandas específicas?

Entrevistado: Toda ação que é ajuizada no Poder Judiciário depende de provas, o Ministério Público do Trabalho, os procuradores possuem prerrogativas que o cidadão comum não tem, que é de investigar, que é de poder intimar testemunhas, intimar representantes legais da empresa pra prestar depoimentos, requerer documentos, então geralmente as nossas ações são muito bem instruídas, elas tem prova robusta. A gente entra com uma ação contra a discriminação, por exemplo, quando é comprovada aquela discriminação forte, como é o caso que eu te falei dessa candidata gordinha do Carrefour, era um caso só em que eu me baseei nessa ação e citei outros casos que eu vi ações no país, mas a gente pode também colher diversos depoimentos de trabalhadores ou ex-trabalhadores que se sentiram humilhados. Então quando ajuizamos uma ação, é porque temos bastante prova e a resposta do Judiciário tem sido boa, tem sido no sentido de entender que as ações coletivas têm essa importância. Quando você julga uma ação coletiva, você está não impedindo, mas dificultando, a proliferação de várias ações individuais, você está resolvendo em uma ação só o problema de diversos trabalhadores, então o Judiciário trabalhista tem recebido muito bem essas nossas ações civis públicas.

Marcela: Só mais uma pergunta, que já não seria mais no Judiciário. O senhor saberia se existem políticas públicas de inserção no mercado de trabalho voltadas para aparência, como existem para negros, para deficientes, por exemplo?

Entrevistado: Como eu disse, aparência é muito subjetivo.

Marcela: Desculpe, aparência eu quis dizer mais especificamente obesidade.

Entrevistado: Existem. Eu não tenho conhecimento de uma campanha específica para obesidade, mas existem ações. Existem diversas políticas públicas com relação a negros, a indígenas, a mulheres, a discriminação de gênero, enfim, existem vários órgãos da sociedade civil organizados para tentar implantar essas políticas públicas, que muitas vezes elas são levadas aos órgãos da administração municipal, distrital, estadual, federal, e às vezes são encampadas, então isso também é uma forma de atuação da sociedade, inclusive do Ministério Público, quando a gente promove ações públicas, políticas públicas, para melhorar de uma forma geral a condição de trabalho, no caso, o impedimento de uma discriminação, a gente tem bastante êxito. Existem aqui no Distrito Federal, eu posso dizer, diversas leis que tratam de minorias, de pessoas com deficiência, de mulheres, de negros. O que falta muitas vezes com relação à nossa legislação é a implementação, é a regulamentação para aquela lei federal ou estadual, ou aqui no caso é distrital, ela possa ser implementada. Muitas vezes o governo diz que não implementa ou aplica as políticas públicas, porque a lei não é regulamentada. Então até isso é até interessante dizer, que no final de 2014, a nossa procuradoria que trabalha aqui no DF enviou recomendações ao antigo governador e ao atual governador para que implementem todas as leis que tratem de minorias, para que isso não sirva de pretexto, de desculpa, claro que não são desculpas aceitas porque o fato de o próprio governo não ter regulamentado as leis, não quer dizer que ele não deva aplicá-las porque são leis federais. Como eu disse, a igualdade de todos é um preceito fundamental constitucional, então, nós temos proposto sempre aos governos essa implementação de políticas públicas. Nós temos essa atuação, esse viés também educativo, de mudar a cultura das pessoas, porque não é só dos governantes, é dos empregadores, é dos próprios trabalhadores, que muitas vezes se submetem a essas formas de discriminação até pela condição precária que se

encontram, mas nós temos que mostrar que há sempre uma saída, uma forma, uma empresa que vai dar boas condições de trabalho.

Marcela: É isso, muito obrigada.